

A mediação de conflitos como forma de inclusão e desenvolvimento social.

Relatório de projeto

ANA VIRGÍNIA CLEMENTINO RODRIGUES SILVA

Trabalho realizado sob a orientação da

Doutora Susana Sardinha Monteiro

Leiria, Novembro de 2021.

Mestrado em Ciências da Educação:

Especialização em Educação e Desenvolvimento Comunitário

ESECS - ESCOLA SUPERIOR DE EDUCAÇÃO E CIÊNCIAS SOCIAIS

POLITÉCNICO DE LEIRIA

AGRADECIMENTOS

Caminhar sozinho pode ser uma opção, mas tenho certeza, não é das melhores. Assim, como sempre preferi ter boas companhias em minha jornada, preciso agradecer aos que percorreram parte do caminho junto a mim.

Minha gratidão ao meu Deus, que sempre está no controle, soberano em meu viver.

Ao meu marido Américo Júnior e meu filho Ramsés, com todo meu amor.

À minha mãe querida e meu padrasto Iran Ferreira.

Aos melhores irmãos do mundo, Andreia e Josielson.

Aos meus cunhados e sobrinhos maravilhosos.

Ao meu querido mestre Professor Doutor Vanderlei Carneiro, pela caridade e humildade com que me ensinou a dar os primeiros passos em busca do conhecimento.

Minha especial gratidão e reconhecimento à Professora Doutora Susana Sardinha Monteiro, por todo o zelo e dedicação em suas orientações, pela compreensão e solidariedade nos momentos mais difíceis deste percurso.

RESUMO

Diante das mudanças sociais e legais, da complexidade das relações pessoais, e da percepção do amadurecimento dos indivíduos enquanto agentes capazes de buscar soluções para os conflitos é perceptível a necessidade de se buscar meios mais eficazes para o desenvolvimento e pacificação social.

O projeto ora apresentado busca demonstrar como as leis da mediação de Portugal e do Brasil, coorporizam, no enunciado dos princípios, o contributo da mediação para a construção de sociedades mais pacíficas. Temos por objetivo demonstrar a importância deste meio autocompositivo de resolução de conflitos para a pacificação e desenvolvimento social e, em especial, a capacidade da mediação em fomentar o crescimento pessoal do indivíduo como ente empoderado capaz de resolver as situações conflituosas que vivencie.

Foi desenvolvido um estudo exploratório, de natureza qualitativa, a partir de uma pesquisa documental com recurso à análise de conteúdo. Em concreto, procedeu-se à análise dos princípios da mediação, com recurso à legislação em vigor e à doutrina de referência. Dos dados coletados, concluiu-se que, a mediação é um meio de resolução de conflitos apto a emancipar o indivíduo e proporcionar máxima satisfação e desenvolvimento social.

Palavras-chave: Mediação; Resolução alternativa de conflitos; Administração da Justiça; Desenvolvimento Social; Brasil; Portugal.

ABSTRACT

Faced with social and legal changes, the complexity of personal relationships, and the perception of the maturation of individuals as agents capable of seeking solutions to conflicts, the need to seek more effective means for development and social pacification is perceptible. The project presented here seeks to demonstrate how the mediation laws of Portugal and Brazil combine, in the statement of principles, the contribution of mediation to the construction of more peaceful societies. We aim to demonstrate the importance of this self-compositional means of conflict resolution to foster social development and peace in the community, and in particular the ability of mediation to foster the personal growth of the individual, as an empowered entity and holder of skills to resolve situations. Conflicts you experience.

An exploratory study of a qualitative nature was developed, based on documental research using content analysis. In particular, the principles of mediation were analyzed, using the legislation in force and the reference doctrine. From the data collected, it was concluded that mediation is a means of conflict resolution capable of emancipating the individual and providing maximum satisfaction and social development.

Keywords: Mediation; Alternative Dispute Resolution; Administration of Justice; Social development; Brazil; Portugal.

Sumário

AGRADECIMENTOS.....	2
RESUMO	3
ABSTRACT.....	4
INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO TEÓRICO.....	11
1. A justiça para além dos umbrais dos tribunais	11
1.1. O conceito de justiça	12
1.2. O papel do Estado na efetivação da justiça	20
1.3. O direito de acesso à justiça no quadro dos direitos fundamentais	25
2. A mediação de conflitos	31
2.1 O conflito e o litígio na relação dialética entre mediação e justiça tradicional	32
2.2 A mediação e a sua eficácia na resolução de conflitos.....	36
3. A mediação de conflitos enquanto meio de pacificação e desenvolvimento social	38
3.1. A participação das pessoas na mediação e a mediação como agente e meio de autocomposição de conflitos	39
3.2. A consagração da mediação como forma de inclusão e desenvolvimento social	41
3.3. A mediação como mola propulsora de desenvolvimento social	47
CAPÍTULO II– ABORDAGEM METODOLÓGICA.....	52
1. Objetivo do estudo e questão de partida.....	53
2. Método de investigação.....	55
3. Procedimento da pesquisa	56
CAPÍTULO III – A MEDIAÇÃO NA LEI PORTUGUESA E NA LEI BRASILEIRA.....	57
1. A mediação em Portugal	57
1.1. O percurso da mediação de conflitos no ordenamento jurídico português	57
1.2. A mediação de conflitos: definição e caracterização	60
1.3. Os princípios da mediação de conflitos na lei portuguesa	62
2. A mediação no Brasil	71
2.1. O percurso da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro	71
2.2. O mediador na lei brasileira da mediação: breve enquadramento	76

2.3. Os princípios da mediação de conflitos na lei brasileira	78
3. Análise comparativa dos princípios da mediação na lei portuguesa e na lei brasileira da mediação	86
CAPÍTULO IV– ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS	89
1. Apresentação dos resultados	89
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	96

INTRODUÇÃO

A inquietação, a busca por respostas e a dúvida fazem parte da construção intelectual de qualquer ser humano. A sede pelo conhecimento é a base para tantas e importantes contribuições académicas e científicas.

Neste trabalho de pesquisa acontece exatamente isto, a busca por mais conhecimento, respostas a novas interrogações e algumas conclusões que esperamos ser valiosas para todos.

No mundo contemporâneo no qual vivemos, muitas situações de complexidade se apresentam nas relações sociais e inúmeros conflitos despontam a partir da vivência em sociedade. Assim, a necessidade de meios para a resolução destas relações conflituosas torna-se cada vez mais evidente, pois a paz social é certamente o bem mais valioso para seres que partilham e dividem um ambiente comum.

A mediação, seja judicial ou extrajudicial, desponta neste cenário como uma importante e eficiente ferramenta, devido seu potencial como meio para a obtenção de concórdia na resolução de situações conflituosas.

Apesar de a mediação não representar uma inovação nos sistemas jurídicos, só recentemente mereceu destaque dentro do ordenamento jurídico do Brasil e de Portugal, sendo reconhecida como importante contributo de acesso à justiça, sendo então devidamente regulamentada.

A nossa pesquisa centra-se, nestes dois ordenamentos jurídicos, dada a proximidade histórica entre Brasil e Portugal, a existência de diversos tratados de reciprocidade e a proximidade cultural entre os dois povos.

No Brasil a regulamentação se deu por meio a Resolução 125/2010, de 29 de novembro, do Conselho Nacional de Justiça, com posterior promulgação das Leis nº 13.105/2015, de 16 de março (Novo Código de Processo Civil - NCPC) e Lei nº 13.140/2015, de 16 de março (Lei brasileira da Mediação).

A partir de então a mediação judicial e extrajudicial no Brasil tornou-se regulamentada e reconhecida como meio de acesso à justiça, dando lugar à sua

utilização como ferramenta de dissolução de litígios, plenamente respaldada pela doutrina jurídica.

Em Portugal, país membro da União Européia, a regulamentação da mediação se deu a partir da Lei nº 29/2013, de 19 de abril, a partir de quando passou a ser utilizada como meio de alcance da eficácia, celeridade acessibilidade à justiça.

Deste modo, convém enquadrar a regulamentação da mediação no ordenamento jurídico português e brasileiro, em particular analisar, nas duas legislações específicas da mediação enquanto método de resolução extrajudicial de resolução de conflitos, os respectivos princípios enformadores que contribuem para a implementação da mediação enquanto meio de pacificação individual e social e, conseqüentemente de desenvolvimento social e comunitário.

Será possível alcançar inclusão, pacificação e desenvolvimento social através da mediação dos conflitos? A pesquisa ora realizada anseia lançar questionamentos e suscitar reflexões pertinentes ao tema, com o fito de trazer uma positiva colaboração à sociedade.

A pesquisa tem como objetivo compreender o contributo da mediação para o desenvolvimento da comunidade. Analisar como a mediação enquanto ferramenta que possibilita o apaziguamento e o equilíbrio das relações interpessoais possibilita uma transformação positiva nas relações sociais conflituosas contribuindo, assim, para a concretização do ideal de justiça e paz social.

Alguns objetivos específicos fazem parte da concepção deste trabalho. São eles: analisar a comparação da mediação com a concepção atual de justiça e de sua aplicabilidade não apenas no âmbito legal, mas nas vivências em sociedade e nos relacionamentos que esta abrange; compreender a visão atual de justiça e sua perspectiva de pensamento crítico e buscar novas ideias e conceitos para que se empregue nas relações sociais, sendo possível perceber que nenhum pensamento é completo em si mesmo.

Além disso, explicar de que forma a mediação pode ser elemento pacificador para o homem que se encontra prestes a voltar ao seu estado natural, sem nenhuma expectativa de se sentir atendido em suas necessidades.

Por último, explicar a mediação como ferramenta de pacificação social e desenvolvimento comunitário, a partir de uma realidade histórica e sistemática que a apresente como agente propiciador de mudanças.

Para o desenvolvimento da presente pesquisa foi feita uma seleção bibliográfica a fim de identificar algumas obras que realmente contribuíram para a formação de ideias pertinentes à mediação. Utilizamos livros originais dos autores, que depois de lidos foram feitos fichamentos e resumos com o objetivo de fornecer uma compreensão detalhada do estudo realizado, além de tomarmos as obras de comentadores.

Para uma melhor compreensão da exposição ora elaborada, dividimos nosso texto em quatro capítulos, contendo subtítulos que melhor expõem as ideias apresentadas.

No primeiro deles, dedicado à fundamentação teórica, tratamos da legitimidade do Estado em conduzir as lides e buscar a pacificação por meio do ordenamento jurídico em seus procedimentos tradicionais, apresentamos o conceito de justiça e a sua evolução histórica, bem como apresentamos a mediação como forma alternativa de resolução de conflitos. De seguida, tratamos da noção de conflito, do conceito de mediação e do respetivo percurso enquanto meio de resolução de conflitos autocompositivo de resolução pacífica de conflitos.

O segundo capítulo é dedicado à abordagem metodológica onde será apresentada a motivação e objetivos da presente pesquisa, a questão de partida que norteou a investigação, o método de investigação e o procedimento adotado, assim como as bases legais e, finalmente, os resultados obtidos a partir do estudo realizado.

No terceiro capítulo propomo-nos desenvolver a caracterização da lei portuguesa e da lei brasileira, em específico do elenco e caracterização dos princípios da mediação vertidos nos respetivos diplomas regulatórios, propondo desenvolver uma análise comparativa de legislação e doutrina sobre a mediação de conflitos em Portugal e no Brasil.

O quarto e último capítulo é dedicado à análise e discussão dos resultados da presente investigação, tentando demonstrar o contributo da mediação para a mudança e desenvolvimento social. Serão, também, apresentadas as principais limitações da investigação e indicadas linhas de investigação para futuras pesquisas.

Não temos a pretensão de esgotar o tema, que logo se percebe ser de uma dimensão maior do que podemos abarcar com o presente trabalho. Entretanto, buscamos demonstrar a importância da mediação e, em particular, da mediação de conflitos, como ferramenta de pacificação social, desenvolvimento humano e inclusão social, levando em conta as assertivas doravante explanadas.

CAPÍTULO I – ENQUADRAMENTO TEÓRICO

Vamos neste primeiro capítulo e em sede de enquadramento teórico fazer uma abordagem doutrinal de algumas temáticas que consideramos importantes para um correto entendimento do presente estudo.

Nesta esteira fazemos uma exposição do conceito de justiça a partir da visão clássica de Aristóteles e da percepção mais moderna a partir de Paul Ricoeur, onde ambos os filósofos demonstram o quanto o homem anseia e necessita da justiça para alcançar uma vida melhor, a vida boa.

Demonstramos ainda o papel do Estado na efetivação da justiça e a importância de que esteja em consonância com os anseios do povo e a percepção de que o homem médio busca o judiciário à espera de que resolva seus conflitos de forma eficaz, uma vez que a máquina estatal possui uma responsabilidade para com a sociedade.

Expomos, também, a extrema importância da efetivação da justiça enquanto direito fundamental amplamente consagrado nos ordenamentos jurídicos nacionais.

E nesta procura pela efetivação da justiça, apresentamos e caracterizamos a mediação enquanto mais uma via, ainda que extrajudicial, de atingir o ideal da justiça, bem como o seu contributo para a edificação de uma sociedade mais inclusiva, pacífica e desenvolvida.

1. A justiça para além dos umbrais dos tribunais

Começamos por afirmar que o Estado é o ente que detém o poder efetivo o acesso à Justiça para o homem comum, na resolução de suas lides.

Entretanto, por mais que a sociedade confira ao Estado o poder de gerir a atuação judiciária, ele não pode ser o meio exclusivo para a efetivação da justiça.

A busca da justiça é um anseio tão importante para os homens que no âmbito internacional se encontra previsto como princípio norteador dos Direitos e garantias fundamentais.

Há uma célebre frase que diz que a Justiça tardia nada mais é que a injustiça institucionalizada. Assim é para aquele que aguarda a máquina pesada do Estado, que se move lentamente, para ver resolvido seu conflito.

É preciso facultar aos cidadãos os meios mais diversos possíveis a fim de que haja solução para a situação que o aflige e cujo retardo da resposta pode significar prejuízos incalculáveis, não apenas de ordem pecuniária, mas atingindo-o emocionalmente e trazendo reflexos negativos no âmbito de suas emoções, relações pessoais e familiares e impactando assim, seu meio social.

A partir desta constatação, cumpre apresentar meios alternativos para alcançar a efetivação da melhor justiça. Neste horizonte desponta a mediação de conflitos como justa medida de resposta possível, de fácil acesso e que traz em seu bojo grandes possibilidades da resolução de conflitos.

Previamente à caracterização da mediação de conflitos enquanto meio extrajudicial e alternativo de resolução de conflitos, assim como o seu papel na concretização da justiça que cabe ao Estado assegurar, vamos, de seguida, caracterizar o conceito de justiça.

1.1. O conceito de justiça

Aristóteles, mais precisamente na obra “A ética a Nicômaco, livros V e VIII”, explana as temáticas justiça e amizade, cuja linha de pensamento influencia até os dias de hoje os conceitos norteadores do Direito e da Justiça.

Inicialmente o filósofo grego apresenta o termo justo com sua antítese ao que é injusto.

A visão aristotélica concebe justiça como uma virtude ética por excelência, um *ethos* (hábito, costume), ou seja, algo que deve fazer parte do modo agir de cada pessoa. Assim é um saber prático e não teórico.

Segundo o filósofo não se trata de conceito que é possível aprender de forma linear como a matemática, por exemplo.

Aristóteles divide a compreensão de justo ao lado do que se compreende como injusto. Se ser justo é obedecer a todas as leis, por injusto se entende aquele que denomina ímprobo, ou desobediente das leis. Neste sentido:

O homem injusto nem sempre escolhe o maior, mas também o menor – no caso das coisas que são más em absoluto. Mas, como o mal menor é, em certo sentido, considerado bom, e a ganância se dirige para o bom, pensa-se que esse homem é ganancioso. E é igualmente iníquo, pois essa característica contém ambas as outras e é comum a elas (ARISTÓTELES, 1991, p. 79).

Afirma, também, que a injustiça está intimamente ligada à ganância e ao desejo de possuir muitos bens. No mesmo entendimento, conclui que se o homem injusto não se preocupa com o outro, mas tão somente busca gananciosamente satisfazer a si mesmo.

A justiça para Aristóteles é o bem de outro, do próximo, de modo que a justiça que é feita a si e ao outro é uma justiça inteira.

Inicialmente o filósofo grego divide a justiça em duas: a justiça total e a justiça particular.

A justiça total é a forma genérica, a obediência às leis da *pólis*, que por serem feitas com a participação de todos os cidadãos, era de todos para todos. Neste entendimento o homem justo para Aristóteles é o que obedece a lei que ele mesmo e seus compatriotas fizeram. Esta obediência era, portanto, a base para a manutenção da paz social.

A justiça particular é por sua vez, a divisão da justiça quanto à sua aplicação, a qual o filósofo diz que não pode ignorar. A particularidade desta justiça habita no fato de ter relação com casos concretos em específico.

Dentro de justiça particular o filósofo apresenta a justiça particular distributiva, que pressupõe uma subordinação, vez que envolve o soberano e os súditos. Desta forma, ocorre quando o ente superior precisa dividir de modo igual os benefícios e os encargos que couber a cada um para o benefício de todos. Os benefícios são citados como honras, cargos e os encargos são as responsabilidades que são inerentes aos privilégios.

Aristóteles, desta feita afirma que a justiça se consolida exatamente na distribuição entre os privilégios e responsabilidades. Esta justiça analisa o mérito de cada pessoa segundo o filósofo. Leva em conta a proporcionalidade, que inclusive é aplicada no presente ordenamento jurídico.

Outro tipo de justiça apontado pelo entendimento de Aristóteles é a corretiva. Uma forma de justiça que independe das partes envolvidas na relação. Não pressupõe que haja diferença entre estes, os trata com igualdade.

Este tipo de justiça é dividido pelo filósofo como voluntária e involuntária. Esta característica diz respeito ao modo como a parte está presente na relação existente.

Neste cenário a injustiça existe quando uma das partes não recebe o que foi pactuado por ambos e o papel corretivo se faz presente quanto se restabelece o que foi acordado no início da relação. No presente caso ambos estão de comum acordo na relação e de maneira voluntária estabeleceram as condições a serem seguidas.

A justiça particular corretiva involuntária acontece quando uma das partes não deseja manter nenhuma relação com a outra parte.

A injustiça a ser corrigida deverá acontecer para restituir a parte atingida que não desejava manter acordo com aquele que o lesou. Assim, para haver a correção da injustiça, é necessário equilibrar a perda e o ganho da relação, que aconteceu sem que voluntariamente se desejasse. A esta Aristóteles diz ser feita em proporção aritmética.

A terceira espécie é a justiça particular da reciprocidade, a qual Aristóteles afirma não se enquadrar próximo à distributiva e nem à corretiva. Para o filósofo esta justiça deve ser aplicada para buscar um equilíbrio presente nas relações muito desiguais, de modo a valorar cada uma delas para ser acessível o produto de troca entre eles.

Este justo modo de proceder se destina a manter a possibilidade de associação entre os homens, onde um possa adquirir o produto ou ação do trabalho do outro. Trata-se de uma questão de equilíbrio. Esta teoria se deu para poder balizar o escambo praticado em sua época. Assim, a instituição do dinheiro supre a necessidade de garantir a manutenção da paz social.

Juntamente com a noção de justiça a noção de amizade na visão aristotélica permeia a teoria de justiça do filósofo. Desta feita, este conceito se encontra no livro VIII da *Ética a Nicômaco* de Aristóteles.

Aristóteles apresenta o conceito de amizade, enfatizando sua importância para o convívio na polis grega.

Para o filósofo “como se pode manter ou salvaguardar a prosperidade sem amigos?” (ARISTÓTELES, 1991, p.139). Assim, o que é preciso compreender da leitura da obra aristotélica é a vital importância da existência da amizade e de seus formatos para as relações sociais e para o próprio indivíduo, haja vista, como defende o filósofo.

Até em nossas viagens podemos ver quanto cada homem é chegado e caro a todos os outros. A amizade também parece manter unidos os Estados, e dir-se-ia que os legisladores têm mais amor à amizade do que à justiça, pois aquilo a que visam acima de tudo é à unanimidade, que tem pontos de semelhança com a amizade (ARISTÓTELES, 1991, p. 169).

Na visão aristotélica, amigos são seres de inestimável valor, com um poder transformador na vida daqueles com quem caminham junto. Não ter amigos coloca o homem em um nível de tristeza e solidão o qual não é possível mensurar. Mesmo sendo o homem abastado em bens materiais não poderia ser feliz sem a presença de um amigo.

Em face dos argumentos demonstrativos da necessidade de amigos, Aristóteles prossegue sua exposição de pensamento afirmando que inclusive para a manutenção da ordem em sociedade a amizade é um valor de vital importância.

A partir deste ponto, podemos entender o entrelace do pensamento de Aristóteles em sua teoria de justiça. Fica claro da análise do texto a necessidade da amizade como bem fundamental para a manutenção da paz no meio social, relações interpessoais de toda espécie, promoção da concórdia e respeito às diferenças existentes, promovendo assim a união entre as pessoas.

Aristóteles estabelece uma ligação direta entre justiça e amizade. Para o filósofo as duas ações provêm de um mesmo tipo de pessoas, por haver entre suas práticas e escolhas uma verossimilhança. Tanto as ações, quanto os conceitos morais concernentes a justiça faz parte do universo dos mesmos seres.

Dentro de sua visão de amizade, Aristóteles faz a ilação desta com o conceito de justiça. Para isto, referência que as amigades e pessoas possuem graus diferentes de afinidades do mesmo modo que varia a intensidade do laço entre elas. Do mesmo modo que a justiça que permeia as relações mencionadas também sofre variações, ocorre com as injustiças. Sempre diferem entre si.

Para demonstrar o aspecto prático da ideia defendida, Aristóteles exemplifica que muito mais difícil é ser injusto com um amigo que um estranho, mais abominável ser injusto com o pai que um parente distante, mais odioso ser injusto com um companheiro que um desconhecido. Isto posto resta provar que a justiça e injustiça residem no mesmo âmbito das relações pessoais.

A partir desta ideia inicial o filósofo explana o que pensa sobre a justiça no seio da sociedade. Assim como nas relações pessoais os homens visam vantagem recíproca, de mesmo modo aqueles que editam as leis, consideram como justo tudo aquilo que traga vantagem para todos.

A sociedade, quando se divide em comunidades por afinidade, sempre orbitará seus interesses em torno do que lhe for mais particularmente favorável. Para citar exemplo, temos agremiações esportivas, sindicatos de classes, comunidades religiosas.

Em contrapartida, apesar de haver uma gama de comunidades por interesse, como antes se mencionou, todas fazem parte de algo mais abrangente, que é a comunidade política, para onde deve convergir o interesse maior e para o bem de todos.

Assim, podemos compreender a justiça para Aristóteles como um meio termo entre a falta e o excesso. Algo que ele denomina de justo meio, onde nem se falta e nem se excede com sua existência, mas sem conter parâmetros matemáticos para obter esta medida, existindo como virtude, ao abrigo da ética.

