

**UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO**

GRAZIELA REGINA MUNARI LOTHAMMER CARLOS

**MEDIAÇÃO EM PAÍSES DO MERCOSUL:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO COMPARADA E CONTRIBUIÇÕES PARA O BRASIL**

**CRICIÚMA - SC
2020**

GRAZIELA REGINA MUNARI LOTHAMMER CARLOS

**MEDIAÇÃO EM PAÍSES DO MERCOSUL:
ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO COMPARADA E CONTRIBUIÇÕES PARA O BRASIL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – Área de Concentração em Direitos Humanos e Sociedade, Linha de Pesquisa em Direitos Humanos, Cidadania e Novos Direitos da Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges

CRICIÚMA/SC

2020

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

C284m Carlos, Graziela Regina Munari Lothammer.

Mediação em países do MERCOSUL: análise da legislação comparada e contribuições para o Brasil / Graziela Regina Munari Lothammer Carlos. - 2020. 128 p.

Dissertação (Mestrado) - Universidade do Extremo Sul Catarinense, Programa de Pós-Graduação em Direito, Criciúma, 2020.

Orientação: Gustavo Silveira Borges.

1. Direitos humanos. 2. Acesso à justiça. 3. Mediação. I. Título.

CDD 23. ed. 341.12191

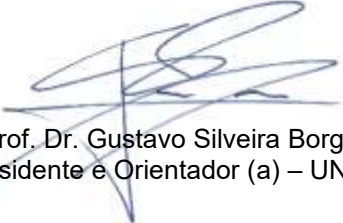
GRAZIELA REGINA MUNARI LOTHAMMER CARLOS

**“MEDIÇÃO EM PAÍSES DO MERCOSUL: ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO
COMPARADA E CONTRIBUIÇÕES PARA O BRASIL”**

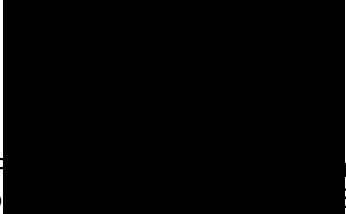
Esta dissertação foi julgada e aprovada para obtenção do Grau de Mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense.

Criciúma, 04 de dezembro de 2020.


BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Gustavo Silveira Borges
(Presidente e Orientador (a) – UNESC)



Prof. Dr. F. Santos
(Membro – UNESC)



Prof. Dr. Antonio Carlos Wolkmer
(Membro - PPGD/UNESC)



Prof. Dr. Reginaldo de Souza Vieira
Coordenador adjunto do PPGD

Aos meus pais, sempre! Meu amor por vocês é
imensurável!

AGRADECIMENTOS

Ao concluir esse trabalho, várias pessoas merecem o meu agradecimento. A ordem de agradecimento não significa que um ou outro foi mais importante, mas se dá por questão de afinidade.

Então, inicialmente agradeço aos meus pais, Libório e Vera! Primeiro pela vida, em segundo por terem proporcionado minha instrução até a graduação, e por último, por serem incentivadores para que eu desse continuidade nos meus estudos com o mestrado. Sempre foram firmes para que tivéssemos, eu e meus irmãos, instrução. O estudo à luz de velas nunca nos desmotivou.

Gratidão aos meus irmãos, George e Geovani, os quais são tudo para mim, pelo incentivo, por acreditarem em mim, pelas demonstrações de carinho e orgulho.

Ao meu esposo Fernando, por me incentivar sempre, em tudo. Pelo seu companheirismo antes e durante o mestrado, compreendendo minha ausência, não permitindo que em certos momentos, em razão de algumas situações, eu desistisse. Por todo cuidado e amor.

Gratidão eterna ao meu orientador, Professor Pós-Doutor Gustavo Silveira Borges, por todos os ensinamentos e experiências compartilhadas, pela paciência, palavras de incentivo, sensibilidade, pela compreensão e confiança. Teus ensinamentos levarei com carinho, para minha vida profissional e pessoal. És um exemplo a ser seguido!

Agradeço a minha amiga Leidy da Rocha Gonçalves, minha irmã de coração que eu amo tanto, que sempre torceu por mim e com quem posso contar sempre.

A Sheila Rosane Vieira Rodrigues, amiga que o mestrado trouxe para minha vida, e que quero sempre ter por perto. Pessoa de coração generoso e amoroso. Obrigada por fazer parte da minha vida.

Querida Prescyllia de Freitas Souza, um anjo na terra, pessoa mais bondosa eu desconheço. Me ajudou tanto durante o mestrado, me auxiliando muito nas minhas demandas processuais. Minha eterna gratidão! Meu carinho por ti é enorme.

Gratidão a Cristiane Santos Pereira, que mesmo longe, se fazia presente. Por todas as energias emanadas, por sua amizade sincera.

A Profa. Francele Marisco, amiga e colega de trabalho, que foi

incentivadora para que eu iniciasse o mestrado e é um exemplo de profissional.

Aos colegas de mestrado, pela oportunidade da convivência e troca de conhecimento e experiência, em especial aos colegas Rafael, Fábio, Henrique e Leila. Desejo que possamos nos encontrar em outras oportunidades.