Fazendo um grande salto no tempo, achamos interessante partilhar o pensamento do filósofo francês Ricoeur que tem, discorrido sobre o conceito de justiça. Sabendo que por justiça se entende “a cada um o que é seu”, a sua efetivação necessita de um agente catalisador de seus atos benéficos. Quem se investe de capacidade para fazê-lo são as instituições.

Ricoeur entende instituição como um ente que não se dissolve diante da vontade pessoal dos seres que a ela recorrem, o que explica seu caráter social, sua conduta ética.

As instituições existem com o escopo de atender de forma igualitária a todos que a compõem. Possui, portanto, um caráter de pluralidade, onde o sentido de justiça referido por Ricoeur é bem mais abrangente, ultrapassando todos os limites das instâncias jurídicas.

A ideia de justiça defendida perpassa a barreira do tempo ou mesmo da organização de qualquer sistema jurídico. No mesmo viés, é ainda mais perceptível o sentido de injustiça, já que muito se reclama desta última quando se persegue a primeira.

Ricoeur nos esclarece a cerca de justiça:

Mais precisamente, o seu objeto é a “estrutura de base da sociedade”, isto é, não as instituições particulares ou as interações emergentes em situações singulares, mas o agenciamento das principais instituições sociais num sistema único, que assim consagra direitos e deveres fundamentais e estrutura a repartição dos benefícios e dos encargos resultantes da cooperação social. (RICOEUR, 1995, p. 86)

O filósofo francês percebe que a questão se encontra na ligação entre a justiça e igualdade, e afirma que não importa a forma como fazemos uma distribuição desta citada igualdade, está se insere tanto nas relações pessoais como nas relações envolvendo as instituições.

A mediação provida pelas instituições é exatamente promover a justiça em face das situações factíveis do convívio social, onde o clamor de que há alguma injustiça deve ser prontamente reparado. Deve-se evitar, contudo, que haja esse senso de reparo meramente econômico, mas promovendo a justa distribuição de papéis sociais, de vantagens de cunho não pecuniário e de responsabilidades equanimente divididas.

Desta feita, haveria uma garantia de que não se criariam classes políticas mais ou menos privilegiadas. Destarte, a adequada distribuição não vislumbra beneficiar a ninguém de modo especial. A tarefa primordial da instituição é enquadrar cada um ao seu papel de protagonismo, que só existe em razão da noção de justiça percebida. Desta forma a visão de igualdade se dá a partir da justiça enquanto valor ético e não por uma estratificação social engessada.

A justiça não se volta para o que é devido a uma pessoa sem considerar as necessidades de todos. Ou seja, justiça pressupõe antes de qualquer coisa, a igualdade.

Tanto a amizade quanto a justiça estão entrelaçados na igualdade. Entretanto amizade e justiça não se confundem, já que a primeira diz respeito às relações interpessoais e esta última tem a ver com as relações mediadas pelas instituições. De

modo que a justiça comporta muitos cidadãos e a amizade envolve, tão somente um pequeno número de pessoas.

Neste sentido, o pensador francês deixa claro que a justiça pode então ser considerada a virtude das instituições, mas de instituições que visam a promoção do bem daqueles que delas tomam a sua parte (RICOEUR, 2006).

Uma vez que conseguimos visualizar uma concepção de justiça, inclusive o entendimento sobre instituições, pode-se vislumbrar de forma diferenciada sobre a relevância da Mediação para muito além de mero procedimento.

Indubitavelmente as instituições asseguram a justiça, dão garantia do vínculo entre a ética e a justiça, defendendo que cada indivíduo acesse seu direito à liberdade e autonomia.

Assim, para Ricoeur a visão de vida compartilhada com todos, garante: 1) aplicação da justiça; 2) aplicação da igualdade enquanto conceito ético do conceito de justiça.

Por seu turno as instituições garantem que se identifique o que realmente é justo. Segundo Ricoeur instituição é “a estrutura do viver junto de uma comunidade histórica” (RICOEUR, 1991, p. 215).

São responsáveis por aplicar a justiça e garantir a igualdade, dando a “cada um seu direito” (RICOEUR, 1991, p. 215), além de garantir a justiça, pois as ações humanas são incertas.

As instituições também dão garantia de um convívio social justo e igualitário.

Neste entendimento a visão ética é “visar a verdadeira vida com e para o outro em instituições justas” (ARENDT, 2010).

Através deste conceito é possível compreender que o ser humano pode viver uma vida justa e equitativa, cuidando de si, reconhecendo o outro e se situando na vida social.

Entretanto não se pode delimitar o que seja justo ou injusto, pois esta compreensão só fica patente quando o humano se sente tocado por uma injustiça.

Partindo desta premissa, no ato de julgar é possível visualizar um elemento hierárquico expressando preferência, apreciação, aprovação. Existe ainda a questão da finalidade última do ato de julgar.

É possível vislumbrar dois aspectos do ato de julgar: por um lado cortar, pôr fim à incerteza, separar as partes; por outro fazer reconhecer a cada um a parte que o outro ocupa na mesma sociedade, em razão de serem ganhador e perdedor da lide.

É neste aspecto da atuação das instituições que é preciso perseguir um direito que ponha fim às incertezas, consigne para as partes envolvidas no processo os lugares que determinem a distância entre justiça e vingança.

O filósofo Ricoeur afirma que as instituições não são entes personalizados, que pelo simples procedimento técnico serão capazes de concretizar o conceito de justiça em seu fazer processual (cf. RICOEUR, 1995, p.195.).

Nesta senda justiça é, pois, o resultado do sentimento de injustiça, ou do senso de justiça. Ela não acontece do indivíduo para si mesmo, mas sempre vai abranger o outro.

O homem sente-se tocado quando de algum modo passa por sofrimento ou ao ver o outro causando ou sofrendo um mal.

Seguindo a mesma esteira de pensamento, a ideia de justiça leva em conta o outro, uma vez que percepção ética, no entendimento de vida boa com e para outro em instituições justas, significa o reconhecimento do outro e a mediação de instituições.

Noutro giro, podemos afirmar que a justiça se faz quando o ser humano tem sua vida boa amparado em instituições justas. A justiça é antes de tudo uma aspiração por uma vida digna, equilibrada, equitativa.

O senso de justiça, só é possível com o sujeito capaz de julgar de modo imparcial suas próprias ações e orientar-se pela autoestima e pelo respeito próprio.

1.2. O papel do Estado na efetivação da justiça

Em uma sociedade estruturada, onde os cidadãos fazem parte do contrato social, que pressupõe a aceitação das normas com as quais todos assentem e que permitem que de modo ordeiro seja possível um convívio minimamente pacífico.

Na esteira deste pensamento foi instituído o Estado como a figura de convergência para que se alcance a *pax social*, mediada pelas instituições.

A efetividade da justiça, nessa visão social se encontra nas mãos do modernamente conhecido como poder judiciário, o qual, mediante leis e processos previamente estabelecidos, confere aos cidadãos a possibilidade da persecução de justas respostas aos anseios pessoais e coletivos.

Cumprir ressaltar que o aparato estatal busca atender à sociedade com uma velocidade que sua estrutura não permite, devido ao peso burocrático das próprias instituições.

É importante para compreensão do sentido ideal de Estado a interpretação histórico-cultural, que permite o entendimento do sentido que a norma ganha quando se depara com a realidade social. Em verdade, a busca pela justiça, não se faz sem a compreensão do facto social.

A partir desta percepção é possível entender a extensão do caráter executório do direito, a sua capacidade de promover mudanças que interferem na dignidade humana, como outros que, ainda que sejam comuns a todos os homens, devem ser fomentados, a fim de que se tornem verdadeiros vetores de integração social.

A formatação do sistema legal não é individualizada, e nem poderia ser, haja vista o dever de a justiça ser pensada de modo a atender uniformemente à sociedade. Entretanto, existem situações, que sem sombra de dúvidas, precisam ser apreciadas de modo diverso, em razão de sua complexidade e ou urgência.

Nesse sentido, o aparato estatal, posto que tenha sido pensado para atender às demandas legais existentes, não consegue ser a um só tempo eficiente e célere no atendimento às situações que se lhe apresentam, onde o tempo gasto no andamento processual da lide fará toda diferença na obtenção da justiça almejada.

Interessa enquadrar o conceito de justiça no quadro de Estado de Direito Democrático. A ideia tem raízes no século XVIII e encontra-se diretamente ligada aos valores da dignidade humana, organização e funcionamento do Estado e participação popular.

Originariamente, a concepção de democracia definia-se a partir do regime do *demos*, nome pelo qual eram designadas as divisões territoriais administrativas na Grécia antiga, de forma que, extensivamente passou à designação originada de *demokratia* significando poder popular, governo do povo.

Assim, é possível perceber que conceitos como “poder popular” e “governo do povo” não eram nem semelhantes aos concebidos hodiernamente, de forma o conceito de democracia tem sofrido também os mais diferentes significados no percurso histórico.

Para melhor compreensão do termo Estado Democrático de Direito, cumpre demonstrar pela caneta de outros mestres:

Conforme expõe o doutrinador:

O Estado Democrático se funda no princípio da soberania popular que ‘impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública, participação que não se exaure, como veremos, na simples formação das instituições representativas, que constituem um estágio da evolução do Estado Democrático, mas não o seu completo desenvolvimento(SILVA, 2007, p 73).

Assim, a substância da soberania popular deve ser representada pela autêntica, efetiva e legítima participação democrática do povo nos mecanismos de produção e controle das decisões políticas, em todos os aspectos, funções e variantes do poder estatal.

Vejamos o que a doutrina apregoa:

A ideia fundamental da democracia é a determinação normativa de um tipo de convívio de um povo pelo mesmo povo. Já que não se pode ter o auto-governo na prática quase inexequível, pretende-se ter ao menos a auto-codificação das prescrições vigentes com base na livre competição entre opiniões e interesses, com alternativas manuseáveis e possibilidades eficazes de sancionamento político(MÜLLER, 1998, p. 27).

Na mesma esteira de pensamento temos:

O esquema racional da estadual idade encontra expressão jurídico-política adequada num sistema político normativamente conformado por uma constituição e democraticamente legitimado. Por outras palavras: o Estado concebe-se hoje como Estado Constitucional Democrático, porque ele é conformado por uma Lei fundamental escrita (= constituição juridicamente constituída das estruturas básicas da justiça) e pressupõe um modelo de legitimação tendencialmente reconduzível à legitimação democrática. (CANOTILHO, 1995, p.43).

Atualmente, podemos compreender o Estado como sendo um agrupamento social politicamente organizado, gerido por objetivos em comum, obviamente segundo determinadas normas jurídicas em um território certo e definido, sob a total tutela de um poder soberano, representado por um governo independente.

Assim sendo, a consolidação do Estado surge à medida que coexistem interesses similares de uma coletividade e o devido ânimo de colocá-los em prática.

O conceito de Estado moderno repousa sobre quatro elementos básicos: a soberania, o território, o povo e a finalidade. Sendo definido como a ordem jurídica soberana que tem como finalidade o bem comum de um povo situado em determinado território.

Trazemos o entendimento doutrinário de Estado:

Estado é a sociedade juridicamente organizada, cuja função é satisfazer não apenas as aspirações individuais, como também as coletivas, visando, com isso, a realização do bem comum. (MIGUEL REALLE, 2000, p. 119).

A concepção do Estado moderno possui forte ligação com o entendimento de que o Estado é o único criador do Direito. Sendo ele próprio quem resolverá os conflitos sociais através do Estado-juiz que ao aplicar as normas positivadas pelo próprio Estado-legislador, fará nascer a Justiça pretendida.

É contraditório que o sistema jurídico tenha sido idealizado e implementado pelo Estado Liberal, influenciado pelo Iluminismo, uma vez que o seu aporte filosófico é a doutrina dos direitos do homem consolidada pela escola do direito natural.

Entretanto, vez que se espera do Estado o respeito a tais direitos, deu-se máxima ênfase ao aspecto da legalidade, ficando o legislador estatal investido de absoluto poder. Sobre o Estado, temos:

O Estado deve entender-se como conceito historicamente concreto e como modelo de domínio político típico da modernidade. Se pretendêssemos caracterizar esta categoria política da modernidade, dir-se-ia que Estado é um sistema processual e dinâmico e não uma essência imutável ou um tipo de domínio político fenomenologicamente originário ementa constitucional (CANOTILHO, 1995, p.47).

Deste modo, entendemos que o Estado de Direito é sinónimo de Estado de Justiça, que por seu turno, não coaduna com o estado submetido ao poder judiciário, uma vez que este é apenas um elemento que compõe o Estado de Direito. Estado submetido ao juiz é Estado cujos atos legislativos, administrativos e também judiciais ficam sujeitos ao controle jurisdicional no que tange à legitimidade constitucional e legal:

Os três grandes princípios encontráveis num Estado submetido ao Direito são: o princípio da legalidade, o princípio da igualdade e o princípio da justicialidade. O princípio da legalidade, que contém a afirmação da liberdade do indivíduo como regra geral, seria a fonte única de todas as obrigações dentro de um Estado de Direito. A lei vincula o Poder Executivo, que não pode exigir condutas que não estejam previstas em lei, submete a função do Judiciário, que não pode impor sanção sem que esta esteja definida em lei, e embasa a atuação do Legislativo, que nada pode prescrever senão por meio de uma lei. A igualdade é princípio informador do conceito de lei no Estado de Direito, posto que suas formulações legais devem ser iguais para todos, proibindo o arbítrio, tratando os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida em que se desigualem. A justicialidade vista como princípio também, é o controle dos atos do Estado de Direito, que deve conter um procedimento contencioso para decidir os litígios, sejam estes entre as autoridades superiores do Estado, ou entre autoridades e particulares, ou, num Estado federal, entre a Federação e um Estado-membro, ou entre Estados-membros etc.(FILHO, 2004, p 32).

Assim sendo, o reconhecimento e a institucionalização do Estado de Direito ocasiona o desaparecimento da valoração no exercício dos poderes públicos, a

submissão do poder ao império do direito e o reconhecimento de direitos e garantias fundamentais. O que compõe o cerne do ideal de justiça manifesta na constituição de um Estado.

De modo que é possível afirmar que o Estado de direito se compõe de várias dimensões essenciais. Sendo que a primeira dimensão essencial é que o Estado de Direito é um Estado que age em subordinação ao direito.

Extraímos então três importantes significados do exposto: a) o Estado deve estar sujeito ao direito, de modo especial a uma Constituição; b) o Estado age através do direito; c) o Estado deve sujeitar-se a uma ideia de justiça.

Cumprir destacar que o Estado de Direito é um Estado que estabelece o princípio da legalidade da administração pública, isto é, um Estado que está totalmente subordinado à lei, aos órgãos, funcionários e agentes do Estado, que responde pelos próprios atos, ou seja, é um Estado que civilmente assume os danos incidentes na esfera jurídica dos particulares.

O Estado de Direito é um Estado garantidor da via judiciária, ou seja, o acesso ao poder judiciário em caso de ameaça ou lesão de direito.

Esse princípio é complementado pela garantia de um juízo independente, pelo princípio do contraditório e a ampla defesa, pela institucionalização do direito de escolher um defensor e pela facilitação ao acesso do cidadão a assistência obrigatória de advogado quando processado pelo Estado.

Mas, um Estado de Direito democrático caracteriza-se, também, pela atribuição, aos seus cidadãos, de um catálogo de direitos, inerentes à sua natureza enquanto pessoas e que estes podem fazer valer nas suas relações recíprocas e nas relações face ao Estado ou a qualquer ente público. Vamos, de seguida, fazer uma breve caracterização da importância desses direitos fundamentais e, dentro destes, destacar o direito de acesso à justiça e de ver realizado o ideal de justiça enquanto fim do Direito e baluarte da vida social.

1.3. O direito de acesso à justiça no quadro dos direitos fundamentais

Os Direitos fundamentais são aqueles considerados imprescindíveis à pessoa humana, necessários para garantir a todos uma existência digna, livre e igual; a definição desses direitos denominados “fundamentais” envolve diferentes aspectos.

Em uma concepção material, podemos afirmar que dizem respeito aos direitos básicos que o indivíduo, possui em face do Estado; em acepção formal, os direitos são considerados fundamentais quando o direito vigente em um país assim os qualifica, normalmente estabelecendo certas garantias para que estes direitos sejam respeitados por todos.

Doutrinariamente temos a afirmação:

Tal como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático. Mais concretamente: os direitos fundamentais têm uma função democrática dado que o exercício democrático do poder: 1 - significa a contribuição de todos os cidadãos para o seu exercício (princípio direito de igualdade e da participação política); 2 – implica participação livre assente em importantes garantias para a liberdade desse exercício (o direito de associação, de formação de partidos, de liberdade de expressão, são, por ex., direitos constitutivos da próprio princípio democrático; 3 – envolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivo de uma democracia econômica, social e cultural. Realce-se esta dinâmica dialética entre os direitos fundamentais e o princípio democrático. Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjetivos de participação e associação, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. (CANOTILHO, 1995, p.47).

Para o referido Autor, ainda que os direitos fundamentais sejam direitos subjetivos de liberdade, podem assegurar o exercício da democracia mediante o arbítrio de garantias de organização processos com transparência democrática.

Assim, como direitos subjetivos que asseguram prestações sociais, econômicas e culturais, os direitos fundamentais constituem uma dimensão impositiva para garantir através do legislador democrático, o acesso a esses direitos.

O estado democrático de direito pressupõe o amplo e irrestrito acesso do homem aos direitos e garantias fundamentais que hoje são pilares de qualquer ordenamento jurídico.

Nesta conjuntura, é papel essencial do Estado, através de seus órgãos, garantir o acesso irrestrito dos cidadãos ao cumprimento de direitos e deveres que lhes sejam assegurados.

De maneira ultrapassada, por suposto, em certa medida, esta garantia só era possível através do acesso aos tribunais, que comandados por juízes, assegurariam a eficácia do cumprimento das normas para que assim fosse alcançada a esperada justiça, amparada por uma sentença judicial.

No contexto atual, o que se defende é o amplo e irrestrito acesso à justiça, independentemente da forma e dos meios para atingir através. Assim, nenhum ordenamento jurídico deve poupar esforço a fim de que os homens sejam sempre considerados mais importantes em seus direitos e garantias fundamentais, do que procedimentos engessados.

Assim, pode-se perceber como estes direitos realmente evoluíram dentro do ordenamento jurídico internacional e a maneira como eles estão diretamente ligados ao acesso à justiça por meio da mediação, que é o que defendemos.

Em breve análise da evolução dos direitos fundamentais, é possível encontrar traços gerais das primeiras declarações de direitos e nas cartas de franquia da Idade Média.

Também na Revolução de 1789, as declarações de direitos são um dos traços do Constitucionalismo. A primeira foi a do Estado da Virgínia, de junho de 1776, que estabelecia os direitos fundamentais do povo norte-americano, tais como a liberdade, a igualdade, eleição de representantes etc., tornando-se modelo para tantas outras na América do Norte. Uma das mais conhecidas e influentes foi a dos "Direitos do Homem e do Cidadão", datada de 1789.

A partir da Revolução Francesa, em 1789, inúmeros foram os movimentos e documentos que buscavam garantir aos cidadãos os seus direitos elementares em face da atuação do poder público.

Como mencionamos, um dos documentos mais conhecidos neste sentido foi a chamada Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, produto da revolução ocorrida na França.

Deste modo, cumpre ressaltar que do século XVIII surgiram conquistas substanciais e definitivas, contudo o surgimento das liberdades públicas tem como ponto de referência duas fontes originárias: o pensamento iluminista da França e a Independência dos Estados Unidos da América.

Em 1948, logo após a 2ª Guerra Mundial, a ONU- Organização das Nações Unidas editava a Declaração Universal dos Direitos do Homem, universalizando os primados de respeito e proteção aos Direitos Fundamentais. Certamente um importante marco histórico.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 concentrou-se fundamentalmente em quatro ordens de direitos individuais:

Logo no início, são proclamados os direitos pessoais do indivíduo: direito à vida, à liberdade e à segurança. Num segundo grupo encontram-se expostos os direitos do indivíduo em face das coletividades: direito à nacionalidade, direito de asilo para todo aquele perseguido (salvo os casos de crime de direito comum), direito de livre circulação e de residência, tanto no interior como no exterior e, finalmente, direito de propriedade. Num outro grupo são tratadas as liberdades públicas e os direitos públicos: liberdade de pensamento, de consciência e religião, de opinião e de expressão, de reunião e de associação, princípio na direção dos negócios públicos. Num quarto grupo figuram os direitos econômicos e sociais: direito ao trabalho, à sindicalização, ao repouso e à educação. Para Canotilho, as expressões 'direitos do homem' e 'direitos fundamentais' são frequentemente utilizadas como sinônimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Sem dúvida que a causa principal do reconhecimento de direitos naturais e intangíveis em favor do indivíduo é de ordem filosófico-religiosa. Uma grande contribuição é tributada ao Cristianismo, com a ideia de que cada pessoa é criada à imagem e semelhança de Deus; portanto, a igualdade fundamental natural entre todos os homens. (BASTOS, 1992, p.34).

Sobre este incomparável documento, a Declaração Universal dos Direitos do Homem Norberto Bobbio afirma que:

A Declaração Universal representa a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. É uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre. (BOBBIO, 1992, p.34)

Em exposição a cerca da importância das declarações dos direitos do homem, sobre a que fora concebida na França, temos:

Constatou-se então com irrecusável veracidade que as declarações antecedentes de ingleses e americanos podiam talvez ganhar em concretude, mas perdiam em espaço de abrangência, porquanto se dirigiam a uma camada social privilegiada (os barões feudais), quando muito a um povo ou a uma sociedade que se libertava politicamente, conforme era o caso das antigas colônias americanas, ao passo que a Declaração francesa de 1789 tinha por destinatário o gênero humano. Por isso mesmo, e pelas condições da época, foi a mais abstrata de todas as formulações solenes já feitas acerca da liberdade. O teor de universalidade da Declaração recebeu, aliás, essa justificativa lapidar de Boutmy: Foi para ensinar o mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações (BONAVIDES, 2006, p.571).

Destarte, podemos afirmar que os direitos fundamentais são a somatória de um longo processo histórico e de uma lenta evolução. Não foram concebidos em data exata, não foram pensados em um só país.

A bem da verdade, porém, como antes apontado, esses direitos do ser humano fincam suas raízes mais profundas no pensamento judaico-cristão, que trouxe vasta contribuição para uma visão do homem sob a lente da isonomia, já que a referida doutrina religiosa assevera que o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, valorizando-o como criação do Eterno, atribuindo-lhe respeito e dignidade.

Silva caracteriza Direitos Fundamentais como:

Situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo, em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana". Melhor dizendo: "São direitos constitucionais na medida em que se inserem no texto de uma constituição ou mesmo constem de simples declaração solenemente

estabelecida pelo poder constituinte”. São direitos que nascem e se fundamentam, portanto, da soberania popular. Eis algumas características dos Direitos Fundamentais: (1) Historicidade. São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. (...); (2) Inalienabilidade. São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; (3) Imprescritibilidade. (...) Vale dizer, nunca deixam de ser exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge os direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade dos direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso; (4) Irrenunciabilidade. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite que sejam renunciados(SILVA, 2006, p.183).

As bússolas das Constituições são os direitos fundamentais. Não há constitucionalismo sem direitos fundamentais:

A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros que sobre ela se projetam. (BONAVIDES, 2006, p.572).

Não resta dúvida de que os Direitos Fundamentais se inserem no que o Constitucionalismo denomina por princípios constitucionais fundamentais, princípios estes que guardam os valores fundamentais da ordem jurídica.

Sem os nomeados princípios as Constituições nacionais seriam mero amontoado de regras, tendo em comum somente o fato de pertencerem ao mesmo texto jurídico. Deste modo, onde não existir Constituição não haverá também direitos fundamentais.

Sob a epígrafe “*Acesso ao direito e tutela jurisdicional efetiva*”, o art. 20.º da Constituição da República portuguesa prescreve que “1. A todos é assegurado o acesso ao direito e aos tribunais para defesa dos seus direitos e interesses legalmente protegidos, não podendo a justiça ser denegada por insuficiência de meios económicos. (...) 4. Todos têm direito a que uma causa em que intervenham seja objeto de decisão em prazo razoável e mediante processo equitativo.5. Para defesa dos direitos,

liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efetiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos”.

O Lexionário do Diário da República, disponível no sitio web do Jornal Oficial¹, apresenta uma descrição minuciosa deste princípio fundamental:

O princípio da tutela jurisdicional efetiva é um direito fundamental previsto na Constituição da República Portuguesa (CRP) que implica, em primeiro lugar, o direito de acesso aos tribunais para defesa de direitos individuais, não podendo as normas que modelam este acesso obstaculizá-lo ao ponto de o tornar impossível ou dificultá-lo de forma não objetivamente exigível.

Entretanto, apesar de ser definido pelo referido diploma legal como princípio norteador do direito dos cidadãos, a sua efetiva concretização depende da implementação de políticas públicas para se fazer concreto nas situações do quotidiano.

Assim, são necessárias políticas públicas, efetivadas por meio de procedimentos, que o façam vigorar e ser experimentado nas situações de conflitos em que se carece de uma breve solução para determinada lide.

Cumprе ressaltar que o entendimento atual do acesso à justiça, abarca os diversos meios possíveis, sejam ele judiciais ou extrajudiciais. Veja-se, a este propósito o pensamento de MONTEIRO e CEBOLA:

O direito de acesso a justiça paulatinamente deixou de restringir-se a possibilidade de qualquer cidadão poder recorrer a um tribunal judicial, para se concretizar na realização da justiça do caso concreto, devendo garantir-se a efetiva igualdade das partes e a imparcialidade na administração da justiça, seja qual for a via seguida para a resolução de um conflito⁵. Verificou-se, portanto, a necessidade de construir um novo modelo de justiça, integrando todos os meios legítimos de resolução de conflitos jurídicos (MONTEIRO e CEBOLA, 2019, p.217).

Neste sentido, nos ensina a doutrina:

Mas hoje, e cada vez menos, os cidadãos se revêm neste modelo de Justiça. Uma Justiça dominada por terceiros, advogados e juízes, assente num modelo impositivo e na dialética entre direitos e deveres. Um modelo que não integra os cidadãos, que reduz ao mínimo a sua participação, levando-os a

¹Disponível em: Lexionário | DRE, acedido a 15 de novembro de 2021.

questionarem a respetiva legitimidade e autoridade (do poder judicial). Uma justiça que assenta na igualdade absoluta entre os cidadãos, em matérias como os Direitos Humanos e o acesso aos tribunais, mas que enferma de uma contradição de base decorrente das desigualdades de acesso a justiça (tradicional) determinadas pela riqueza e pelo poder (MONTEIRO e CEBOLA, 2019, p.218).

Importa que o cidadão possa se valer de qualquer possibilidade lícita de concretizar seu direito:

Sustentamos a necessidade de desenvolver e implementar um novo modelo de Administração da Justiça que, ao contrário do tradicional, não só envolva eficazmente os cidadãos, mas estimule a sua participação direta, efetiva e responsável. Um modelo integrado e integrador (com os MRAL), responsável e responsabilizador (dos diversos intervenientes judiciais e inclusivamente dos cidadãos). Um modelo no seio do qual os cidadãos sejam, não só parte interessada num processo, mas participantes diretos no seu andamento, desde o início até ao resultado final (MONTEIRO e CEBOLA, 2019, p.218).

Quando os limites da justiça encontram abrigo em meios cada vez mais inclusivos, desburocratizados e céleres, pode-se então afirmar que o direito fundamental foi garantido.

2. A mediação de conflitos

Resta por óbvio que foi percorrido um longo caminho pela mediação para que estivesse em pleno funcionamento nos dias atuais, entretanto se faz necessário demonstrar de modo mais preciso a forma como se chegou ao panorama atual de perceção da mediação como ferramenta alternativa e eficaz para a resolução de conflitos.

Um dos pilares da existência em sociedade é a busca pelo equilíbrio entre as necessidades de uns e a possibilidade de outros, na busca de uma coexistência pacífica e igualitária.

O dispositivo pelo qual é possível haver uma sociedade minimamente democrática, onde todos tenham igual acesso a direitos, é a justiça, que é um princípio mundialmente consagrado e validado por todos os povos, disto não resta dúvida.

Mas o lastro desta pesquisa é perceber que a justiça pode ser feita por um caminho longo, rígido e formal e mais desgastante, económica e emocionalmente, implicando o recurso à via judicial tradicional ou pode acontecer de maneira mais concertada, amigável, informal e flexível cuja escolha pode recair exatamente sobre o que hoje é a temática da pesquisa que ora realizamos: a mediação.

E de que maneira podemos perceber a mediação? Entendemos que o primeiro passo para a compreensão é o conhecimento.

Assim, vamos compreender a mediação a partir de sua razão de existir, que é existência de um conflito. Ou seja, sendo a mediação uma via para a resolução de conflitos, vamos analisar o conceito de conflito.

2.1 O conflito e o litígio na relação dialética entre mediação e justiça tradicional

Atendermos à mediação como forma de resolução de conflitos pressupõe ter uma *“atitude positiva que aceita o facto de as situações conflituosas serem, na sua maioria, negociáveis, sendo possível chegar a soluções mutuamente vantajosas”* (WILDE e GABROS, 2007, p. 48).

Mais à frente escrevem os referidos Autores:

Regra geral existe uma tendência para encarar o conflito numa óptica negativa, sem considerar as suas facetas positivas. Bastaria imaginá-lo como gerador de evolução, de expressões artísticas, de investigação científica e, em geral, como motor de desenvolvimento da sociedade e do indivíduo. Quer ocorra entre pessoas, grupos humanos ou Estados, o facto de se revelar em certas e determinadas situações permite estabelecer novas regras e obter um novo equilíbrio.

O conflito é inevitável e recorrente na nossa vida. Convém ter consciência de que não é bom tentar suprimi-lo, negá-lo ou evitá-lo, uma vez que tais atitudes podem acarretar consequências paralisadoras e prejudiciais.

Aceitar que se pode crescer a partir das diferenças, sem tentar anulá-las, não é fácil (WILDE e GABROS, 2007, p.49).

A mediação é percebida como procedimento de intervenção sobre conflitos, e assim, não se trata somente de mero instrumento processual:

Para falar de mediação é preciso introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica. No momento que os juristas falam de conflito, o reduzem à figura do litígio, o que não é o mesmo. Quando se decide judicialmente, por meio de um litígio se consideram normativamente os efeitos; deste modo, o conflito pode ficar cristalizado, retornando agravado em qualquer momento futuro. Os juristas quando intervêm em um conflito, apelam ao imaginário jurídico, que eu denomino de sentido comum teórico do Direito. (WARAT, 2001, p.59)

Sob a ótica do litígio, os juízes decidem o direito almejado pelas partes ao adotar os procedimentos hermenêuticos das normas, considerar as vivências e sentimentos experimentados pelas partes, o que incide diretamente no resultado esperado da lide.

Dentro do ordenamento jurídico, a percepção de conflito como litígio apresenta uma visão negativa do mesmo, algo que deve ser evitado ao máximo. O senso comum entende o conflito como disputa, querela que produz desgastes intensos, prejuízos de toda sorte, essencialmente de natureza material .

Entretanto, é salutar encarar o conflito sob uma nova ótica: a da oportunidade, da quebra de paradigma e mudança de pensamentos e atitudes.

Os juristas nunca avaliam o conflito como forma de insatisfação emocional ou de sentimento. Falta no direito uma visão humanizada do conflito, que mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produção, como forma de inclusão do outro, como agente transformador da realidade presente, com vistas a provocar não só a pacificação social, como proporcionar o desenvolvimento da sociedade.

A mediação encara o conflito como uma oportunidade construtiva de confronto. Tem uma visão que buscar interpretar o disputa a partir do lugar do outro, assim, perceber os efeitos psicológicos que afetam os envolvidos.

A partir da mediação, surge a possibilidade de transformação do problema através da ótica do outro. Com isso combate-se a percepção paternalista concedida a uma das partes, que se imiscui no judiciário frente ao direito no litígio.

Os conflitos, sempre se encontram relacionados à tensão. A tensão é predominantemente vista como um estado de inquietação, de desequilíbrio. Discute-se entre os estudiosos que a tensão é a fonte do conflito. Neste sentido citamos:

O homem tem grande necessidade de equilíbrio. Sempre que é impelido por sentimentos de raiva ou outros sentimentos, surge a tensão. Em razão disso, o homem tem necessidade de realinhar os elementos de conhecimento para voltar ao equilíbrio. Quando não consegue, daí para frente o conflito se manifesta e conseqüentemente a disputa pode ocorrer facilmente (SERPA, 1999, p.20).

A sociedade nos mostra duas maneiras de desacordo: operacional e ideológica, como explicitado:

Nunca brigamos quando o desacordo é apenas lógico, isto é, quando o desacordo surge de um erro ao aplicar coerências operacionais derivadas de premissas fundamentais aceitas por todas as pessoas em desacordo. Mas há outras discussões que geram conflitos, como o caso de todas as discussões ideológicas. Isso acontece quando a diferença está nas premissas fundamentais de cada um. Esses desacordos sempre trazem consigo explosões emocionais (MATURANA, 1999, p. 62).

A primeira explosão é provocada por situações aceitas por todos os litigantes em desacordo e tem o condão operacional. A segunda diz respeito à discordância de ideias.

O conflito ideológico é natural para o homem e está intrinsecamente ligado à sua condição de ser pensante. Está relacionado à crença pessoal do ser humano e surge a partir de circunstâncias cujas opiniões são divergentes. Estão sempre presentes nos litígios de ordem familiar.

Nestes casos, é previsível a existência quase certa de “explosões emocionais”, como descreve o autor citado.

Entretanto, apesar de tais discordâncias serem constantes nos relacionamentos, sejam familiares ou não, o indivíduo possui pouca ou nenhuma habilidade natural para resolver suas desavenças de maneira racional, a fim de encontrar soluções satisfatórias.

Em linhas gerais, ocorreram formas distintas de enfrentamento de desavenças,

a)boa reação, na qual os indivíduos, mesmo diante de discordância, conseguem enxergar seu real interesse e chegar à resolução; b) a má-reação; que gera a cronificação do conflito. Esta situação, além de impedir a regular solução do problema, pode acarretar enfermidades psicossomáticas, dificuldades sociais, violência, enfim, toda sorte de distúrbios sociais (BARBOSA, 2001, p.63).

Os conflitos possuem valiosas funções sociais e individuais. Proporcionam o estímulo para mudança, bem como o desenvolvimento psicológico do indivíduo. Portanto, segundo o autor:

O importante não é saber evitar ou suprimir o conflito, porque este costuma ter conseqüências danosas e paralisantes; o propósito é encontrar a forma de criar as condições que estimulem uma confrontação construtiva e vivificante do conflito. É possível fazer uma diferenciação útil entre controvérsia enérgica e disputa nociva (WARAT, 2001, p.87).

O estudo do conflito e sua resolução são de extrema importância não só para o presente estudo, mas se fazem imprescindíveis ao direito. Afinal, o jurista é o terceiro no processo de resolução de disputas e precisa assimilar esta noção. A compreensão do conflito tem o viés de ser a tarefa mais importante e satisfatória da composição dos litígios.

A mediação é uma ferramenta que pode ser utilizada para dar cabo de inúmeras situações em consonância com a natureza universal do conflito.

Entretanto, a mediação representa somente um dos diferentes procedimentos cabíveis para a solução dos mesmos. Existe também a arbitragem, conciliação, judiciário, etc.

Cada uma dessas modalidades possui diferentes ritos, uns mais efetivos que outros para determinado conflito. Assim, para que a mediação se tornar eficaz, é preciso perceber de forma clara a dinâmica do conflito.

A origem dos estados conflituosos é a própria essência da vida, da noção do homem enquanto ser único. Desde quando o ser humano expôs seus sentimentos e partiu na busca de satisfações, sejam necessárias ou prazerosas, o conflito tomou seu interior.

Assim, vivemos tempos de condutas sociais diferenciadas, onde se busca a superação das expectativas, a procura pela satisfação pessoal e da sociedade.

Cumpra ao homem o papel de ser senhor da razão. O papel de pacificador também deve encontrar lugar de destaque em sua existência, com o fito de alcançar a competência de decidir o que seja melhor no caminho da paz e do desenvolvimento social.

2.2 A mediação e a sua eficácia na resolução de conflitos

É possível apontar a eficácia do uso da mediação de conflitos em face da atuação jurisdicional da lide. Promovendo a inclusão de pessoas que poderiam estar à espera do aparato estatal, que muitas vezes falha ao andar lentamente.

Nesta esteira fática, a mediação é capaz de suprir essa demora do Estado, uma vez que as partes podem entrar em acordo, como explanado:

O essencial na mediação é o pleno domínio do processo pelas partes (*empowerment*), princípio que é, em simultâneo o seu fundamento e, naturalmente, uma sua característica permanente. A mediação assenta na ideia de que é nas partes que reside a solução do problema, que é através delas - as donas do litígio - que se encontrará a solução adequada e justa. (GOUVEIA, 2015, p.37).

As partes são plenamente capazes de compor em concordância, uma vez que sabem exatamente que resolução lhes atende melhor, estando cientes do que podem abrir mão para obter o resultado almejado.

Apesar disto, a mudança no plano global, a maneira como as tecnologias invadiram o cotidiano das pessoas, traz consigo alterações inevitáveis ao uso da mediação, que no intuito de alcançar àqueles que a desejem utilizar, encontram barreiras físicas a partir de dificuldades geográficas que dificultam seu acesso.

Cumpra enfatizar que no ano de 2020, quando o planeta começou o ciclo de Pandemia da Covid-19, ainda mais presente se tornou a necessidade de facultar os

avanços tecnológicos para otimizar o percurso da mediação. Observou-se então, que a justiça não pode deixar de se concretizar em face de barreiras tecnológicas quaisquer.

Com o advento da catástrofe mundial que obrigou o distanciamento físico das pessoas, que apesar de tudo ainda careciam de resolver seus conflitos, percebeu-se uma grande lacuna no efetivo uso da e-mediação a partir de meios virtuais.

Entretanto, vale a pena ressaltar que antes do presente momento esta dificuldade já fora apontada. Já era realidade a falta de legislação específica que direcionasse de modo prático e regulamentasse a mediação on-line. Nas palavras das doutoras e pesquisadoras temos:

Por outro lado, Portugal não possui qualquer regulamentação específica da mediação online. A Lei n.º 144/2015, de 8 de setembro (que transpõe para o ordenamento jurídico português a Diretiva n.º 2013/11/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2013, sobre a resolução alternativa de litígios de consumo - Diretiva RAL) cinge a sua regulamentação apenas aos conflitos de consumo e não cria qualquer regulamentação geral para a mediação online. Esta realidade não implica, todavia, que a e-mediação não seja permitida em Portugal ou que esteja completamente excluída do quadro legal existente. (CEBOLA & MONTEIRO, 2020, p.6).

Colecionamos tal informação no sentido de consubstanciar o quanto a mediação pode se tornar ainda mais eficiente a partir de investimentos específicos no procedimento a fim de que consiga suprir as lacunas da justiça tradicional.

Os doutrinadores contemporâneos defendem o amplo uso da mediação, por perceber em profundidade suas possibilidades em detrimento do sistema tradicional judiciário:

Um outro ponto importante é que a mediação encerra a ideia da descentralização do poder de administrar a justiça por parte dos tribunais e este movimento de descentralização, tem por sua vez como resultado o descongestionamento do sistema judicial. Todos sabemos como isso pode ser de grande importância atendendo à realidade da justiça em Portugal, onde a dignidade da defesa para um cidadão tarda anos a chegar. Perante estas circunstâncias o poder da mediação tem vindo a reforçar-se como um meio alternativo. O Estado está a assumir, neste caso, em Portugal, um papel claramente subsidiário na resolução dos conflitos em contexto parental (com especial incidência nos casos de separação e divórcio), de consumo, laboral

e/ou penal, constituindo, por isso, a mediação um instrumento importante na desjudicialização destas questões. (CUNHA, 2011, p.49)

É possível perceber o ganho para as partes pelo uso de um procedimento que lhes garanta a resolução dos conflitos de forma otimizada no tocante à eficácia, tempo e recursos. Daí o acolhimento da mediação pelos ordenamentos jurídicos um pouco por todo o mundo. Vamos, de seguida, analisar o respetivo percurso no ordenamento jurídico português e brasileiro.

3. A mediação de conflitos enquanto meio de pacificação e desenvolvimento social

O presente capítulo tem como escopo demonstrar o modo como a mediação pode ser amplamente utilizada como meio para buscar a justiça, a solução de conflitos concebidos no âmbito da vida humana, notadamente nas relações sociais.

A temática da mediação vem sendo adotada como um meio ágil, de menor custo e com altos índices de solução de conflitos, sendo visto como bastante satisfatório na exata medida de se obter a satisfação dos interesses das partes envolvidas em conflito.

Para percebermos o importante papel da mediação como meio privilegiado para a pacificação social e para o desenvolvimento social temos que voltar a definir e caracterizar mediação de conflitos.

Vezzula caracteriza a mediação como *“uma proposta de trabalho, um método de trabalho que, aplicada aos mediados, os auxilia a descobrir os caminhos que os podem conduzir à solução para o seu problema”* (2001, p.79)

Cebola define mediação como um *“meio de resolução de conflitos caracterizado pela intervenção de uma terceira pessoa cujo objetivo é facilitar o diálogo entre as partes em confronto, por forma a que elas próprias possam construir a solução tida por ambas como ideal para o seu problema* (CEBOLA, 2008, p. 67).

Ainda nas palavras da Autora e para corroborar o exposto:

As características da mediação de conflitos constituem *de per se* argumentos fortes para a sua introdução no sistema da justiça. Implica um procedimento célere, económico, de proximidade, flexível, informal e confidencial. Partindo da premissa de que os sujeitos dispõem de um conhecimento único da sua própria realidade, este Meio Alternativo de Resolução de Litígios (MARL) promove a justa composição dos conflitos, através da autodeterminação das partes na construção de soluções *ganha-ganha*. Trata-se de um método de empoderamento dos sujeitos, que controlam tanto o processo como o resultado a alcançar. Neste sentido, na mediação de conflitos estão inscritos pressupostos de justiça social, de cidadania e de pacificação social (CEBOLA, 2013, p.58).

São muitas e variadas as matérias e as áreas de intervenção da mediação de conflitos. Enumeramos, com carácter meramente exemplificativo, a área escolar, ambiental, comercial, civil, administrativa, comunitária, penal, laboral e familiar. Estes três últimos domínios correspondem, mesmo, a três áreas da mediação de conflitos pública. Neste sentido o site da DGPIJ - Direção Geral de Política de Justiça², enuncia que

Além dos serviços de mediação civil, que existem nos Julgados de Paz e que podem funcionar tanto no âmbito de um processo que corra termos nos Julgados de Paz, como nos casos em que o litígio esteja excluído da sua competência, o Ministério da Justiça, através da DGPIJ, é igualmente responsável pela gestão de outros três sistemas públicos de mediação, em matéria especializada: o Sistema de Mediação Familiar (SMF), Sistema de Mediação Laboral (SML) e Sistema de Mediação Penal (SMP).

3.1. A participação das pessoas na mediação e a mediação como agente e meio de autocomposição de conflitos

Como elemento essencial da mediação, temos os agentes envolvidos no conflito e a quem assistem direitos. Quem são exatamente os sujeitos de direito dentro de uma relação de interesse diverso? Quem são as pessoas que procuram na mediação a resposta para os seus conflitos? Quem são os mediados?

²Disponível em: DGPIJ > Resolução de Litígios > Mediação > Sistemas Públicos de Mediação (justica.gov.pt), acedido a 10 de novembro de 2021.

Para Vezzulla:

a pessoa apta a solucionar os seus problemas através da mediação é aquela que tem capacidade para decidir, que deseja preservar o seu relacionamento com o outro, com o objetivo de tomar decisões que contemplem os interesses de ambos, num clima cordial, sem publicidade e sem demora (VEZZELLA, 2001, p. 35).

A identidade pessoal, o modo como o sujeito se enxerga é o ponto de partida para que este se identifique como sujeito capaz. Somente quando alguém consegue se identificar como aquele que é capaz de dar a conhecer a si mesmo, é que consegue responder questionamentos acerca dos direitos que lhe assistem.

É primordial que o ser humano consiga se perceber para poder se afirmar como agente capaz.

A partir desta autodesignação, este poderá ser reconhecido como verdadeiramente responsável por seus atos. É a identidade pessoal ou coletiva do indivíduo.

Nestes aspectos está a mais essencial composição do sujeito capaz. É a partir destes valores que cada um pode se perceber como digno de estima e respeito, por estabelecer os devidos parâmetros não somente para as próprias ações, mas também para as do outro.

Os sujeitos se reconhecem como iguais ao exercitarem o ato de enxergarem-se como entes de direitos e deveres na mesma proporção. O reconhecimento não é compreendido simplesmente pela adoção de parte a parte das mesmas regras, mas a certeza de que há lealdade nas palavras e ações.

Este sujeito do direito é parte de um todo, de um grupo que lhe permite o pleno exercício de sua existência, para então se tornar completo.

Qualquer ser humano tem contido em si mesmo o desejo de ter atendidos, o que chama de bens sociais primários.

A sociedade é originariamente um ambiente distributivo, uma vez que abarca a repartição de desempenhos individuais, de perdas e ganhos, de direitos e deveres. Nessa esteira fática, cada indivíduo assume seu quinhão de responsabilidade no andamento da estrutura social.

Assim cada pessoa é componente da estrutura desenhada para que em mútua cooperação, haja ganho de parte a parte. Desta feita a justiça será promovida pelas instituições, que por sua vez se estenderá aos que fizerem parte de seu modelo estrutural, onde os indivíduos escolham voluntariamente dela participar.

Ao passo em que é possível entender este funcionamento distributivo da conjuntura social, outra constatação também se faz patente: a de que nesta repartição de responsabilidades, surgem vantagens conflitantes que desembocam nos interesses. Neste ponto, para melhor compreensão da explanação, temos:

Em primeiro lugar, cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de liberdades básicas para todos que seja compatível com o mesmo sistema para os outros. Em segundo lugar, as desigualdades sociais e econômicas devem ser organizadas de tal modo que, simultaneamente: (a) se possa esperar razoavelmente que elas sejam vantajosas para todos; e (b) elas estejam ligadas a posições e a funções acessíveis para todos (RAWLS, 1999, p. 53).

3.2. A consagração da mediação como forma de inclusão e desenvolvimento social

O direito contemporâneo já não consegue atender as demandas da justiça em tempos tão imediatistas, onde o minuto, ou quem sabe um único segundo, pode trazer prejuízos para toda uma vida. Conforme Humberto Theodoro Junior:

[...] no século XX, todavia, o coletivo ou social passou a ser a tônica da política governamental e legislativa em todos os países do mundo civilizado, mesmo naqueles em que a ideologia se rotulava de capitalista e liberal ou neoliberal. A política constitucional deixou, então, de atuar como simples tarefa de declarar direitos, tal como prevalecera nos séculos XVIII e XIX. As Cartas contemporâneas, refletindo a consciência social dominante, voltaram-se para a efetivação dos direitos fundamentais. Assumiu-se, dessa maneira, o encargo não só de defini-los e declará-los, mas também, e principalmente, de garanti-los, tornando-os efetivo e realmente acessíveis a todos. O Estado Social de Direito pôs-se a braços com a tarefa nova de criar mecanismos práticos de operação dos direitos fundamentais. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 05).

No mesmo entendimento:

E é aqui que a negociação e a mediação surgem, constituindo respostas que, com o passar do tempo, se apresentam e definem como exercícios de uma cidadania responsável e como uma alternativa eficaz aos meios judiciais tradicionais. A via judicial centra-se na figura do juiz, no seu papel de julgador, detentor do poder de decisão. Por seu turno, a advocacia tem na litigância um marco referencial, visível na oposição dos ideais, na elevada contenda e/ou na transferência para o advogado no tratamento do problema. Ao invés desta perspectiva, as visões actuais das teorias da negociação e da mediação enfatizam critérios integradores, em que as partes assumem o papel de protagonistas na construção da sua realidade, promovendo-se uma atitude de cooperação entre os envolvidos e a busca dos seus interesses pessoais deve ser complementar, sempre que possível, à criação de benefícios conjuntos (CUNHA, 2011, p.39).

Na mediação as próprias partes envolvidas no conflito decidem o que é melhor, em uma relação em que ambas saem ganhando, em que o foco da questão deixa de ser o indivíduo e é transferido para uma situação geral: família, bairro, sociedade.

A mediação estimula a prevenção da má administração do conflito, pois incentiva: a avaliação das responsabilidades de cada um naquele momento (evitando atribuições de culpa); a conscientização da adequação de atitudes, dos direitos e deveres e da participação de cada indivíduo e para a concretização desses direitos e para as mudanças desses comportamentos; a transformação da visão negativa para a visão positiva dos conflitos (percepção do momento do conflito como oportunidade para o crescimento pessoal e aprimoramento da relação); e, finalmente, o incentivo ao diálogo, possibilitando a comunicação pacífica entre as partes criando uma cultura do ‘encontro por meio da fala’, facilitando a obtenção e o cumprimento de possíveis acordos. (SALES, 2007, p.36).

Assim entende Cunha:

Quando se recorre à mediação na resolução de conflitos os resultados apresentaram-se frequentemente muito positivos. A mediação tem a propriedade excepcional de “reordenar/recompor” o cenário do conflito, introduzindo um conjunto de aspectos que facilitam a criação de um contexto mais favorável para o acordo: racionalidade, realismo, clima auspicioso, objectividade, etc. Neste sentido, poderia afirmar-se que progredimos para uma

época em que os mediadores poderão interpretar um papel essencial na gestão quotidiana de diversos âmbitos do direito, na administração de empresas, na política e, em geral na vida de qualquer organização ou grupo social. (CUNHA, 2011, p.39).

As partes se sentem validadas ao perceberem que a decisão, um possível acordo, embora seja mediado, partirá delas próprias, o que confere ao procedimento o merecido título de ferramenta de inclusão social.

Neste mesmo sentido MONTEIRO, defende que a mediação

É um procedimento inclusivo da diferença e da diversidade. A mediação está disponível para todos os que desejem participar no procedimento, independentemente das suas crenças, valores, convicções políticas, ideológicas, culturais, condições físicas ou intelectuais. Todos devem ser tratados como pessoas que são. Daí a necessidade de atender e perceber essa pessoa para, no seio de um procedimento informal e flexível, acolher a sua individualidade e diferença (MONTEIRO, 2019, p.463).

Por estes motivos, defende a Autora que a mediação se constitui como um

procedimento inclusivo da diferença e da diversidade”; um procedimento “humano e humanista”; um procedimento que assenta e se centra nas pessoas; que tem por base as pessoas; que é desenvolvido por pessoas e para as pessoas (...) respeitando a sua realidade, a sua diferença, sem valores ou parâmetros impostos. (MONTEIRO, 2019, p. 465).

Destaca, assim, as potencialidades da mediação de conflitos, com relação a outros métodos extrajudiciais de resolução de conflitos, na medida em que:

A mediação não trabalha o conflito, mas cuida e trabalha o relacionamento no seio do qual surgiu o conflito. A Mediação mais do que um método de resolução de conflitos é uma forma de vida, de ver e organizar a vida e a realidade (MONTEIRO, 2019, p.468)

Fazemos menção do renomado escritor lusitano, que no encerramento do ciclo de Estudos da Universidade de Coimbra “Perspectivas do Direito no Início do Século XXI” fez alusão a conto chamado “O Direito e os Sinos”, que tem total pertinência com a temática ora em apreço.

Diz o conto que certo camponês em Florença, na busca por resolver seu conflito de diversas maneiras – judiciais e extrajudiciais – não logrou êxito. De sorte que se dirigiu ao centro da vila onde morava e tocou os sinos a finados. Quando interrogado sobre quem tinha falecido, afirmou ter sido o Direito, pois não o conseguia achar nele qualquer esperança.

Ao refletir sobre o conto, o autor disse:

Suponho ter sido esta a única vez que, em qualquer parte do mundo, um sino, [...] chorou a morte da Direito. Nunca mais tornou a ouvir-se aquele fúnebre dobre da aldeia de Florença, mas a Justiça continuou e continua a morrer todos os dias. Agora mesmo, neste instante em que vos falo, longe ou aqui ao lado, à porta da nossa casa, alguém o está matando. De cada vez que morre, é como se afinal nunca tivesse existido para aqueles que nela tinham confiado para aqueles que dele esperavam o que da Justiça todos temos o direito de esperar: justiça, simplesmente justiça (SARAMAGO, 1999, p.07).

Não satisfaz qualquer justiça ou uma justiça distante. E finaliza o autor poeticamente:

Uma justiça para quem o justo seria o mais exacto e rigoroso sinónimo do ético, uma justiça que chegasse a ser tão indispensável à felicidade do espírito como indispensável à vida é o alimento do corpo. Uma justiça exercida pelos tribunais, sem dúvida, sempre que a isso os determinasse a lei, mas também, e, sobretudo, uma justiça que fosse a emanção espontânea da própria sociedade em acção, uma justiça em que se manifestasse, como um iniludível imperativo moral, o respeito pelo direito a ser que a cada ser humano assiste (SARAMAGO, 1999, p.11).

Como corolário do que acentuamos até aqui quanto à função profícua da mediação, trazemos ao lume alguns documentos que consolidam o entendimento de o referido instrumento procedimental possui o escopo de produzir grandes transformações no cenário da efetivação da justiça.

No ano de 2005, na cidade Brasília, a capital do Brasil, aconteceu o encontro de 34 países, convidados pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, cujo objetivo era fortalecer as relações diplomáticas, ampliar a cooperação e estabelecer uma parceria em prol do desenvolvimento, da justiça e da paz internacional. Acontecia ali a Cúpula América do Sul - Países Árabes.

Durante o encontro discutiu-se o aumento das relações comerciais, culturais, políticas e da ciência e tecnologia, e ao final foram fechados acordos nos citados setores. Do encontro foi exarado o documento denominado informalmente Documento de Brasília.

No bojo do referido documento foi acordado entre os participantes alguns objetivos em comum às nações participantes, onde se enfatiza, mormente, o desejo dos envolvidos em fomentar ações que propiciem um maior desenvolvimento social e que beneficiem de maneira especial às populações em situação de vulnerabilidade.

Neste sentido, trazemos a transcrição de alguns trechos que consideramos corroborar com a defesa da mediação como medida alternativa de resolução de conflitos:

“1.1 Declaram compartilhar o objetivo de elaborar uma agenda comum para o desenvolvimento econômico e social sustentável, a ser implementada bi-regionalmente e de forma coordenada nos foros regionais e internacionais pertinentes.

1.2 Afirnam que, para promover a paz, a segurança e a estabilidade mundiais, a cooperação entre as duas regiões deve ser norteadada pelo compromisso com o multilateralismo, o respeito ao Direito Internacional e a observância dos Direitos Humanos e do Direito Internacional Humanitário; com o desarmamento e a não-proliferação de armas nucleares e de outras armas de destruição em massa; com a busca do desenvolvimento sustentável com justiça social, particularmente a erradicação da fome e da pobreza; e com a proteção do meio ambiente.

1.3 Reafirmam sua adesão e respeito pleno aos princípios da soberania e da integridade territorial dos Estados e à solução pacífica de todos os conflitos e questões internacionais, regionais e bilaterais, em conformidade com o Direito Internacional e a Carta das Nações Unidas, e, inter alia, por meio dos canais diplomáticos estabelecidos, inclusive mediante negociações diretas e a submissão, quando apropriado, à Corte Internacional de Justiça.

1.4 Reafirmam seu compromisso com a implementação não-seletiva das resoluções da ONU e declaram sua oposição à aplicação de medidas unilaterais e sanções ilegais contra Estados. “Nesse sentido, enfatizam sua adesão aos objetivos e princípios da Carta das Nações Unidas, particularmente no que se refere à proibição do uso ou da ameaça do uso da força nas relações internacionais”

Nos tópicos *supra* mencionados, há que se perceber a menção de outros relevantes documentos e acordos internacionais que consolidam o esforço conjunto na esfera global de trazer às comunidades novas formas de pacificação e desenvolvimento social, que não pode ser outro além da implementação de políticas eficazes de acesso à Justiça.

Outro importante documento, muitas vezes mencionado no Documento de Brasília é a Carta das Nações Unidas. A carta traz não somente propósitos conjuntamente assinados, mas de maneira efetiva engloba ainda o Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça.

A nota introdutória da Carta das Nações Unidas, assim a descreve:

A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o encerramento da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. O Estatuto do Tribunal (*) Internacional de Justiça faz parte integrante da Carta.

Já no preâmbulo da Carta, é possível ver a declaração de intenções no sentido de promover e favorecer o fomento do desenvolvimento social das comunidades abrangidas e não só. Como adiante exposto: *“A preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra que por duas vezes, no espaço de uma vida humana, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade; A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas; A estabelecer as condições necessárias à manutenção da justiça e do respeito das obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional; A promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de um conceito mais amplo de liberdade; e para tais fins; A praticar a tolerância e a viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos; A unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais; A garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada, a não ser no interesse comum; A empregar mecanismos internacionais para promover o progresso económico e social de todos os povos;”*

Entretanto, é no Capítulo VI, que trata das resoluções dos conflitos que venham a existir entre os Estados-membros, que vemos consolidados os meios alternativos de resolução de conflitos, consagrados aos *status* de agentes propagadores da Justiça.

Solução Pacífica de Controvérsias: Artº. 33:

1. As partes numa controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, antes de tudo, chegar a uma solução por negociação, inquérito, mediação, conciliação, a arbitragem, via judicial, recurso a organizações ou acordos regionais, ou qualquer outro meio pacífico à sua escolha. (grifo nosso)

2. O Conselho de Segurança convidará, se o julgar necessário, as referidas partes a resolver por tais meios as suas controvérsias.

Assim, resta por óbvio que a mediação se concretiza como legítimo meio de efetivação da justiça.

3.3. A mediação como mola propulsora de desenvolvimento social

Cumpramos ressaltar que um dos princípios da mediação é exatamente a livre vontade das partes em escolherem-na como meio alternativo para a resolução de seu conflito em especial.

Vejamos o que nos diz a doutrina:

Mediação é um método extrajudicial, não adversarial, de solução de conflitos através do diálogo. É um processo autocompositivo, isto é, as partes, com o auxílio do mediador, superam o conflito sem a necessidade de uma decisão externa, proferida por outrem que não as próprias partes envolvidas na controvérsia. Ou seja, na mediação, através do diálogo, o mediador auxilia os participantes a descobrir os verdadeiros conflitos, seus reais interesses e a trabalhar cooperativamente na busca das melhores soluções. A solução obtida culminará num acordo voluntário dos participantes. A mediação consegue, na maioria das vezes, restaurar a harmonia e a paz entre as partes envolvidas, pois o mediador trabalha especialmente nas inter-relações. Na mediação, as soluções surgem espontaneamente, reconhecendo-se que a melhor sentença é a vontade das partes (EGGER, 2002, p.60).

Esta visão lúcida do autor faz descortinar diante de nós a enormidade do desafio que se avizinha ao buscar uma quebra do paradigma social do acesso à justiça através somente de instituições e sentenças prolatadas nos grandes tribunais.

O processo de virada cultural não pode e nem vai acontecer da noite para o dia. Requer que haja uma verdadeira percepção dos benefícios trazidos pela adoção de tal instrumento não apenas como uma novidade com boas características, mas como um verdadeiro avanço na percepção das relações.

Um dos primeiros pontos que devem ser superados para o avanço da percepção correta da mediação, diz respeito à figura do mediador. Muitas vezes cola-se no profissional da mediação o rótulo da neutralidade, que sempre é confundida com quase apatia.

O mediador adere ao procedimento como uma figura na qual assenta uma terceira visão capaz de propiciar a saída da polarização da visão exclusiva de cada parte. Uma nova percepção da realidade até então toldada pela necessidade pessoal de satisfação.

A tarefa profícua do mediador é então promover a boa vontade entre os mediados de revestirem seu olhar de uma empatia capaz de promover um diálogo mais equilibrado, um pensar mais voltado para o bem comum.

TORREMOREL(2008), traz então o conceito “ multiparcialidade”, que seria uma visão de tomar todos os partidos ao invés de nenhum:

O conceito de multiparcialidade evoca, simultaneamente, independência e empatia. O mediador, pessoa independente entre os actores do conflito e o resultado do mesmo, pode adoptar atitude empáticas – já não mais neutras – construtora de confiança, incorporando uma carga de sinal positivo no processo mediado. Segundo essa ótica, actuar como se fossemos neutro, seria bastante pobre (TORREMOREL, 2008, p.24).

Cumprir ressaltar que há uma diferença gritante entre a multiparcialidade, que implica o estabelecimento de empatia capaz de propiciar um ambiente saudável para profícuas discussões em busca do bem comum, com a finalidade de promover através de uma postura mais empática das partes, que se dispõem buscar uma solução que promova a inserção, a pacificação e a transformação social e uma visão dogmática disfarçada de boas intenções.

Com este espírito comprometido com a fomentação de um ambiente propício a discussões mais abertas, pensamento mais cooperativo, a mediação encontra abrigo para cumprir o papel que defendemos de verdadeira ferramenta de inclusão e desenvolvimento.

Torna-se evidente o poder concentrado no papel do mediador como agente capaz de promover através do acordo estabelecido entre as partes que não apenas busca a solução do conflito em si, mas do restabelecimento de relações e possível nascimento de novas, o que já provocaria uma mudança nas relações sociais, impactando positivamente o meio social.

Para Adam Curle a mediação “*contribui para o acordo político ao mesmo tempo cura feridas do ódio e começa o processo de transformação da inimizade em irmandade*”(CURLE, 1995, *apud* TORREMOREL, 2008).

Outro fator que contribui efetivamente para o reposicionamento social da cultura de mediação é a percepção que esta não está legada ao papel de subordinação ao poder judiciário, pois se trata, como evidenciado pela farta legislação e doutrina sobre o tema, de que esta possui autonomia total, consubstanciada no princípio da executoriedade, supra mencionado e detalhado.

Uma nova concepção sobre mediação se estende à análise da concepção de conflitos. De forma genérica, quando se fala em resolução de conflitos, subentende-se que este será prontamente eliminado com o acordo levado a termo. Isto é meia verdade apenas.

Ademais, podemos afirmar que o conflito possui um importante papel, sendo, portanto, um elemento componente das crises, de dramas, desequilíbrio, sendo tudo isso parte essencial do convívio em sociedade e que pode ser encarado como oportunidade de relevante crescimento pessoal.

É certo que em uma sociedade em que existe uma pluralidade de idéias, modo de vida e conceitos, é possível extrair que o conflito também pode provocar mudanças positivas não apenas a partir de sua elucidação, mas a sua existência abre as portas para uma nova percepção de realidade que é capaz de produzir transformação benéfica na sociedade, onde a percepção da diversidade pode trazer transformação e aceitação mútuas.

Outra importante questão a cerca da mediação como fator de mudança social, assenta na definição possível no tocante à concepção do termo em harmonia com sua finalidade. Desde muito tempo se pensa que a cessação do conflito se dá quando ele é eliminado, o que nem sempre é possível.

TORREMOREL(2008), questiona se os conflitos existem devido à deterioração das relações humanas ou se, ao contrário, a existência de uma péssima relação de convívio pode ser a fonte de todos os conflitos.

Nesta esteira de pensamento é possível perceber que a raiz do conflito, se inicia a partir da interação entre as pessoas. Logo, o objetivo maior da mediação deve ser o homem, seu sentir e seu ser. Os conflitos, que disto são conseqüências, só poderão ser

reparados de modo a provocar pacificação, transformação e conseqüente desenvolvimento social, acontecerá como via de conseqüência.

A transformação é processo e resultado gerador de novas interpretações da realidade que excedem o encontro mediador individual, investindo no meio social. Devido a sua clara componente perfectiva, inclui-se em todas as práticas centradas nas pessoas (TORREMOREL, 2008, p.41).

Deste modo, podemos perceber que a disposição individual positiva dos mediados, aliada à postura de multiparcialidade do mediador, convergem para uma solução de conflito não somente voltada para o conceito ganha-ganha de cada lado, mas onde a disposição inicial de conseguir o que cada indivíduo almeja, dá lugar ao pensamento de que o ganhar pode passar por alguma perda pessoal que resulte em alguma forma de ganho para todos. Ou seja, o despojar-se da consciência meramente individualista.

A partir desta ótica, é possível afirmar que:

A mediação orientada para a potencialização da consciência de pertinência, justiça, integridade, interdependência, solidariedade e aceitação. O objetivo seria um mundo em que as pessoas estejam melhor, mas em que elas próprias sejam melhores: mais humanas, mais compassivas, mais tolerantes (BUSH E FOLGER, 1996, *apud* TORREMOREL, 2008, p.48).

Com a tomada da consciência das partes, espera-se que todos sejam capazes de abrir mão de parte do que almeja na busca da pacificação das relações. Facilmente podemos perceber nessa ação a cidadania exercida na prática, onde o homem escolhe se comportar de modo a beneficiar o meio em que vive.

A mediação então se torna um processo de formação pessoal e integral:

Defendemos que os autênticos processos mediadores criam e devem criar aprendizagem. Quando o mediador procura, com presteza, activar as potencialidades das pessoas em relação à comunicação efectiva de pensamentos, sentimentos e vivências. Dota os participantes no encontro de mediação de um espaço de encontro para reflectirem sobre si mesmos (TORREMOREL, 2008, p.71).

A partir da mudança produzida na visão individual dos mediados é possível atingir o grupo ou família a que cada um venha a pertencer e criar uma nova cultura de assimilação da relevância da mediação para o desenvolvimento social.

Destarte, a transformação cultural que permitirá que a sociedade assimile a mediação como ferramenta de transformação encontra-se tão somente dentro de cada pessoa:

Os sujeito ou protagonistas do conflito são pessoa com bagagens culturais e experiências únicas, que, tomando posse da sua vida, participam na construção ou reconstrução de si próprios, dos outros, de suas relações e do contexto que as rodeia. Constituem-se em verdadeiros agentes que agitam estruturas de poder/dependência alcançando umbrais de autonomia e desenvolvimento, e, ao mesmo tempo, habilitações que lhes permitem actuar (TORREMOREL, 2008, p.86).

As pessoas são os verdadeiros agentes da mudança de percepção e formação de uma nova cultura, onde não apenas o judiciário e os demais componentes do ordenamento jurídico sejam os únicos capazes de trazer a estimada resolução de conflitos:

Dizemos que os sujeitos agentes geram, sublinhando assim a essência vital, criador e emergente da mediação. A cultura da mediação, em si, deverá passar por um processo de construção fundamentado na reflexão colectivas em torno das situações conflituosas, que são as que nos interpelam (TORREMOREL, 2008, p.86).

Somente a capacidade humana de pensar pode produzir mudanças de comportamento e implementar uma nova construção social que se inicia individualmente e vai se estendendo desde as relações familiares, através do ambiente de trabalho, da escola, até atingir a primazia do convívio social fecundo em ideias e ações de cidadania.

Entendemos por horizontes futuros – que têm seu período de gestação no presente- elaborações inovadoras, não subordinadas a preconcepções nem as leituras padronizadas da situação. São horizontes simbólicos, representação da realidade tal como percebido pelos próprios actores. Desconstrói-se, desaprende-se e repensa-se a própria cultura aproveitando a polivalência das situações conflituosas e da nossa diversidade, formulando interrogações significativas e transformando, reequilibrando e redefinindo a realidade. Tais horizontes simbólicos, imperativamente, partilhados ou co-construídos em mútua interdependência (TORREMOREL, 2008, p.86).

Deste modo a mediação assume um papel fundamental, proporcionando uma mudança de conceitos, de paradigma, a começar pela substituição de uma cultura de justiça dos tribunais por uma cultura de cidadania, de pacificação e cooperação.

Finalizaremos dizendo que uma interpretação cultural da mediação a torna num projeto colectivo da humanidade ou, melhor dizendo, com a humanidade. Pode ser que, como vaticina MOORE(1997),“ ‘ a necessidade humana de comunidade’ encoraje a utilização da mediação ou que a mediação seja uma das ferramentas encontradas que permita voltarmos a direccionarmos-nos mais para a comunidade; acredito que o emprego deste procedimento tem muito a ver com o desejo de viver numa comunidade melhorada”. Este espírito comunitário, ainda por construir, precisa hoje mais do que nunca, de engenheiros sociais aptos a fomentar uma coexistência e capazes de tecer redes protectoras perante o perigo constante de que a dissensão produza uma brecha insuperável. Para que a cultura de mediação seja instaurada nas nossas sociedades, as pessoas mediadoras, seja qual for o seu âmbito de acção, devem aproximar-se da cidadania a partir do rigor que comporta o domínio de algumas técnicas, o conhecimento profundo de uma arte e autenticidade de uma ética universal. É, pois, no cruzamento destas três coordenadas que um processo mediador toma forma propiciando a mudança social que, átomo a átomo conduz a uma existência não violenta. (MOORE, 1997 *apud* TORREMOREL, 2008, p.87).

É através do nascimento de novas concepções pessoais que se dará uma verdadeira mudança cultural que objetive novamente que o homem seja senhor de si mesmo, tomando em suas próprias mãos as rédeas das decisões capazes de mudar sua realidade, sem esperar que um terceiro – poder judiciário – seja o único agente capaz de mudar sua realidade.

A partir do nascimento de uma nova cultura da resolução dos conflitos na busca do interesse do desenvolvimento não apenas pessoal, mas, sobretudo de todo o meio social ao qual pertença.

CAPÍTULO II– ABORDAGEM METODOLÓGICA

No presente capítulo apresentamos a motivação para a realização deste estudo e a pesquisa que lhe serviu de suporte, a questão de partida, bem como o procedimento

metodológico adotado, as bases e critérios de apuração de informações e finalmente os resultados obtidos a partir do estudo.

1. Objetivo do estudo e questão de partida

Partindo da premissa e importância da mediação enquanto método autocompositivo que permite a resolução de conflitos por acordo das partes e que contribui, assim, para a construção de uma sociedade mais pacífica e desenvolvida, o objetivo principal do presente estudo é perceber como esta premissa se encontra plasmada nas leis da mediação, portuguesa e brasileira, em especial no que respeita os respectivos princípios estruturantes.

A motivação do estudo e comparação entre Brasil e Portugal se dá em razão da riqueza do ordenamento jurídico de ambos os países, a evolução e atualização evidente com o intuito de crescimento social, a existência de tratados de amizade e reciprocidade entre os dois países e em especial a ligação pessoal da autora, que atualmente está a residir em Portugal mas é de nacionalidade brasileira.

Apresentado a problemática do presente estudo, impõe-se traduzi-lo numa questão de partida que, segundo Quivy e Campenhout (1998) constitui a linha de ação, ou seja, o fio condutor de toda a investigação. Entendem os referidos Autores que a questão de partida deve ser precisa, concisa e unívoca, realista e pertinente. Em complemento, Camilo e Garrido (2019) destacam que a definição da questão de partida vai determinar o tipo de estudo a desenvolver.

Pelo exposto a questão de partida para o nosso estudo consiste em: demonstrar como as leis da mediação, portuguesa e brasileira, no enunciado dos princípios estruturantes, concretizam o papel da mediação de conflitos como ferramenta alternativa para a efetiva resolução de conflitos e o contributo positivo para a inclusão e para o desenvolvimento, individual e social.

Em termos de metodologia podemos identificar o estudo como exploratório, de natureza qualitativa, a partir de uma pesquisa documental, com recurso à análise de conteúdo, a partir da legislação sobre a Lei de Mediação, vigente em Portugal e no Brasil.

O presente estudo é constituído por uma análise documental (Cellard, 2008) com base na legislação de Brasil e Portugal, que regulamenta o uso da mediação como ferramenta de resolução de conflitos.

Segundo LAKATOS E MARCONI (2001), a pesquisa documental é realizada a partir da coleta de dados em fontes primárias, utilizando-se documentos escritos ou não, que pertençam a arquivos públicos, particulares de instituições, de domicílios e fontes estatísticas.

Para GIL (1999) este tipo de pesquisa é particularmente importante quando o estudo requer muitas informações que podem estar dispersas. Entretanto, é de grande importância a atenção à qualidade das fontes utilizadas, uma vez que o uso de dados não verificados pode trazer grandes prejuízos ao saber científico.

A pesquisa parte do encontro de informações relativas ao funcionamento e regulação da mediação, levando em conta os princípios que regem a legislação específica de cada país.

Não se busca fazer uma valoração sobre as questões da eficácia da utilização do método e nem estabelecer comparativos de superioridade entre uma e outra legislação.

Assim, a pesquisa buscou analisar comparativamente a percepção do legislador quanto à adoção dos princípios basilares do Direito no ordenamento jurídico mais amplo. Observando sua significância quanto ao conteúdo, mesmo que se verifique uma nomenclatura diferenciada entre estes nos dois países.

A análise comparativa tem lugar, uma vez que Brasil e Portugal sempre mantiveram excelentes relações de reciprocidade no âmbito legal, sendo que como países irmãos, possuem tradição na similaridade das legislações e sua aplicabilidade.

A pesquisa ora realizada classifica-se como bibliográfica, uma vez que se utilizada legislação específica de cada país sobre o tema e de material já publicado como livros sobre o tema, teses de mestrado e doutoramento, editoriais e artigos científicos.

2. Método de investigação

Nas palavras de BELL,

“uma investigação é conduzida para resolver problemas e para alargar conhecimentos sendo, portanto, um processo que tem por objectivo enriquecer o conhecimento já existente” (BELL, 1997, p.21).

A pesquisa bibliográfica é bastante recorrente em pesquisas essencialmente teóricas ou em estudo de caso, pois estas tipologias exigem, em boa parte, a coleta de documentos para análise (MARCONI & LAKATOS, 1996).

A realização de uma pesquisa bibliográfica pode ser definida como: contribuições culturais ou científicas realizadas no passado sobre um determinado assunto, tema ou problema que possa ser estudado (LAKATOS & MARCONI, 2001; CERVO & BERVIAN, 2002).

Para Lakatos e Marconi, a pesquisa bibliográfica,

“[...] abrange toda bibliografia já tornada pública em relação ao tema estudado, desde publicações avulsas, boletins, jornais, revistas, livros, pesquisas, monografias, teses, materiais cartográficos, etc. [...] e sua finalidade é colocar o pesquisador em contato direto com tudo o que foi escrito, dito ou filmado sobre determinado assunto [...]” (LAKATOS E MARCONI, 2001, p. 183).

A revisão bibliográfica ora realizada buscou sistematizar o conhecimento científico já produzido sobre a temática da mediação. Em face de ser praticamente inesgotável a fonte de produção sobre a temática,

Assim, utilizamos este método com o objetivo de reconhecer e dar crédito à criação intelectual de outros autores, demonstrando nossa plena ciência sobre o não ineditismo da pesquisa, mas tão somente como contributo valorativo.

Também importa demonstrar que nos qualificamos como membros de uma cultura por meio da familiaridade com a produção de conhecimento prévio na área, deixando claro que nosso campo de pesquisa já está estabelecido, mas pode e deve acrescido por novas informações.

A revisão bibliográfica constitui o momento em que situamos nosso trabalho em meio às pesquisas já realizadas ou em andamento, citando os estudos prévios que

servirão de ponto de partida para a pesquisa e conferir uma voz de autoridade de posicionamento intelectual ao texto. Entretanto, cumpre deixar claro que nossa pesquisa se situa em publicações prévias.

Em suma, todo trabalho científico, toda pesquisa, deve ter o apoio e o embasamento na pesquisa bibliográfica, para que não se desperdice tempo com um problema que já foi solucionado e possa chegar a conclusões inovadoras (LAKATOS & MARCONI, 2001).

3. Procedimento da pesquisa

Inicialmente fizemos o estabelecimento do enquadramento teórico do presente trabalho, e a seguir foi feita a análise mais apurada dos trabalhos e literaturas a serem considerados.

Esse levantamento foi o norte da pesquisa, indicando os caminhos e a maneira como prosseguir nessa trajetória, como também apurar o olhar para o objeto de pesquisa.

Na seqüência realizamos uma leitura mais aprofundada dos trabalhos pré-selecionados e conferimos se eles realmente se enquadram nos critérios estabelecidos e conseqüente seleção para inclusão.

Por último foi realizada a comparação literal da legislação específica que normatiza a mediação a partir do ordenamento jurídico do Brasil e Portugal respetivamente e pontuando as diferenças existentes em ambos.

CAPÍTULO III – A MEDIAÇÃO NA LEI PORTUGUESA E NA LEI BRASILEIRA

Neste capítulo propomo-nos fazer uma caracterização, ainda que breve, da implementação da mediação no ordenamento jurídico português e brasileiro. Por fim, faremos uma análise comparativa das respetivas leis de mediação, ainda que limitada aos princípios caracterizadores deste método extrajudicial de resolução de conflitos.

1. A mediação em Portugal

Começamos este capítulo com a apresentação do percurso da mediação de conflitos no ordenamento jurídico português. De seguida faremos uma caracterização da mediação e dos seus princípios estruturantes, tal como enunciado na Lei portuguesa da mediação (Lei n.º 29/2013, de 17 de abril).

1.1. O percurso da mediação de conflitos no ordenamento jurídico português

Percebendo a importância de concretizar a justiça e a importância dos meios extrajudiciais neste domínio, no ano de 1989, foi reconhecida pela Lei Constitucional n.º 1/89, de 8 de julho, que a lei poderia criar instrumentos e meios de composição não jurisdicional de conflitos, concedendo aos Meios Alternativos de Resolução de Litígios (MARL), em geral e à mediação, em particular, sustentáculo constitucional.

Em 1999 o Programa do XIV Governo Constitucional português defendeu inicialmente a instituição de meios favoráveis para a desobstrução das vias judiciais como meios exclusivos para a resolução de lides. Sendo criado no mesmo ano o Gabinete de Mediação Familiar, em Lisboa. No ano 2000 teve início a concretização de uma política pública legislativa na área da mediação de conflitos.

De modo oficial, o percurso histórico da mediação em Portugal se inicia com a promulgação da Lei n.º 78/2001, de 13 de julho, que regulamenta a organização, a

competência e o funcionamento dos julgados de paz, na medida em que em cada julgado de paz *“existe um serviço de mediação que disponibiliza a qualquer interessado a mediação, como forma de resolução alternativa de litígios”*.

A Lei dos Julgados de Paz, ao regular o primeiro serviço público de mediação, definiu-a como *“uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de caráter privado, informal, confidencial, voluntário e de natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe”* (art. 35.º da Lei 78/2001, já revogado). A predita Lei 78/2001 foi, entretanto, amplamente revogada pela Lei n.º 54/2013, de 31 de julho.

A partir de então a mediação teve sua instrumentalização, com a criação de três sistemas públicos: mediação laboral, por meio da assinatura do Protocolo de Acordo entre o Ministério da Justiça e os Parceiros Sociais, de 5 de maio de 2006, em 2007, a mediação penal (pela Lei n.º 21/2007, de 12 de junho) e a mediação familiar (Despacho n.º 18 778/2007, de 22 de agosto, entretanto alterado pelo Despacho Normativo n.º13/2018, de 9 de novembro).

No ano de 2008 a Lei n.º 61/2008, de 31 de outubro, que alterou o regime jurídico do Divórcio, incluiu no Código Civil uma referência à mediação, ao prever que : *“antes do início do processo de divórcio, a conservatória do registo civil ou o tribunal devem informar os cônjuges sobre a existência e os objetivos dos serviços de mediação familiar”* (art. 1774.º do CC).

Em 29 de Junho de 2009, a Lei 29/2009, transpôs a Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho que regula as normas e procedimentos comuns aos Estados-Membros da União Européia. Na análise apurada de Elisabete Pinto da Costa, entende-se:

Esta inserção de normas sobre mediação de conflitos no CPC constituiu um marco fundamental na sua afirmação no direito português, que não esteve, no entanto, isento de críticas. Se, por um lado, contribuiu para a construção de um sistema de justiça plural, conferindo destaque à mediação, por outro, quebrou a coerência interna do código. Os artigos supracitados foram, entretanto, revogados e a mediação passou a estar prevista apenas no artigo 273º (ex-art.º

279º-A), referente à suspensão da instância. Com a Lei n.º29/2013, de 19 de abril, comumente designada por Lei da Mediação, este MERC passou a dispor do seu próprio enquadramento normativo geral e, em consequência, permaneceu no código o que essencialmente interessava ao processo. A Lei da Mediação veio, doravante, garantir um quadro normativo previsível às partes que a ela recorrem. (COSTA, 2017, p.71)

Em 19 de abril de 2013 foi adotada a Lei n.º 29/2013, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação realizada em Portugal, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública. Amplia ainda mais a abrangência, alterando substancialmente o alcance da Lei de Mediação de conflitos, que regulamentou o uso do procedimento em Portugal.

Assim, o uso da mediação tem acontecido de maneira mais rotineira a cada ano. Contudo, a partir desta constatação é possível perceber uma mudança de cenário. Sabemos todos os quanto a chamada máquina pública, ainda que idealizada para atender aos membros da sociedade quando se encontram em situações nas quais necessitem da interferência jurídica para a resolução de imbróglios, por vezes é detida pela lentidão da burocracia e o sem número de ditames processuais que retardam a resolução de litígios.

A mediação, posto que não consiga substituir o papel do Estado como responsável investido do poder de concretizar a Justiça almejada pelo povo, pode e deve ser usada como *longa manus* deste, a fim de auxiliar e acelerar o processo concreto da solução de conflitos.

A demora na resolução de uma desarmonia familiar pode implicar em prejuízos inumeráveis quando se trata de famílias ou crianças em situação de vulnerabilidade e cada dia que se passa sem que haja um consenso para a situação, pode até significar a diferença entre vida e morte. Não se pode aguardar.

1.2. A mediação de conflitos: definição e caracterização

Para caracterizar ainda melhor a mediação, podemos dizer que se trata de um procedimento rápido e ágil, uma vez que se aparta de muitas burocracias do sistema Judicial, agindo subsidiariamente, complementando a função estatal.

Geralmente, evidencia-se duas razões principais, ligadas entre si, para a introdução da mediação de conflitos no sistema da administração da justiça. A mais citada inclusive nos diplomas normativos da mediação, refere-se à entropia do sistema judicial e à conseqüente necessidade de descongestionar os tribunais, razão associada ao aumento da pendência de processos. A outra razão decorre das virtudes da Resolução Alternativa de Litígios (RAL) e reporta-se à melhoria do sistema da justiça, através da implementação de modalidades preventivas de disputas judiciais ou pela possibilidade de construção de soluções extrajudiciais de superação dos conflitos. Reconhece-se uma distinção sociológica entre litígio e conflito e, embora o primeiro esteja associado ao segundo, no que diz respeito a uma visão processual, a resolução do litígio não implica necessariamente a resolução do conflito latente entre as partes envolvidas (COSTA, 2017, p.75).

Destarte, afirmamos também que é um meio alternativo para a solução de conflitos e que privilegia o rápido andamento da questão na busca adequada de uma decisão para as partes, que estão muito mais inteiradas daquilo que lhes pertence e que satisfaria de modo mais adequado e eficaz o conflito de interesses existente.

Uma marcante característica da mediação é a eficácia do seu emprego em situações conflitantes, em razão de os próprios envolvidos na questão em análise serem aqueles mais próximos e, portanto mais capazes de tratar o tema com o necessário conhecimento de causa, a dimensão concreta dos prejuízos causados, bem como a percepção do que será devido para a correção de uma situação de desequilíbrio. Como citamos:

As características da mediação de conflitos constituem de per si argumentos fortes para a sua introdução no sistema da justiça. Implica um procedimento célere, económico, de proximidade, flexível, informal e confidencial. Partindo da premissa de que os sujeitos dispõem de um conhecimento único da sua própria realidade, este Meio Alternativo de Resolução de Litígios (MARL) promove a justa composição dos conflitos, através da autodeterminação das partes na construção de soluções ganha-ganha. Trata-se

de um método de empoderamento dos sujeitos, que controlam tanto o processo como o resultado a alcançar. Neste sentido, na mediação de conflitos estão inscritos pressupostos de justiça social, de cidadania e de pacificação social(COSTA, 2017, p.76).

A mediação pode ser um fio condutor de autodeterminação, provocando profunda reflexão pessoal sobre a percepção de si mesmo. Os mediandos são estimulados a avaliar as suas próprias necessidades e resolver os conflitos com responsabilidade pessoal, sem uma visão paternalista de um profissional, ou mesmo a interferência do Estado.

Posto haver incontáveis justificativas para o emprego da mediação como ferramenta de pacificação de conflitos, trazemos uma análise muito profícua para a eficácia da mediação:

Ora, os conflitos familiares, na sociedade atual, com as mutações que, tanto a sociedade como a família têm sofrido, são algo complexo, pelo que reduzi-los aos seus aspetos jurídicos, deixando a sua resolução apenas na alçada dos tribunais judiciais, pouco favoráveis à participação ativa e direta dos interessados na resolução das questões (familiares), não nos parece adequado, acertado, nem justo. Daí a necessidade de arranjar formas “alternativas” para a resolução deste tipo de conflitos, que nem sempre encontram uma resposta cabal no Direito. Formas essas assentes na negociação, na cooperação e com a participação ativa das partes envolvidas. (FRADE, 2002)

Outra importante percepção sobre a temática, que fico muito honrada em poder citar, parte da Doutora Susana Monteiro, que em seu brilhante estudo de caso, apresenta a temática da mediação aplicada ao contexto familiar:

Não obstante as alterações sociais vivenciadas na e pela família, esta continua a ser, ainda hoje, a célula fundamental da sociedade. Basta, para tal, atentarmos nos fins que a mesma desempenha, sobretudo em atenção aos valores da identidade pessoal, social e da segurança, a múltiplos níveis: psicológica, emocional e económica. O Direito não é imune a estas alterações e pode e deve, não só acompanhá-las e acolhê-las, mas acima de tudo, potenciá-las. (MONTEIRO & CARVALHO, 2019, p.375)

No ponto seguinte, expomos o modo como deve ser utilizada esta imprescindível ferramenta dentro do ordenamento jurídico.

1.3. Os princípios da mediação de conflitos na lei portuguesa

Para uma compreensão maior quanto à caracterização de mediação, podemos citar a definição dada pela Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa a certos aspetos da mediação em matéria civil e comercial, que de certo modo abriu caminho para a compreensão do procedimento e que o conceitua como “*um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal ou imposto pelo direito de um Estado-membro*” (artigo 3º, a).

A regulamentação portuguesa para o exercício da atividade de mediação segue as regras ditadas pela Lei n.º 29/2013, de 19 de Abril, que enuncia os princípios gerais aplicáveis à mediação.

A Lei da Mediação começa por definir, no seu art. 1º, o que é mediação e mediador. Para efeitos do disposto na presente lei, entende-se por: “*a)Mediação: a forma de resolução alternativa de litígios, realizados por entidades públicas ou privados, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos;*

b)Mediador de conflitos: um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio.”

A definição *supra*, traz a delimitação técnico-jurídica de mediação, respaldando-a como ferramenta de uso institucional para a persecução da Justiça. Nas palavras exatas do diploma legal, podemos apontar os princípios que regem a mediação e que alcançam a exata medida das características desta importante ferramenta de pacificação social.

Os seis princípios da mediação enumerados no capítulo dois expõem o alcance que a investe. São eles: voluntariedade, confidencialidade, igualdade e imparcialidade, independência, competência e responsabilidade e executoriedade.

Assim diz a doutrina sobre os citados princípios:

A Lei n.º 29/2013, de 19 de abril teve por finalidade disciplinar, de forma transversal, a mediação de conflitos em Portugal. Os seis princípios da mediação elencados no capítulo II do diploma representam os seus traços identitários e deontológicos. Estes são aplicáveis a todas as mediações realizadas em Portugal, pública e privada, independentemente do litígio que seja objeto de mediação: voluntariedade, confidencialidade, igualdade e imparcialidade, independência, competência e responsabilidade e executoriedade. À exceção deste último, os restantes princípios já estavam previstos na legislação avulsa dos sistemas públicos de mediação especializada ou do sistema público de mediação dos Julgados de Paz. Aliás, não sendo próprio da essência da mediação, este último princípio confere maior vantagem para aqueles que optem por recorrer a este método de resolução de conflitos (COSTA, 2017, p.80).

O primeiro princípio é o da voluntariedade. Nenhuma possibilidade pode ser mais democrática quanto o direito conferido à escolha da modalidade do procedimento que irá garantir a condução da solução do conflito existente.

A mediação é voluntária. Logo, os mediados decidem livremente aderir à mediação. Mesmo nos casos em que as partes sejam encaminhadas pelo Juiz, este procedimento só inicia com o mútuo consentimento de todas as partes envolvidas (liberdade de escolha) e durante todo o procedimento o consentimento pode ser revogado unilateral ou conjuntamente (liberdade de abandono), não consubstanciando essa recusa ou desistência numa violação do dever de cooperação nos termos previstos no CPC. A voluntariedade perpassa todo o procedimento de mediação, desde a sua aceitação, permanência, condução até à sua conclusão, estando tal princípio também patente na conformação do acordo e na escolha do mediador. Esta é uma das condições essenciais para que as partes se sintam confortáveis e confiantes num processo de natureza privada (COSTA, 2017, p.80).

As partes devem manifestar sua livre adesão ao sistema da mediação. Também está garantido pelo mesmo princípio a possibilidade de desistência, resguardados os demais direitos, independente da forma de procedimento escolhida.

Escreve CEBOLA que

A Lei portuguesa não se limita a consagrar a voluntariedade da mediação como mero assentimento à sua realização, exigindo a necessidade de obtenção de um consentimento esclarecido e informado das partes para a sua

concretização. “Em coerência, impõe-se no art. 26.º o dever do mediador esclarecer as partes sobre a natureza, finalidade, princípios fundamentais e fases do procedimento de mediação, bem como sobre as regras a observar” (CEBOLA, 2015, p. 58).

O grande pilar da mediação, que é a voluntariedade das partes, vez que são os grandes responsáveis pelas soluções alcançadas no decurso do processo, tendo como princípio fundamental o empoderamento dos envolvidos (*empowerment*).

A voluntariedade dentro do procedimento de mediação encontra assento em algumas dimensões, como elencamos: na liberdade de escolher, na liberdade de abandonar o procedimento a qualquer tempo, na resignação ao acordo e na autonomia de escolha do mediador.

A liberdade de escolher encontra abrigo na vontade das partes, pois, estas são livres para acederem a este meio de resolução de conflitos. É imprescindível que haja consentimento expreso dos mediados para iniciar o processo, seja ele público ou privado, que se traduz na assinatura do protocolo de mediação (art. 4.º e art. 16.º da Lei da Mediação).

A dimensão da liberdade de abandonar o procedimento significa que as partes a qualquer tempo, individual e conjuntamente, poderão retirar o consentimento, desistindo do processo de mediação.

É na resignação ao acordo onde a voluntariedade torna-se mais evidente. A formatação do acordo a ser firmado é fruto de uma consensualidade entre as partes, da qual emerge uma solução para pôr fim ao problema de modo pacífico.

O poder decisório emana das partes. Assim o acordo que encerra o litígio não é impingido e nem redigido pela vontade de terceiro estranho à situação.

A dimensão final diz respeito à liberdade franqueada às partes na escolha do mediador, sendo completamente diferente do sistema onde vigora o Princípio do Juiz Natural, que faz parte da justiça tradicional.

Nenhuma possibilidade pode ser mais democrática quanto o direito garantido à escolha da modalidade do procedimento que irá garantir a condução da solução do conflito existente. Desta forma o apresenta a Lei:

O segundo princípio consolidado pela legislação é o da confidencialidade, nos termos do qual: “*O procedimento de mediação tem natureza confidencial, devendo o mediador de*

conflitos manter sob sigilo todas as informações de que tenha conhecimento no âmbito do procedimento de mediação, delas não podendo fazer uso em proveito próprio ou de outrem.2 - As informações prestadas a título confidencial ao mediador de conflitos por uma das partes não podem ser comunicadas, sem o seu consentimento, às restantes partes envolvidas no procedimento.3 - O dever de confidencialidade sobre a informação respeitante ao conteúdo da mediação só pode cessar por razões de ordem pública, nomeadamente para assegurar a proteção do superior interesse da criança, quando esteja em causa a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa, ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo obtido por via da mediação, na estrita medida do que, em concreto, se revelar necessário para a proteção dos referidos interesses.”

O princípio em comento traz a máxima segurança ao indivíduo, que é consagrado como garantia constitucional do Direito à dignidade da pessoa humana, ademais quando algumas situações, se expostas, podem trazer constrangimentos imensuráveis aos envolvidos em determinadas questões.

Este princípio também diz respeito ao dever ético dos profissionais envolvidos na mediação e que só encontra seu limite no risco de ordem pública e à integridade física ou psíquica de qualquer pessoa.

A relevância deste princípio fica evidente em sua menção expressa na Diretiva da União Européia sobre Mediação, de 2008 em seu artigo sétimo.

Uma das principais funções da confidencialidade são a proteção das partes, quando não há possibilidade de acordo, não podendo ser utilizada nenhuma informação ou dado em caso de processo judicial.

A confidencialidade constitui um dever profissional e, sobretudo ético do mediador.

O mediador deve manter sigilo de todas as informações obtidas, incluindo o conteúdo das reuniões conjuntas ou individuais. Nesse sentido, essas informações não podem ser valoradas em tribunal ou em sede de arbitragem e, como garantia o mediador não pode aí testemunhar ou participar noutra qualidade de especialista. Este dever pode, no entanto, cessar mediante razões de ordem pública, nomeadamente quando esteja em causa a proteção do superior interesse da criança, a proteção da integridade física ou psíquica de qualquer pessoa ou quando tal seja necessário para efeitos de aplicação ou execução do acordo celebrado em mediação e na estrita medida do que se revelar necessário para a proteção dos interesses das partes (COSTA, 2017, p.81).

Assim preleciona o Código Europeu Conduta Mediadores, sobre a confidencialidade: *“Toda a informação obtida previamente à mediação, no decorrer desta, ou em ato que lhe esteja relacionado, deve ser confidencial, exceto nos casos previstos na lei ou quando estão em causa questões de ordem pública. Todas as informações prestadas por uma das partes a um mediador não devem ser reveladas à outra parte sem a sua prévia autorização, exceto nos casos previstos na lei”*

Os autores LOPES e PATRÃO apresentam as duas dimensões do princípio da confidencialidade.

Por um lado, o dever de sigilo do mediador, *quer* na sua dimensão externa à mediação (o mediador não pode utilizar para qualquer fim as informações que lhe tiverem sido comunicadas ou cujo conhecimento tenha obtido por força do procedimento de mediação), *quer* na sua dimensão interna (o mediador não pode transmitir às outras partes as informações que lhe tiverem sido prestadas a título confidencial por um dos mediados (LOPES e PATRÃO, 2016, p. 46).

A confidencialidade vem a ser um dos princípios mais importantes da mediação. A garantia do sigilo da sessão de mediação é imprescindível para que as partes se sintam seguros em expor seus argumentos, pretensões, necessidades e interesses. Neste sentido, CEBOLA afirma que:

A confidencialidade na mediação assume-se como condição *sine qua non* da sua própria eficácia, na medida em que os mediados apenas manifestarão liberdade para revelar os seus interesses e demais informações essenciais à obtenção do acordo final, se sentirem que as declarações produzidas no âmbito das sessões de mediação não serão divulgadas futuramente. A inexistência de confidencialidade manteria as partes presas às suas posições e contribuiria para a manutenção da estratégia de ocultação da informação à parte contrária. (CEBOLA, 2015, p. 58).

O princípio elencado na sequência é o princípio da igualdade. Assim o define o texto de Lei da Mediação que: *“As partes devem ser tratadas de forma equitativa durante todo o procedimento de mediação, cabendo ao mediador de conflitos gerir o procedimento de forma a garantir o equilíbrio de poderes e a possibilidade de ambas as partes participarem no mesmo. O mediador de conflitos não é parte interessada no litígio, devendo agir com as partes de forma imparcial durante toda a mediação.”*

O Diário da República de Portugal assim leciona sobre o Princípio da Igualdade:

“1. O princípio da igualdade impõe aos poderes públicos um tratamento igual de todos os seres humanos perante a lei e uma proibição de discriminações infundadas, sem prejuízo de impor diferenciações de

*tratamento entre pessoas, quando existam especificidades relevantes que careçam de proteção*¹. Trata-se de um direito diretamente ligado ao valor da dignidade humana na sua longa luta contra discriminações arbitrárias, sendo tido como um princípio estruturante do sistema de direitos fundamentais e encontrando-se refletido no conteúdo da maioria dos restantes direitos de liberdade e direitos sociais

2. Na sua vertente negativa, o princípio da igualdade encontra-se presente no n.º 1 do artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa (CRP) quando este proclama que todos os cidadãos têm a mesma “dignidade social” e estabelece a sua igualdade formal perante a lei.

3. A igualdade em sentido positivo envolve a obrigação de “tratar igualmente o que é igual e desigualmente o que é diferente”(Ver o item 1 das referencias)” (dre.pt/web).

Em se tratando de mediação, este princípio tem sua aplicabilidade com o fito de garantir que as partes que tenho igual acesso às mesmas condições de tratamento e acesso à Justiça.

No Dicionário Escolar da Língua Portuguesa (2015, p. 435), define-se imparcialidade como: “Equidade; qualidade da pessoa que julga com neutralidade e justiça; característica de quem não toma partido numa situação.” Assim, o princípio da imparcialidade visa garantir que as partes sejam tratadas de modo equivalente, sendo o mediador aquele que conduza o procedimento de forma isenta, sem juízo pessoal de valor em relação ao caso concreto.

O compromisso principal do mediador é a busca de uma solução que corresponda à vontade das partes, ou seja, da “justiça” que aquelas partes pretendem e almejam. Desta feita, cumpre ressaltar que esta propalada justiça é a satisfação dos envolvidos no presente conflito.

O princípio da igualdade e imparcialidade pressupõe que às partes devam ser asseguradas condições equitativas de participação e de tratamento no processo, cabendo ao mediador garantir o equilíbrio de poderes das mesmas e assegurar-se da ausência de conflitos de interesses para com as partes e em relação ao assunto a ser tratado. Na verdade, o mediador deve intervir multiparcialmente, na medida em que visa facilitar, num clima de confiança e confidencialidade, a desocultação, convergência e satisfação mútua dos interesses de todos os envolvidos no processo (COSTA, 2017, p.82).

Não se fala aqui em um ideal de justiça longínquo ou idealizado pelos filósofos e juristas, mas sim da efetiva resolução da lide, de maneira a atender os anseios pessoais que envolvam a questão em apreço. Só assim, tendo clareza de que

objeto de “sua” justiça são os indivíduos daquela lide específica, é que o mediador verá concretizada a finalidade de seu mister.

Nesta premissa se assenta o princípio da independência, onde a mediação não objetiva alcançar nenhum interesse de terceiro estranho ao procedimento. A lei define, no art. 7.º, o mencionado princípio estabelecendo que: *“O mediador de conflitos tem o dever de salvaguardar a independência inerente à sua função. O mediador de conflitos deve pautar a sua conduta pela independência, livre de qualquer pressão, seja esta resultante dos seus próprios interesses, valores pessoais ou de influências externas. O mediador de conflitos é responsável pelos seus atos e não está sujeito a subordinação, técnica ou deontológica, de profissionais de outras áreas, sem prejuízo, no âmbito dos sistemas públicos de mediação, das competências das entidades gestoras desses mesmos sistemas.”*

Fazendo uma análise comparativa entre os vários princípios LOPES e PATRÃO, escrevem que:

O princípio da independência do mediador não se confunde com os princípios da imparcialidade e igualdade (...). Naqueles visa-se a equidistância e neutralidade para com as partes em litígio ou para com o objecto da disputa, ao passo que no princípio da independência se visa o exercício livre e descomprometido da função (LOPES e PATRÃO, 2016, p. 58).

O mediador deve se valer da busca do melhor interesse daqueles que o constituírem, sendo capaz inclusive de abrir mão de conceitos e interesses pessoais:

O mediador deve ser independente, sem prejuízo da competência das entidades gestoras dos sistemas públicos de mediação. Nesse sentido, o mediador deve pautar a sua atuação pela isenção e liberdade relativas a qualquer pressão, seja resultante dos seus interesses e valores pessoais seja de influências externas. Esta independência reforça a posição do mediador para melhor gerir a natureza privada da mediação. A menção à neutralidade subjacente à atuação do mediador desapareceu na Lei da Mediação. Reconhece-se que o mediador prossegue os objetivos da mediação, pelo que a sua isenção se reporta aos assuntos trabalhados nas reuniões. Esta característica do papel do mediador, decorrente do modelo de mediação de facilitação adotado em Portugal, por oposição ao modelo de mediação de

intervenção, mantém-se expressa no diploma do sistema público de mediação familiar em vigor(COSTA, 2017, p.82).

Na mesma senda, o princípio da competência diz respeito às habilidades técnicas que devem compor a formação do mediador.

“1 - Sem prejuízo do disposto na alínea e) do n.º 1 e no n.º 3 do artigo seguinte, o mediador de conflitos, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, pode frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça, nos termos do artigo 24.º

2 - O mediador de conflitos que viole os deveres de exercício da respetiva atividade, nomeadamente os constantes da presente lei e, no caso da mediação em sistema público, dos atos constitutivos ou regulatórios dos sistemas públicos de mediação, é civilmente responsável pelos danos causados, nos termos gerais de direito.”

Nos escritos de CEBOLA a autora refere que:

Norteadado pelo objetivo de promover a qualidade da mediação, estabelece o legislador, no art. 8.º, o princípio da competência, podendo os mediadores adquirir formação teórica-prática nesta área específica, nomeadamente através de cursos realizados por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça, nos termos prescritos no art. 24.º e regulamentados na Portaria n.º 345/2013, de 27 de novembro. (CEBOLA, 2015, p. 59).

Através de capacitação específica para o exercício da função, os mediadores, a fim de adquirir as competências adequadas ao exercício da sua atividade, podem frequentar ações de formação que lhe confirmem aptidões específicas, teóricas e práticas, nomeadamente curso de formação de mediadores de conflitos realizado por entidade formadora certificada pelo Ministério da Justiça.

O princípio da competência pressupõe que o mediador deve adquirir formação adequada ao exercício da sua atividade profissional. A formação deve ser realizada por entidades formadoras certificadas pelo Ministério da Justiça e deve conferir aptidões teóricas-práticas específicas que garantam a qualidade da mediação, seja nos sistemas públicos seja no exercício da atividade privada (que nos termos da Lei pressupõe a inscrição numa lista própria). O mediador que viole de forma culposa os deveres do exercício da atividade como, por exemplo, o dever de confidencialidade, incorre na violação do princípio da responsabilidade, sendo civilmente responsável

pelos danos causados, nos termos gerais de direito. O regime jurídico dos mediadores com atividade profissional privada e dos mediadores dos sistemas públicos, bem como o regime de fiscalização da atividade do mediador inserido nos sistemas públicos, representaram importantes avanços da Lei da Mediação(COSTA, 2017, p.82).

E por último, mas não menos importante, o princípio da executoriedade garante ao acordo de mediação força executiva , sem necessidade de homologação judicial, desde que cumpridos os requisitos previstos no art. 9.º, n.º 1 da Lei da Mediação, a saber: *Que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação e para o qual a lei não exija homologação judicial; Em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; Obtido por via de mediação realizada nos termos legalmente previstos; Cujo conteúdo não viole a ordem pública; Em que tenha participado mediador de conflitos inscrito na lista de mediadores de conflitos organizada pelo Ministério da Justiça.*No entanto, *O disposto na alínea e) do número anterior não é aplicável às mediações realizadas no âmbito de um sistema público de mediação.*

A propósito do princípio da executoriedade escreve Elizabete Pinto da Costa que:

O acordo de mediação passou a ter força executiva própria sem necessidade de homologação judicial, mantendo a força executiva mediante homologação judicial nos casos previstos na lei, como o acordo em matéria de responsabilidades parentais, acordo promovido no âmbito de processos tutelares cíveis, acordo obtido em mediação penal e acordo obtido em sede de mediação dos Julgados de Paz, atribuindo-se-lhe nestes casos valor de sentença. A lei estipula um conjunto de requisitos que um acordo de mediação deve cumprir para ter força executiva, a saber: a) que diga respeito a litígio que possa ser objeto de mediação (referente a interesses de natureza patrimonial ou suscetíveis de transação e para o qual a lei não exija homologação); b) em que as partes tenham capacidade para a sua celebração; c) obtido por via da mediação nos termos legalmente previstos (devendo o acordo ter forma escrita); d) cujo conteúdo não viole a ordem pública; e e) em que tenham participado mediadores de conflitos inscritos na lista de mediadores organizada pelo Ministério da Justiça (não se aplicando este requisito aos sistemas públicos de mediação). Dado que esta exigência não decorria da diretiva europeia, o legislador português reforçou as vantagens do recurso à mediação, tornando-a uma alternativa efetiva à via judicial (COSTA, 2017, p.82).

Deste modo, fica patente que a mediação possui todas as características necessárias para que seja amplamente aceita como ferramenta de inclusão social, dada a abrangência do conteúdo que pode atingir, como também de modo eficiente da busca pela justiça entre as partes, pois se encontra muito perto das partes para poder ouvi-las e perseguir o melhor modo de solução de conflitos.

2. A mediação no Brasil

Vamos, agora, proceder à análise da implementação da mediação no ordenamento jurídico brasileiro, destacando o papel do mediador no procedimento e os princípios constantes da lei brasileira da mediação.

2.1. O percurso da mediação de conflitos no ordenamento jurídico brasileiro

Na América Latina, os movimentos mais marcantes em prol da implementação dos meios ADR ocorreram a partir da década de 90, com iniciativas na Colômbia, Argentina e até mesmo com a intervenção do Banco Mundial, que emitiu um documento que recomendava a utilização da mediação e da justiça restaurativa para os países latinos (TARTUCE, 2018).

Para uma melhor percepção da visão dos juristas brasileiros, coleciono aqui a definição trazida por dois dos mais festejados. Como transcrevo:

A mediação, é um método dialógico de resolução de conflitos, consiste na intervenção de um terceiro, pessoa física, independente, imparcial, competente, diligente e escolhido em consenso, que coordena reuniões conjuntas ou separadas para que as pessoas envolvidas em conflitos construam conjuntamente a melhor e mais criativa solução. Este método, indicado pela Organização das Nações Unidas (ONU) como a mais adequada maneira de promoção da cultura da paz, pode ser empregado em inúmeras áreas. Costuma-se afirmar que é eficaz na resolução de qualquer tipo de conflito onde existam

vínculos passados ou a ser desenvolvidos no futuro entre as pessoas, sejam físicas ou jurídicas. (BRAGA NETO, 2010, p.22).

Para o ordenamento jurídico brasileiro, a mediação emerge com o Projeto de Lei nº 4.827/98, 30 de outubro, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, cujo texto inicial apresenta à Câmara uma regulamentação concisa, estabelecendo o conceito de mediação e enumerando algumas disposições sobre a temática.

Somente em 2002, na Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pela Comissão de Constituição e Justiça e remetido ao Senado Federal, onde recebeu o número Projeto de Lei Complementar 94.

Entretanto, em 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) formara uma comissão para elaborar um Anteprojeto de Lei sobre a mediação no processo civil, o que conduziu a vários debates públicos e a composição de um texto final.

O projeto foi apresentado ao governo federal. A partir da existência do projeto de lei da Dep. Zulaiê Cobra, anteriormente aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça convocou audiência pública, convidando a Deputada, outros colaboradores do projeto, o IBDP e demais organizações sociais envolvidas com a temática da mediação.

Deste modo, todos chegaram a um consenso a cerca de um projeto único a ser encaminhado ao Relator no Senado Federal, Senador Pedro Simon, requerendo-lhe que o apresentasse como substitutivo. Entretanto, Pedro Simon, apresentou substitutivo inspirado no texto elaborado pelo IBDP, mas modificado em seus aspectos principais.

O Governo Federal, o inseriu no que foi chamado de Pacote Republicano, que se seguiu à Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004. Reforma do Judiciário, apresentou diversos Projetos de Lei modificando o Código de Processo Civil, o que conduziu ao novo relatório do Projeto de Lei n.º 94.

Somente em 14 de março de 2006, o relatório supra mencionado foi recebido e aprovado, pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ). Foi aprovado o Substitutivo, denominado de Emenda nº 1-CCJ, prejudicando o projeto inicial. Em 1º de agosto, o projeto foi encaminhado à CCJC, que o recebeu em 7 de agosto. A partir de então o projeto ficou paralisado na Câmara.

No apagar das luzes, quando já não se tinha mais esperanças da positivação da mediação em nosso Direito, em 2009, foi convocada uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, com o fito de apresentar o novo Código de Processo Civil.

Assim, em tempo recorde, foi apresentado um Anteprojeto, imediatamente convertido em Projeto de Lei no Senado (nº 166/10). O texto foi submetido a diversas consultas e audiências públicas, quando só então foi votado e enviado à Câmara, onde tomou o número 8046.

É quase desnecessário mencionar o quanto o projeto sofreu alteração até que fosse acolhido no bojo no Novo Código de Processo Civil, que passou a vigorar em 2016.

Destarte que o interregno de tempo entre o projeto e sua votação, impediu que muitas mudanças fossem inseridas no texto, dado o compasso de evolução da mediação no cenário mundial, que se assimilado pelo ordenamento jurídico ainda em composição, traria ainda mais benefícios para a sociedade.

Não é demasiado ressaltar que a demora do judiciário nem sempre acontece demodo desprezioso, pelo contrário, pode ser intencionalmente causado a fim de obstacular mudanças radicais ao *status quo* e garantir a manutenção do poder.

A mediação é um procedimento extrajudicial. Ocorre, como visto acima, antes da procura pela adjudicação. Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória (PINHO, 2005). Trata-se da mediação incidental ou judicial.

No ordenamento jurídico brasileiro pode ser feita em duas situações: ou o próprio juiz, conduz o processo, agindo como um conciliador ou designa um auxiliar para tal finalidade [artigos 331º e 447º do Código de Processo Civil Brasileiro (CPCB)]; ou as partes requerem ao juiz a suspensão do processo, por até seis meses, para a efetivação das tratativas de conciliação fora do juízo (artigo 265º, inciso II, c/c § 3º, também do CPCB.).

A mediação incidental judicial já pode ser utilizada no ordenamento jurídico brasileiro. Entretanto, nesse caso, terá sido movimentado todo o aparato judicial, com a

petição inicial, custas processuais, despacho liminar, citação do réu, contestação, diligências, resposta do réu e audiência prévia, cabendo ainda um sem número de incidentes processuais que podem trazer ainda mais complexidade à relação processual.

Um dos elementos principais para a aplicação da mediação é a internalização de uma cultura de pacificação, em oposição à cultura dominante em torno da necessidade de uma decisão judicial para a resolução de determinada lide.

Ademais, a partir do Código de Processo Civil em 2016, a mediação foi colocada em perspectiva, trazendo uma mudança fundamental da lei de processo do Brasil. Onde o principal argumento para sua utilização é o da diminuição das demandas do Judiciário.

A mediação chegou ao direito brasileiro de forma oportuna, de sorte que está diante de um cenário caótico, e com um Judiciário sucateado e desacreditado, principalmente pela demora e ineficiência em dar satisfação a quem recorre de seus serviços.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) informou que o Brasil chegou ao impressionante número de 114,5 milhões em 2020, onde se percebe a urgente necessidade de migrar a solução de conflitos tradicionais, para métodos auto-compositivos que possibilitem satisfação ao constituinte.

Porém, os métodos autocompositivos ainda encaram bastante resistência de uma sociedade cuja cultura do litígio está bastante arraigada, com o hábito de levar ao outro a resolução de seus problemas, e de acreditar que o judiciário sempre trará soluções mágicas para qualquer tipo de conflito, ficam estagnados no modo heterocompositivos e em seus resultados, onde costumeiramente apenas uma das partes sai com a satisfação do direito, ou na maioria das vezes, apenas aparentemente.

No ordenamento jurídico do Brasil, a partir da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça-(CNJ de 2010), a mediação foi elencada como uma das ferramentas da Política Judiciária Nacional de Conflito de Interesses para a adequada elucidação de conflitos. Mas, foi somente após a promulgação da Lei nº 13.105/2015, de 26 de junho, que aprovou o novo Código de Processo civil (NCPC) e Lei nº 13.140/2015, de 26 de junho de 2015, a Lei brasileira da Mediação, a Mediação Judicial e Extrajudicial foi institucionalizada e regulamentada.

A regulamentação da mediação no Brasil é considerada relativamente recente, e posterior regulamentação em Portugal, pela Lei nº 29/2013, de 17 de abril de 2013.

Embora o elemento da autocomposição civil, comunitária, penal, a partir de conciliações, tenha começado no Brasil a partir da década de 90, (RODRIGUES,2016), a mediação só mais tarde passou a ser percebida como forma de pacificação social e como via para a quebra do paradigma “ganhador-perdedor” típico do sistema jurisdicional . Não obstante ainda é amplamente discutida e pouco praticada, sendo muito mais entendida como uma solução ou resposta para a crise do Judiciário.

É preciso evidenciar que existe muito desconhecimento sobre as possibilidades do uso da mediação como alternativa para resolução de conflitos. Sendo muito necessária sua promoção e até mesmo o incentivo de seu uso por membros do poder judiciário e dos advogados (DE OLIVEIRA, 2018).

Somente a partir do CPC/2015 e da Lei da Mediação, a mediação extrajudicial teve sua regulamentação no Brasil.Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil/2015 a introdução da audiência de mediação como ato processual obrigatório, passando então a ser amplamente estimulada no curso do processo judicial por advogados, defensores públicos, juízes e membros do Ministério Público (BAPTISTA, 2016).

Damos um destaque para o artigo 694º, parágrafo único, do NCPC, que remete à mediação extrajudicial nas demandas de família, e para a nova visão do marco legal da mediação de que “o acesso à justiça [artigo 5º, XXXV da CFRB] deixa de ser o aceso ao poder judiciário por si só e ganha um aspecto de direito ao ingresso pelo melhor método de composição, dentre os vários disponíveis” (DE OLIVEIRA, 2018).

Perante a evidente crise do judiciário brasileiro e diante da realidade de uma sociedade brasileira multicultural e conflituosa, fez-se imprescindível desenvolver mecanismos capazes de promover a resolução de conflitos e a pacificação social no Brasil.

Desta feita, pode-se dizer que a mediação no Brasil tem pleno potencial para alcançar consenso na solução de conflitos, uma vez que se norteia por princípios definidos no artigo 2º da Resolução 225/2016 do CNJ8 : voluntariedade, imparcialidade, confidencialidade (artigo 166º CPC e art. 30 da Lei brasileira da

Mediação), consensualidade, celeridade, informalidade, urbanidade, participação, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, corresponsabilidade, reparação de danos (BRASIL, 2016).

A partir da percepção da mediação como uma nova forma de ver o conflito, inicialmente a legislação impulsionou a mediação judicial, mas há a possibilidade de atuação de núcleos de mediação extrajudicial ou câmaras privadas de mediação que podem atuar tanto fora do judiciário sem cadastro em mediações pré-processuais, quanto dentro do Judiciário em seus processos, desde que cadastradas ou credenciadas junto ao tribunal (SILVA, 2018).

As Disposições Gerais da Lei de Mediação, no Brasil, se aplicam para a mediação judicial e extrajudicial de conflitos, sendo possível haver mediação de conflitos, preferencialmente quando há vínculo anterior entre as partes, nos termos do artigo 165º,§3, NCPC, sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação, sendo que neste último caso é necessário o consenso das partes e homologação do acordo em juízo com oitiva do Ministério Público, consoante o artigo 3º da Lei 13.140/2015, de 26 de junho de 2015.

2.2. O mediador na lei brasileira da mediação: breve enquadramento

Um dos elementos que se considera imprescindível para o procedimento da mediação, certamente é o mediador. Assim analisando, a legislação dedica especial atenção em descrever não apenas as exigências e requisitos técnicos do mediador, como inclusive delimita a sua forma de atuação, para que em nenhum momento interfira no processo de resolução de um conflito.

No Brasil, a mediação busca restabelecer o diálogo entre as partes, ainda que existam desigualdades na relação, exigindo do mediador uma postura bastante apurada, tendo cuidados específicos, quais sejam: reconhecido uso de tom de voz eficiente, de linguagem neutra e adequada às condições socioeconômicas e culturais das partes; abordagem de todos os aspectos da controvérsia para superação de barreiras à comunicação; atitude imparcial e empática para compreensão das questões, interesses e emoções; constante estímulo da retomada do diálogo entre as partes (AZEVEDO, 2016).

A mediação judicial brasileira deve ser conduzida pelos conciliadores ou mediadores nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) nos termos do artigo 165º do CPC e artigo 24º da Lei brasileira da Mediação, ao passo que a mediação privada é normalmente realizada por câmaras de mediação.

No Brasil o mediador segue os princípios basilares sobre os quais posteriormente voltaremos a discorrer, onde se adota o modelo multidisciplinar de formação do mediador, não restrito à área jurídica, podendo ser antropólogos, educadores, artistas, engenheiros, dentre outros, além de seguir um procedimento padrão para todo o país, sem a exigência da presença de advogados das partes (BAPTISTA, 2016).

De acordo com Silva e Fleischmann, tendo em conta os princípios da informalidade e da resolução ampla e adequada do conflito, previstos na Lei Brasileira, é possível que os mediandos convidem, para a mediação judicial, sujeitos estranhos ao processo e ampliem o objeto da demanda para incluir relações jurídicas não deduzidas em juízo (artigo 515º, §2, do CPC)(SILVA; FLEISCHMANN, 2018).

A figura do mediador recebe especial destaque dentro do ordenamento jurídico, que elenca requisitos e características imprescindíveis para o exercício da atividade. A Lei brasileira da Mediação estabelece que poderá ser mediador judicial qualquer profissional de nível superior completo, com registro de profissional habilitado, desde que realize os cursos de capacitação mínima, por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

O mediador deverá ser certificado e inscrito no Cadastro Nacional de Mediadores, no Cadastro de Tribunal de Justiça ou no Cadastro de Tribunal Regional Federal, nos termos do artigo. 167 do NCPC e artigo. 11 da Lei de Mediação.

A Lei estabelece ainda que poderá ser mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar ou ser inscrito em conselho, entidade de classe ou associação, nos termos do artigo 9º da Lei brasileira de Mediação.

2.3. Os princípios da mediação de conflitos na lei brasileira

A Lei 13.140/2015, de 26 de junho, estabelece, no artigo 2º, os seguintes princípios caracterizadores da mediação: imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Estes princípios também são abordados pelo Código de Processo Civil, no seu artigo 166º, e previstos, também, no artigo 1º do Código de Ética dos Mediadores.

Fizemos a identificação dos marcos normativos que regulamentam a mediação que são os princípios orientadores que eles instituíram e a abrangência dos mesmos em relação às modalidades judicial e extrajudicial da mediação. Desta feita torna-se possível analisar o conteúdo de cada um dos princípios que devem ser observados pelos envolvidos no procedimento da mediação.

Buscamos identificar os direitos e deveres instituídos pelos princípios orientadores a partir dos significados aplicados ao ordenamento jurídico e sobretudo pelo procedimento que cada um estatui.

O princípio da Imparcialidade, disposto no artigo 5º, parágrafo único da Lei brasileira de Mediação, dispõe que o Mediador será sempre um terceiro alheio ao conflito, impedindo qualquer vínculo com as partes. Em consonância com este princípio, existe ainda o dever de se observar as regras de impedimento e suspeição de acordo com o artigo 148º, inciso II, do Código de Processo Civil, bem como de manter uma posição neutra, não havendo espaço para propor conselhos, dar palpites ou a expressar juízo de valor a cerca da questão apresentada.

O mencionado princípio tem por objetivo garantir a busca do empoderamento das partes, para que não se sintam influenciadas pelo terceiro alheio à questão.

O princípio da imparcialidade está previsto na Lei brasileira da Mediação, no Código de Processo Civil e na Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro, do CNJ. O conceito é estabelecido no Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais como o dever do mediador:

Agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente (Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, art. 1º, IV).

São deveres claros e objetivos. O dever de agir com ausência de favoritismo e preferência, significa que o mediador não poderá conduzir o procedimento de maneira que possa conceder privilégio a qualquer das partes. O dever de recusar favores ou presentes complementa o primeiro dever, pois tal aceitação pode implicar em um dever de retribuição.

O segundo dever, o de agir com ausência de preconceito, pode ser entendido como o dever do mediador de abrir mão de juízos morais de qualquer natureza que possa ter em relação a qualquer das partes e com isso possa vir a prejudicá-la. Os deveres de afastar valores e conceitos pessoais e de compreender a realidade dos envolvidos, servem de complemento ao segundo dever.

A existência do presente princípio é de aplicação voluntária do mediador, o que muitos consideram que pode ser uma dificuldade. Entretanto, em caso da não observância do princípio, as partes e os seus procuradores podem reivindicar a sua aplicação na hipótese do mediador não fazê-lo voluntariamente.

O princípio da Isonomia entre as partes está previsto na Lei brasileira da Mediação de maneira explícita, deixando bastante claro o entendimento de sua aplicabilidade. Não bastando, está ainda previsto também no Novo Código de Processo Civil, que também regula a mediação e que assim assegura:

Às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (NCPC BRASIL, 2015).

O conceito de isonomia é compreendido como um princípio geral do direito segundo o qual todos são iguais perante a lei; não devendo ser feita nenhuma distinção entre pessoas que se encontrem na mesma situação. Este conceito aproxima este

princípio da imparcialidade, pois procura evitar que seja concedido tratamento diferenciado ou privilegiado a quaisquer das partes.

O princípio da isonomia pode ser compreendido como o dever do mediador de conduzir a composição consensual de forma escrupulosa em relação a todas as partes, considerado-as sem qualquer distinção ou preferência.

Este princípio pode ser considerado uma extensão da imparcialidade, cujo objetivo é o tratamento igualitário entre os envolvidos. Portanto, cabe ao mediador conduzir a mediação de modo os procedimentos sejam sempre equilibrados e proporcionais.

É provável que uma parte tenha maior formação acadêmica que a outra ou que tenha mais acesso a informação, se expresse melhor e, por isso, utilize mais tempo ou até mesmo exerça certo domínio sobre a outra.

Nesta esteira fática, o presente princípio estabelece o dever do mediador de impedir que nenhuma das partes se aproveite indevidamente das diferenças econômicas e culturais para obter um acordo vantajoso e deverá garantir que a outra parte também tenha a oportunidade de se expressar, estabelecendo condições de igual oportunidade a ambas.

Diante do caso concreto é grande a responsabilidade do mediador em perscrutar as reais intenções da proposição da mediação como via de autocomposição, sendo proposta por uma das partes que almeje auferir vantagem por estar supostamente fora do alcance do sistema judiciário tradicional.

Em percebendo a indevida propositura do procedimento, o mediador deve esclarecer as questões e os interesses em conflito ou até mesmo lavrar o termo de encerramento da mediação, caso não se justifiquem mais os esforços para a obtenção de consenso, conforme preceitua a Lei brasileira da Mediação, em seu artigo 20º.

Ademais, dentro das etapas da negociação, deve haver sempre uma preocupação com os aspectos emocionais e psicológicos das partes. É preciso evitar vivamente que ocorram violências ou traumas, principalmente nos processos de Direito Familiar, onde se notam questões mais sensíveis como pessoas que não se falam há muito tempo, conflitos emocionais, mágoas e ressentimentos. Assim, a busca por um procedimento isonômico é um dos grandes desafios da mediação.

Outro aspecto muito relevante respeita à presença de advogados. Haverá circunstâncias em que uma parte poderá estar acompanhada de seu procurador e a outra não. A orientação geral é que a sessão não ocorra caso uma das partes esteja desassistida. Entretanto, caso a própria parte expresse o desejo de dispensar o auxílio profissional, poderá dar-se seguimento ao procedimento.

Destarte, o princípio exige que o mediador analise se a escolha pela composição consensual fora a melhor opção adotada e acima de tudo garantir que as partes tenham o melhor acesso à justiça aplicada ao caso concreto.

O princípio da oralidade garante que o procedimento deverá ser exclusivamente verbal, cujo objetivo é estabelecer uma vida de comunicação entre as partes, para que se expressem de modo mais livre a fim de buscar a solução do conflito, proporcionando a autocomposição.

É dever do mediador conduzir o procedimento de modo a estimular a expressão e a interação verbal entre as partes e seus procuradores. Poderá elaborar perguntas, respostas, efetuar interrupção e se restabelecer diálogos. Assim, qualquer comunicação deve ser feita preferencialmente pela via da oralidade.

A previsão legal do princípio da oralidade está presente nos artigos 30º e 31º da Lei 13.140/2015, de 26 de junho e artigo 166º do Código de Processo Civil, e surge em decorrência do princípio da informalidade e da confidencialidade, estabelece que a mediação ocorra a partir do diálogo entre os sujeitos, não havendo registro ou gravação do procedimento. Também não serão produzidas provas ou documentos, mas somente as alegações orais de cada parte.

Concluída a sessão, será lavrado um termo do acordo obtido a partir da mediação, estabelecidas as obrigações de cada parte, ou apenas uma notificação de que não houve a composição de acordo, para que seja dada ciência e homologado pelo juízo.

O princípio da informalidade em sentido amplo significa ausência de formalidade, isto é, ausência de forma jurídica previamente determinada pela qual os atos devem ser cumpridos. Mais especificamente significa conjunto de prescrições quanto ao ritual e procedimentos que devem ser observados na formação de um ato para que este produza efeitos jurídicos.

Previsto no artigo 166º, § 4º, do NCPC, preceitua o procedimento que acontece de maneira aberta, sem uma seqüência rígida de atos a serem praticados, sendo ainda dispensada a liturgia de atos dos processos judiciais. Enseja certa informalidade, sem, contudo, abrir mão do respeito que deve permear todos os atos do procedimento.

O principal objetivo deste princípio é o de facilitar o diálogo, sobretudo nas situações de maior complexidade nas relações conflituosas. Entretanto, não poderão ser dispensadas as técnicas, regras e informações que orientam a mediação e, sobretudo a condução do processo pelo mediador

A grande vantagem do princípio da informalidade diz respeito à impossibilidade de nulidade dos atos praticados durante o procedimento, e cuja não observância, na esfera judicial tradicional, conduziria a um processo nulo de pleno direito, o que se garante com este princípio, não ocorrerá no âmbito do processo de mediação.

O princípio da autonomia da vontade das partes está previsto na Lei brasileira da Mediação e no Código de Processo Civil. É um princípio que reflete as principais características do instituto da mediação e pode ser compreendido como um princípio que confere aos contratantes o poder de autorregulamentação.

No Brasil a mediação é facultativa às partes, podendo não ser realizada por vontade expressa das partes conforme o artigo 334º,§4º, I, do NCPC, não podendo se imposta, sob pena de multa, segundo o artigo 334º,§8, do NCPC. Entretanto, será especialmente indicada para direitos das famílias, direitos de relação locatícia, e direitos de vizinhança (RODRIGUES, 2016).

Nos exatos termos do artigo 2º, § 2º da Lei 13.140/15, a mediação garante total liberdade para as partes, onde nenhuma delas dará prosseguimento se não estiver plenamente de acordo, podendo se recusar a participar do ato ou acordo, sem qualquer prejuízo, desde que observado o respeito à ordem pública.

Este princípio garante ainda a voluntariedade, ou seja, a autonomia de se resolver o conflito de acordo a sua própria vontade, sem que haja interferência. Vale ressaltar que mesmo nos casos em que as partes sejam representadas por advogado, a ela caberá a expressão de sua vontade. Assim, profissional deverá atuar de maneira colaborativa, a fim de assegurar que o mediando possa expressar plenamente sua vontade e tenha a palavra final na composição da lide.

Entretanto importa ressaltar que a autonomia da vontade das partes não é soberana no Direito. Na mediação, é limitada em muitos aspectos. As limitações em ocorrem em três diferentes dimensões: interpessoais, internas e externas.

As limitações no âmbito interpessoal dizem respeito ao fato das proposições de acordo estarem sempre correlacionadas à reciprocidade de aceitação daquilo que é proposto. A parte adversa, por sua respectiva autonomia poderá ou não estar de acordo com a proposição.

As limitações internas, por outro lado, fazem parte dos marcos normativos da mediação que são a Lei brasileira da Mediação, a Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro, do Conselho Nacional de Justiça e o Código de Processo Civil. Os citados dispositivos legais conferem a possibilidade de alterações no procedimento de mediação. Como exemplo, a mediação pode ser recusada pelo juiz, de ofício ou mediante requerimento nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade. No que diz respeito ao conteúdo material do acordo, este não poderá violar a ordem pública e as leis em vigor.

Finalmente, as limitações externas seriam outras fontes normativas, como o Código Civil e a própria Constituição da República Federal do Brasil. O Código Civil elenca as condições de validade da manifestação de vontade e as condições de validade dos negócios jurídicos. A Constituição da República, por seu turno, faz as vezes da bússola para a interpretação e norma que prevalece em face da autonomia da vontade das partes.

O princípio da busca do consenso está previsto na Lei brasileira da Mediação e tem como propósito a autonomia das partes em relação às decisões sobre as questões inerentes ao conflito, partindo do pressuposto de que cabe aos envolvidos a escolha do que for melhor para si.

A Lei brasileira da Mediação estabelece que o mediador conduza o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

Entretanto, cumpre ressaltar que o princípio da busca do consenso não deve ser confundido com a obrigatoriedade de acordo. O objetivo primordial da mediação é de restabelecer a comunicação, para que as partes consigam desenvolver uma solução para o litígio. Nesta esteira fática, o consenso se refere à comunicabilidade pacífica, que ao

longo do tempo poderá conduzir ao acordo ou a possibilidade de um acordo futuro, caso não seja este o resultado da sessão de modo imediato.

Ao mediador é atribuído o dever de esclarecer ou estimular o esclarecimento de mal-entendidos e incompreensões atinentes ao conflito. Tais esclarecimentos poderão ou não viabilizar a composição consensual.

Destarte, posto que a mediação busque sempre a resolução do conflito, nem sempre haverá um acordo levado a termo. Mas tudo que restar como resultado do processo de mediação poderá dar um contributo para a relação entre as partes, ainda que apenas futuramente se perceba um resultado mais material.

Havendo ou não acordo, será lavrado termo de realização de mediação. De acordo com o princípio da confidencialidade o termo de não acordo não conterá as informações compartilhadas durante a reunião; já o termo de acordo valerá como título executivo extrajudicial ou judicial, se homologado pelo juiz, nos termos do artigo 20º da Lei brasileira da Mediação (SILVA; FLEISCHMANN, 2018).

O princípio da confidencialidade está disposto nos artigos 30 e 31 da Lei brasileira da Mediação e artigo 166, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil e na Resolução nº 125/2010, de 29 de novembro de 2010, do CNJ e no CPC.

A confidencialidade é de valor inestimável para o processo da mediação, pois os temas tratados são de conhecimento apenas das partes e do mediador, não podendo nenhuma delas divulgar as informações obtidas na mediação, muito menos fazer uso delas em juízo.

O mediador tem o dever de informar sobre o sigilo no início e ao longo da sessão para que se estabeleça de pronto a confiança no procedimento, de modo que nenhum dos participantes possa fazer uso indevido das informações ali reveladas.

Nesta senda, qualquer prova apresentada posteriormente em processo judicial ou arbitral em desrespeito à confidencialidade será considerada prova ilícita, não podendo ser admitida e imediatamente determinado o seu desentranhamento, segundo o que preceitua o § 2º do artigo 30º da Lei brasileira de mediação.

A predita lei prevê inclusive a possibilidade da realização de sessões individuais ou privadas, durante da mediação. Ocasão em que permanecem na sala

apenas o mediador e uma das partes e seu advogado, e todos os temas tratados ao longo desta sessão serão revelados à outra parte somente se houver o consentimento.

Entretanto é preciso deixar claro existem exceções ao princípio da confidencialidade. Segundo o disposto no artigo 30º, §§ 3º e 4º da Lei brasileira de Mediação, pode ocorrer quando é revelada a existência de crime de ação pública ou informações que devem ser prestadas à administração tributária.

A confidencialidade é tão importante que está prevista inclusive na Resolução nº 125/2010 do CNJ, no seu Anexo III - Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, que estabelece o conteúdo normativo desse princípio como o dever do mediador, como adiante se lê:

Manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese (BRASIL, 2010).

O dever de confidencialidade possui relevância tal que o legislador o impõe não apenas ao mediador, mas também às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participados do procedimento de mediação.

Este princípio define que o procedimento da mediação deve ser norteado pela boa-fé objetiva, ou seja, as partes e o mediador bem como as informações e relatos trazidos à mediação são acolhidos pela boa-fé objetiva, uma vez que nesse procedimento não existem documentos, nem provas, presume-se que todos estejam de boa-fé para solucionar o conflito de forma amistosa.

O princípio da boa-fé está previsto apenas na Lei brasileira da Mediação e assim como o princípio da autonomia da vontade das partes, é derivado do âmbito do Direito Civil. Tal princípio, de acordo com o Vocabulário Jurídico do STJ, é conceituado:

Regra de conduta que se traduz em um dever de agir em conformidade com determinados padrões de honestidade, de forma a não frustrar a confiança depositada pela outra parte (STJ, 2016).

Deste modo o princípio da boa-fé possui função de critério hermenêutico, objetivo pelo qual se perscruta o que há de verdadeiro ou falso, levando em conta contexto e muitas inferências envolvidas na participação dos mediados.

3. Análise comparativa dos princípios da mediação na lei portuguesa e na lei brasileira da mediação

Para uma melhor percepção e compreensão da diferença de nomenclatura dos princípios da mediação entre Brasil e Portugal, organizou-se a tabela *infra* que melhor sintetiza as informações relevantes na análise comparativa dos princípios da mediação na lei portuguesa e brasileira da mediação:

LEI DA MEDIAÇÃO NO BRASIL	LEI DA MEDIAÇÃO EM PORTUGAL
Autonomia da vontade (das partes)	Voluntariedade
Confidencialidade	Confidencialidade
Isonomia entre as partes	Igualdade
Imparcialidade do mediador	Imparcialidade e independência
Boa-fé	-
Busca do consenso	-
Informalidade	-
Oralidade	-
-	Competência e Responsabilidade
-	Executoriedade

Fonte: elaborado pelos autores.

Há que se notar uma diferente nomenclatura para os princípios nas leis de cada país, entretanto, apesar de possuírem um nome exclusivo em cada país, fica claro, sobretudo o espírito da Lei da Mediação seja no Brasil, seja em Portugal. Ambos os

países buscam uma celeridade processual e acima de tudo um ganho social indiscutível que se faz presente no socorro daqueles que dependem da Justiça.

O primeiro princípio que trazemos será o da voluntariedade em Portugal, que no Brasil é o da autonomia da vontade das partes. O objetivo dos princípios mencionados é tão somente de consagrar a importância da parte mediada e de transferir para ela o poder de decisão sobre a melhor forma para a resolução do conflito.

De pronto percebemos o ganho para que o indivíduo se aproprie de autodeterminação, de que é o principal protagonista dos atos decisórios a começar pela forma como poderá ser conduzida sua situação pessoal.

O próximo princípio que elencamos é o da confidencialidade, que recebe igual nomenclatura nos dois ordenamentos jurídicos. O mencionado princípio visa proteger as partes e trazer à responsabilidade o mediador, uma vez que para este segundo, o princípio constitui máximo dever.

A confidencialidade na condução garante segurança de que as partes não sofrerão constrangimentos em razão de situações de que sejam vítimas ou mesmo autores em certa medida. Traz confiança para a condução do procedimento e garantia de atingir o grau máximo de efetividade na resolução do conflito.

O princípio da igualdade, o próximo a ser tratado, assim denominado em Portugal, e no Brasil conhecido como isonomia entre as partes, trata do igual acesso a idênticas condições às partes quanto à possibilidade de manifestar-se.

Este princípio, que apesar de nome diferente na lei brasileira e portuguesa, busca proteger os mediados de tratamento diverso e até mesmo coibir qualquer tipo de favorecimento no que tange à oportunidade de se expressar ou de defender-se, garantindo que todos tenham igual voz na condução do procedimento.

O princípio da imparcialidade que adota igual designação em ambos os ordenamentos jurídicos, traz a segurança de uma conduta isenta por parte do mediador, que garantirá igualdade de condições às partes em toda a condução do processo. Diz respeito à vedação de tratamento diferenciado a qualquer das partes pelo mediador.

Existem princípios que não estão presentes nas legislações dos dois países de forma taxativa, mas como já afirmado anteriormente, trazem o mesmo espírito do

ordenamento jurídico de conceder amplo acesso à Justiça com o máximo respeito aos direitos e garantias fundamentais consolidados internacionalmente. Adiante demonstramos os princípios.

Os princípios que mencionamos a seguir só se encontram na Lei da Mediação de Portugal, quais sejam: o princípio da independência, que diz respeito à postura do mediador, que possui autonomia na condução do procedimento, o princípio da competência e responsabilidade, que garante o acesso do mediador a formação de qualidade para que esteja apto ao exercício de seu *mister* e o princípio da executoriedade, que garante a eficácia das decisões e acordos firmados em sede de mediação.

No Brasil, os princípios que encontramos somente em sua Lei de Mediação são: o princípio da informalidade, que garante uma forma de funcionamento mais distante do modelo de tribunal e garanta um andamento mais célere e mais livre de burocracia.

O princípio da oralidade que também privilegia a agilidade na condução do processo e que torna sem efeito a existência de documentos, formulários e afins, o princípio da boa-fé, que aduz serem verdadeiras todas as ações praticadas pela partes durante o procedimento da mediação e o princípio da busca do consenso que garante que o mediador busque facilitar o consenso de forma a melhor resolver o conflito existente.

CAPÍTULO IV– ANÁLISE E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

É chegado o momento de demonstrar como as leis da mediação, portuguesa e brasileira, concretizam, no enunciado dos princípios estruturantes, o contributo da mediação para a inclusão e para o desenvolvimento, individual e social.

1. Apresentação dos resultados

Efetuada a análise dos princípios existentes na Lei da Mediação do Brasil e Portugal, postas as semelhanças e diferenças, resta por óbvio a evolução de uma forma alternativa de conflitos que beneficia a sociedade, o sistema judiciário e, sobretudo o cidadão comum, que deve ser o ente mais beneficiado em virtude de sua notável vulnerabilidade.

Cumprе ressaltar que a base de regulação da mediação são os princípios de direito consagrados amplamente no ordenamento jurídico. Por princípio se aduz norma legal, a ser aplicada quando houver positivada especificamente. Assim, o princípio deixa de ser abstrato e passando a ter aplicabilidade concreta.

Para consolidar o entendimento, a doutrina assim entende princípio:

Princípio significa normas elementares ou requisitos primários instituídos como base que mostram o conjunto de regras ou preceitos que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tida em qualquer operação jurídica. (PLÁCIDO; SILVA, 1991, p. 447).

Na mesma esteira de pensamento enfatizamos o princípio da autonomia da vontade das partes na lei da mediação brasileira e princípio da voluntariedade na lei da mediação portuguesa, que apesar de diferente nomenclatura, evocam a capacidade de decisão plena do mediando para aceitar o procedimento da mediação como forma alternativa para resolver o conflito concretamente.

O mencionado princípio garante que o mediado possui plena liberdade de escolha para anuir com o recurso à mediação. Tal como explanamos antes, tanto a lei

brasileira da mediação, quanto a lei portuguesa da mediação, consagraram a vontade das partes como elemento essencial a adesão ao procedimento de mediação.

Desta feita, a legislação de ambos os países, Brasil e Portugal, consagra que a participação na mediação envolve necessariamente a total autonomia da vontade dos mediados, que através do consentimento informado, demonstram seu protagonismo em participar, continuar, suspender ou dar por concluída a mediação, assim como definir os termos do acordo ou acordos que permitam uma solução consensual e amigável que ponha termo ao conflito.

O homem médio precisa de certo modo lutar vorazmente por sua sobrevivência, de sorte que não se atém aos ditames da Lei para defender os direitos que lhe assistem e também há de considerar o poder judiciário muito mais como obstáculo do que ferramenta de acesso à justiça.

É nesta medida que a mediação pode e vem em seu socorro assumindo-se como uma via mais simples, económica, acessível, amigável para a resolução de seus conflitos, mas também mais inclusiva, contribuindo, assim, para uma relativa pacificação das relações interpessoais, em particular, e da sociedade, em geral. Nesta senda, uma sociedade mais inclusiva e pacífica é conseqüentemente uma sociedade, a todos os níveis, mais desenvolvida.

Deste modo, é mais que certo que a mediação é uma poderosa aliada na efetivação da justiça e da busca pela pacificação e inclusão social, que permite o pleno desenvolvimento do ser humano e traz o benefício do desenvolvimento para toda a comunidade.

A mediação, pelo que foi trazido, representa uma evolução que traz reflexos positivos para a autodeterminação do mediando, traz um ganho social e, sobretudo traz desenvolvimento à comunidade de forma geral.

CONCLUSÃO

Não pretendemos esgotar a discussão da temática com estudo realizado. Buscamos apresentar o contributo positivo da mediação para a efetivação da justiça, demonstrar a eficácia e importância desta ferramenta para atender a profunda necessidade do ser humano de ver apaziguado seu conflito pessoal.

Desta feita, fica evidente que há muito ainda a ser estudado sobre o tema em concreto com o objetivo de solidificar o conjunto de conhecimentos a cerca da temática.

Acreditamos fortemente que muitos novos trabalhos poderão ser formulados para consolidar o que até aqui se conhece.

Desta feita, podemos concluir que demos nosso contributo para que novas pesquisas possam vir com o intuito de enriquecer o que já se sabe até o presente momento.

A pesquisa ora realizada tem como escopo demonstrar a importância da aplicação da mediação como ferramenta alternativa de resolução de conflitos, compreender a relação existente entre a mediação e o sistema jurídico tradicional de solução de lides.

Inicialmente pontuamos a concepção de conflito e a possibilidade que nele se insere de alterar a percepção da realidade, antes totalmente toldada pela visão única de conflito apenas como destruidor de relações e perturbador da harmonia e paz social. Enfatizamos que a adequada gestão do conflito possibilita e potencia a criatividade, a inovação, a melhoria das relações, o desenvolvimento individual e social.

Buscou-se demonstrar o aspecto histórico da mediação, sua aplicação dentro do ordenamento jurídico português e fizemos ainda uma breve exposição do percurso histórico da implementação da mediação em Portugal e no Brasil, país com o qual Portugal mantém não apenas excelentes relações diplomáticas, como também possuem tratados e acordos bilaterais de cooperação.

Procuramos delimitar o percurso da mediação, e a forma como se deu sua inserção no âmbito legal, a legislação específica que regulamenta sua existência e aplicação. Sua utilização caminha em consonância com a contemporaneidade da

filosofia jurídica e a necessidade da evolução do pensamento humano na busca de novas respostas a conflitos pessoais e sociais de grande importância para a manutenção da paz social.

Fica patente de pronto que a mediação adota uma postura de vanguarda quando evidencia que o homem possui em suas mãos a capacidade de conduzir a própria vida, no tocante à resolução de seus problemas, deixando de ser mero coadjuvante diante do costumeiro aparato judicial do Estado.

Exploramos também o papel do Estado na efetivação da justiça acessível ao homem comum, demonstrando, como muitas vezes, o volume de lides que passam pelos tribunais, não só atravancam o progresso da resolução dos conflitos, como podem gerar grandes injustiças devido à demora, burocracia e muitas vezes o modo engessado de conduzir os procedimentos

É possível perceber uma grandeza no modo da gestão das lides, a maneira de conduzir os mediados a novas reflexões sem, em nenhum momento, desmerecer ou menosprezar a capacidade de cada envolvido em encontrarem por si mesmos o melhor acordo possível. A mediação procura deixar evidente, a todo tempo, a possibilidade de autocomposição das partes. Procuramos esmiuçar a capacidade da mediação em efetivar a justiça.

Trouxemos para este trabalho o filósofo Aristóteles, a partir de quem tecemos a visão de justiça e demonstramos a importância da compreensão de seu conceito para a efetivação da resolução de conflitos, a maneira como seu pensamento diretamente influenciou ou de alguma forma teve forte significado para a formação do pensamento dos tempos atuais.

É possível vislumbrar as instituições, a maneira pela qual a justiça as atinge e o que realmente estas significam dentro da realidade que envolve o conflito. Apontamos também o papel das instituições para que seja efetivada a justiça, a fim de que esta se concretize como igualdade.

Na continuidade da pesquisa, apresentamos o conceito de justiça, igualdade, demonstrando a necessidade de delimitar quem é o sujeito capaz de exercer seus direitos. A partir de questionamentos quem é o sujeito de direito, o que ele mesmo percebe sobre si e a forma como interage com o outro.

Neste ponto apresentamos a questão da alteridade e amaneira como os sujeitos se percebem como iguais na medida de seus direitos e deveres. Retomamos também o conceito de responsabilidade nas relações sociais e sua interação com a justiça.

Nossa pesquisa também aponta para a ideia de justiça associada ao outro. Nesta senda justiça é, pois, o resultado do sentimento de injustiça, ou do senso de justiça. Ela não acontece do indivíduo para si mesmo, mas sempre vai abranger o outro. O homem sente-se tocado quando de algum modo passa por sofrimento ou ao ver o outro causando ou sofrendo um mal.

Seguindo a mesma esteira de pensamento, a ideia de justiça leva em conta o outro, uma vez que a percepção ética, no entendimento de vida boa com e para outro em instituições justas, significa o reconhecimento do outro.

Desta feita podemos afirmar que a justiça se faz quando o ser humano tem conflitos em consonância com o pensar no próximo. A justiça é antes de tudo uma aspiração por uma vida digna, equilibrada, equitativa.

O senso de justiça, só é possível com o sujeito capaz de julgar de modo imparcial suas próprias ações e orientar-se pela autoestima e pelo respeito próprio e ao outro. A mediação auxilia em uma percepção mais consciente diante da compreensão dos significados mais aprofundados dos termos. O mergulho mais profundo na própria realidade.

Em continuidade com o exposto, expressamos ainda os direitos fundamentais da pessoa humana, sua evolução histórica e o modo como estão diretamente entrelaçados com a busca da justiça para além das instituições

A seguir dissertamos sobre a realidade da justiça a partir da mediação, o que remete à possibilidade de as partes cumprirem o que se comprometerem a fazer. A mediação traz sua abordagem, sob a ótica do procedimento adotado para que seja feita a justiça.

Enfatizamos no presente trabalho a implementação da mediação como política pública de acesso à justiça, como solução alternativa, eficiente e acessível para a resolução dos conflitos.

Apresentamos ainda a eficácia resolutive da mediação, sua capacidade na condução de acordos que sejam suportados ainda quando não houver algo considerado como ganho para apenas uma das partes.

Demonstramos que a mediação é um procedimento/instituto consagrado não apenas no sistema jurídico português, mas que é adotado em diversos documentos de aplicação global, sendo vista pelos organismos internacionais como o que na realidade é: alternativa de resolução de conflitos.

Demos continuidade a apresentar a abordagem metodológica do presente estudo, demonstrando o objetivo e a questão de partida da pesquisa realizada. Também tratamos do método de investigação e o procedimento utilizado.

Na sequência discorremos sobre a mediação na lei portuguesa, tratando do aspecto histórico, a definição de mediação de conflito em Portugal, sua caracterização e mais detalhadamente expusemos os princípios que norteiam a lei portuguesa de mediação.

A seguir tratamos da lei brasileira de mediação, seu percurso histórico e trouxemos também um breve enquadramento do mediador na lei brasileira. Fizemos ainda a exposição dos princípios norteadores da lei brasileira de mediação.

De seguida fizemos uma análise comparativa entre os princípios adotados pela lei brasileira e pela lei portuguesa para a concretização da mediação em Portugal e no Brasil respetivamente.

Procuramos responder à questão de partida, analisando e comparando as leis da mediação, portuguesa e brasileira, e tentando demonstrar como os princípios caracterizadores da mediação vertidos nos respetivos diplomas regulatórios concretizam o ideal de uma sociedade mais inclusiva, pacífica e desenvolvida.

Após a análise e discussão dos resultados alcançados, demos ênfase à necessidade do surgimento futuro de novas pesquisas sobre a temática, com o fito de enriquecer o cenário acadêmico com o acréscimo de novos conhecimentos.

A mediação é vista como uma verdadeira “Justiça de Proximidade” considerada por nós uma tipologia aberta, flexível e dinâmica, sendo encarada como uma possível resposta à crise da justiça que assola o nosso ordenamento jurídico.

Efetivamente constatamos que a mediação pode ser considerada uma via complementar da justiça judicial assentando em princípios idênticos àqueles que o norteiam.

Diante do que estudamos sobre mediação, o procedimento é muito coerente com fazer justiça tanto em Portugal como no Brasil, onde ambos os países procura conduzir harmonicamente em um conjunto de ideias divergentes, sem jamais coibir os pensamentos antagônicos das partes, mas sempre respeitando-as e buscando conduzir a uma solução que seja encontrada pelos mediandos e percebida em sua totalidade como compromisso pessoal e individualmente assumido, para a concreta resolução de um conflito.

Os princípios que norteiam a mediação em Portugal e no Brasil, embora alguns destes possuam nomenclatura diversa, buscam ao mesmo tempo a finalidade de pacificação social através do empoderamento de seus cidadãos e ensejam nesta prática o desenvolvimento social.

Assim, o que mais nos impressiona na mediação, é a percepção que nos trouxe de que é possível alcançar a valorização das pessoas, mesmo quando se encontram em situação de vulnerabilidade e descortinar diante delas nova possibilidade de autocomposição que viabilizará grandes transformações pessoais, pacificação e desenvolvimento social, seja em Portugal, seja no Brasil.

REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. (2010). *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ARISTÓTELES. (1991) *Ética a Nicômaco*. Tradução de Antônio de Castro Caeiro. São Paulo: Nova Cultural.

BARBOSA, Á. A.(2001) Clínica do Direito. Revista do Advogado. São Paulo, n. 62, p. 41- 49, mar./2001.

BASTOS, Celso Ribeiro.(1992) A Era dos Direitos. 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

BELL, JUDITH.(1997).Como realizar um projecto de investigação : um guia para a pesquisa em ciências sociais e da educação. 5ª edição.Editora: Gradiva.

BOBBIO, Norberto. (1992).*A Era dos Direitos*, 10.ª ed., Rio de Janeiro: Campus.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional.(2006) 18ª Ed. Brasil: Malheiros, 2006, p.571.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 11 de Janeiro de 2002.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Publicado no Diário Oficial da União de 17 de março de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 27 de novembro 2021. Art. 166.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Publicada no Diário Oficial da União de 29 de junho de 2015. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 27 de novembro 2021. Art. 2ª, incisos I a VIII.

CALMON, Petrônio (2008).*Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense.

CAMILO, CLÁUDIA · GARRIDO, MARGARIDA. (2019). Revisão sistemática de literatura. Data: Dez-2019. Editora: Edições ISPA. <http://hdl.handle.net/10400.12/7648>. Acesso em 28 de novembro 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. (1995). Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CARITA, A. (2005). Conflito, moralidade e cidadania na aula. Lisboa: Campo das Letras. CHARNEY, R. (1993). Teaching children nonviolence. Journal of Emotional and Behavior Problems, 2(1), 46-48.

CARNEIRO, José Vanderlei.(2017)Ética no plural: uma bioética reflexiva atravessada na “pequena ética” de Paul Ricoeur in *Fenomenologia e hermenêutica*. Organizadores Adriano Correia [et al.]. São Paulo: ANPOF, 2017.

CARVALHO, J. (2021)(s/d). *A consagração legal da mediação em Portugal. Julgar, 15*, 271-290. Disponível em: julgar.pt/consagração-legal-da-mediacao-em-portugal/. Acedido em: 01.11.2021.

CEBOLA, Cátia. Marques. (2015). Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito, 11* (2), 53-55. DOI: 10.18256/2238-0604/revista de direito.v11n2p53-65

CEBOLA, Cátia. Marques. (2008)Resolução Extrajudicial de Litígios – Um novo caminho, a costumada justiça, (policopiado), Coimbra, 2008

CEBOLA, Cátia. Marques.& MONTEIRO, Susana Sardenha(2020). A MEDIAÇÃO ELETRÓNICA NO QUADRO DA «NOVA» ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA.<https://www.semanticscholar.org/paper/A-MEDIA%C3%87%C3%83O-ELETR%C3%93NICA-NO-QUADRO-DA-%C2%ABNOVA%C2%BB-DA>. Acedido em 28.11.2021.

CELLARD, A. (2008). *Histoire de la folie au Québec, 1600-1850*. Montreal: Bóreal.

CERVO, A. L. BERVIAN, P. A. (2002)Metodologia científica. 5.ed. São Paulo: Prentice Hall.

CHUMBINHO, J. (2007). *Julgados de paz na prática processual civil: meios alternativos de resolução de litígios. Mediação, conciliação, arbitragem e negociação*.Lisboa: Quid Juris.

COSTA, Elisabeth Pinto da,. (2017). *A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada*.

COSTA, Elisabeth Pinto da,. (2017). *A mediação de conflitos em Portugal. Sistemas públicos de mediação (familiar, penal, laboral e nos Julgados de Paz) e mediação privada*(2017)

CUNHA, P. (2001). *Conflito e negociação*. .Lisboa: Edições Asa.

CUNHA, Pedro & LEITÃO, Sofia. (2016). *Manual de gestão construtiva de conflitos*. 3ª Ed. Porto.Edições Universidade Fernando Pessoa.

DE PLACIDO E SILVA.(1991) Vocabulário jurídico. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v. 3.

Dicionário Escolar da Língua Portuguesa.(2015) 1 ed. Barueri, SP: Ciranda Cultural .

EGGER, Idemar.(2002) Justiça Privada: formas alternativas de resolução de conflitos. *Revista JUSTILEX*, Brasília, ano I, n. 12, p. 60, dez. 2002.

FILHO, Manoel Gonçalves.(2004) Estado de direito e constituição. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 23

FRADE, Catarina (2002), *Proposta de um modelo de resolução extrajudicial do sobreendividamento de pessoas singulares*. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa/Centro de Estudos Sociais.

GIL, A. C. (1999). Métodos e técnicas de pesquisa social. 5.ed. São Paulo: Atlas.

GOUVEIA, M.F. (2015). Curso de Resolução Alternativa de Litígios. 3ª Ed.Coimbra.Almedina.

HOBBS, Thomas. (1979) *Leviatã ou matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Col. Os Pensadores. Trad.: João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2ª ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. A. (2001) Fundamentos metodologia científica. 4.ed. São Paulo: Atlas.

MATURANA, H.(1999). Emoção e linguagem na educação e na política. Belo Horizonte: UFMG. 1999

MONTEIRO, Susana Sardinha & CARVALHO, Filomena. (2019). A mediação familiar num contexto de vulnerabilidade social. In A. M. Costa e Silva, I. Macedo & S. Cunha (Eds.), Livro de atas do II Congresso Internacional de Mediação Social: a Europa como espaço de diálogo intercultural e de mediação (pp. 375-394). Braga: CECS. ISBN: 978989-8600-80-6(ebook)

http://www.lasics.uminho.pt/ojs/index.php/cecs_ebooks/issue/view/248

MONTEIRO, Susana Sardinha. (2019) Anais do I Congresso Global de Direitos Humanos: novas políticas de cidadania e de desenvolvimento sustentável (pp.209- 220)/ Organizadores: João Paulo Borges Bichão, Laís Locatelli, Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino. — São Luís: EDUFMA, 2019.

MÜLLER, Friedrich.(1998) Quem é o povo? A questão Fundamental da democracia. Tradução: Peter Naumam, revisão: Paulo Bonavides, São Paulo:Max Limonad, 1998.

NETO, Adolfo Braga e SAMPAIO, Lia Regina Castaldi.(2010). O que é Mediação de Conflitos. Editora Brasiliense. 2010.

PATRÃO,Dulce Lopes Afonso.(2016). Lei da Mediação Comentada .Almedina, 2016

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de.(2005). *Mediação – a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos*, in Acesso à Justiça: efetividade do processo (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUIVY, RAYMOND AND LUC VAN CAMPENHOUDT (1998): Manual de investigação em ciências sociais. Lisboa: Gradiva- Este livro está disponível na Tela (Internet) no endereço seguinte: <https://tecnologiamidiaeinteracao.files.wordpress.com/2018/09/quivy-manual-investigacaoinvestigacao-novo.pdf> . Acesso em 29 novembro 2021.

- RAWLS, John. (1999)*Uma teoria de justiça*. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1999.
- REALE, Miguel(2000). Teoria do direito e do estado.5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- RICOEUR, Paul.(2006).*Percurso do reconhecimento*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2006.
- SALES, Lilia Maia de Moraes.(2003). Justiça e mediação de conflitos. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003.
- SARAMAGO, J. (1999).O direito e o sinos. Perspectivas do direito no início do século XXI. Coimbra: Coimbra. 1999.
- SILVA, José Afonso da. (2007). Curso de Direito Constitucional Positivo. 28ª Ed. Brasil: Malheiros, 2007.
- STJ.Princípio da boa-fé objetiva. Vocabulário Jurídico. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/servlet/ThesMain?action=consultar&pesquisa=PRINC%CDPIO>>
- Acesso em 27 de novembro 2021
- TARTUCE, Fernanda. (2018) *Mediação nos conflitos civis / Fernanda Tartuce. – 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.*
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. (2011). Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte, 2004. Disponível em: . Acesso em: 27 de novembro 2021.
- TORREMOREL, Maria.(2008). Cultura de mediação e mudança social, Porto: Porto Editora, 2008.
- VARGAS, Lúcia Fátima Barreira Dias. (2006). *Julgados de Paz e Mediação: Uma nova Face da Justiça*, Almedina, 2006.
- VEZZULA, Juan Carlos.(2001). *Mediação: teoria e prática para utilizadores e profissionais*, 1ª Ed., Barcelos, 2001.
- VIEIRA, Ana Maria e VIEIRA, Ricardo.(2016).*Pedagogia Social, Mediação Intercultural e (Trans)formações*. 1ª .Ed. Porto, Portugal. Profedições, 2016.
- WARAT, L. A. A mediação. Disponível em: <<http://www.almed.com.br>>acedido em: 23-11-2021.

WEBGRAFIA

BRASIL. Lei nº 13.105 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acedido em 20/Nov/2021.

dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/GRAL_Media%E7%E3o/Codigo_Europeu_Conduta_Mediadores_2014.pdf - Acedido em: 22-11-2021.

"[https://justica.gov.pt/gov.pt/Noticias/Descida consistente de processos em tribunal/04 mai 2021, 15:15](https://justica.gov.pt/gov.pt/Noticias/Descida%20consistente%20de%20processos%20em%20tribunal/04%20mai%202021%2C%2015:15)– acedido em 01-10-2021

http://www.unifieo.br/files/diss_adriana1.pdf - Acedido em 15-10-2021.

<https://dre.pt/web/guest/lexionario/-/dj/117357316> - Acedido em: 01.10.2021.

<https://estatisticas.justica.gov.pt/sites/siej/pt-pt/Paginas/Mediacao.aspx> - acedido em 01-11-2021

<https://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/09/Lei-da-mediacao.pdf> -

instrumentos. Coimbra: Coimbra Editora. – acedido em 12-12-2021.