Agradeço aos demais professores e professoras PPGD da UNESCO, pelos ensinamentos e contribuições na minha aprendizagem, pois, com certeza, passei a ter outra visão sobre o mundo e sobre o ser humano através dos conhecimentos que passaram. Em especial, meu agradecimento aos professores Reginaldo de Souza Vieira, Maria de Fátima Schumacher Wolkmer, Antônio Carlos Wolkmer, Lucas Machado Fagundes e Ismael Francisco de Souza, os quais lembrarei sempre com muito carinho.

Meu agradecimento a banca de qualificação do projeto de mestrado, querida Professora Maria de Fátima Schumacher Wolkmer e estimado Professor Leonardo de Camargo Subtil, por todas as contribuições que fizeram ao meu trabalho.

Aos funcionários da UNESCO, que sempre foram prestativos nas solicitações e sempre atenderam com cordialidade e carinho.

Ainda, meu agradecimento a todos e todas que, de alguma forma, contribuíram para que eu concluísse essa etapa.

“Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades”.

Boaventura de Souza Santos

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo geral realizar uma análise comparatista das legislações da Argentina e Uruguai no que se refere ao método da mediação, com a finalidade de identificar quais regras aplicadas naqueles países podem contribuir com a legislação brasileira. Isso porque há a necessidade de diligenciar quanto à normas mais efetivas na aplicação da mediação, levando-se em consideração que o referido método é um transformador social que tem por objetivo modificar a cultura do litígio em pacificação social, bem como prevenir o surgimento de novos conflitos. Ademais, a legislação da mediação no Brasil é relativamente nova em comparação a da Argentina e do Uruguai. Com base nisso, procura-se responder a seguinte pergunta: Quais contribuições legislativas sobre a mediação praticada nos países da Argentina e Uruguai podem auxiliar no aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro? Em decorrência do objetivo principal foram elaborados os seguintes objetivos específicos: (a) analisar o acesso à justiça sob a ótica dos Direitos Humanos, abordando o acesso à justiça na perspectiva das dimensões, reconhecendo-o como um direito humano, e abordando o pluralismo jurídico, considerando-o como uma alternativa para a transformação da cultura do litígio; (b) analisar o tratamento jurídico da mediação no Brasil, com a análise das formas de resolução consensual, realizando uma abordagem conceitual da mediação, com enfoque nos aspectos jurídicos e na busca pelo direito humano a paz; (c) analisar as legislações da Argentina e do Uruguai quanto à aplicação da mediação, objetivando identificar possíveis contribuições para a legislação do Brasil. Conclui-se que os ordenamentos jurídicos estudados desacordam quanto à obrigatoriedade dos meios alternativos como etapas dos processos judiciais, também no que se refere à qualificação e capacitação do mediador e, ainda, quanto à determinadas matérias que podem ser mediadas. A metodologia utilizada nesta dissertação foi trabalho monográfico, documental e aplicada, com o emprego do método de pesquisa dedutivo, utilizando-se, também, das técnicas de pesquisa bibliográfica, com consulta às doutrinas, revistas especializadas e materiais coletados via rede mundial de computadores.

Palavras-chave: Direitos Humanos; acesso à justiça; mediação; análise comparatista.

ABSTRACT

This study has as main objective to carry out a comparative analysis of Argentina and Uruguay legislations concerning to the mediation method, with the purpose of identifying which rules applied in those countries can contribute to the Brazilian legislation. The reason is the need to act according to more effective rules in the application of mediation, considering that the mentioned method is a social modifier that aims to change the culture of litigation in social pacification, as well as prevent the appearance of new conflicts. In addition, the mediation legislation in Brazil is relatively new compared to Argentina and Uruguay. Based on this, we try to answer the following question: What legislative contributions about the mediation practiced in Argentina and Uruguay can help to improve the Brazilian legal system? According to the main objective, the following specific objectives were formulated: (a) analyze the access to the court according to the perspective of Human Rights, referring to the access to the court from the perspective of dimensions, recognizing it as a human right, and referring to the legal pluralism, considering it as an alternative to the modification of the culture of litigation; (b) analyze the legal treatment of mediation in Brazil, with the analysis of the forms of consensual resolution, carrying out a conceptual approach of the mediation, focusing on legal aspects and on the search for the human right and peace; (c) analyze the Argentina and Uruguay legislations concerning to the application of mediation, with the aim of identify possible contributions to the Brazilian legislation. It is concluded that the studied legal systems disagree concerning to the obligatoriness of the alternative means as stages of the judicial processes, as well concerning to the qualification and training of the mediator and, still, concerning to certain matters that can be mediated. This dissertation used the monographic, documentary and applied study methodology with the use of the deductive research method, also using bibliographic research techniques with search in doctrines, specialized magazines and materials collected via the world wide web.

Keywords: Human rights; access to the court; mediation; comparative analysis.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

- CEJUSC - Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
CONIMA - Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem
CNJ - Conselho Nacional de Justiça
NCPC - Novo Código de Processo Civil

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O ACESSO A JUSTIÇA SOB O VIÉS DOS DIREITOS HUMANOS	15
2.1 O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DAS DIMENSÕES.....	15
2.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO	24
2.3 O PLURALISMO JURÍDICO E A PRODUÇÃO NORMATIVA	36
3 TRATAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL COMO MECANISMO DE BUSCA DO DIREITO HUMANO À PAZ	46
3.1 FORMAS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS.....	46
3.2 CONTORNOS CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO.....	54
3.3 ASPECTOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E A BUSCA PELO DIREITO HUMANO À PAZ.....	60
4 MEDIAÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARATISTA E AS (POSSÍVEIS) CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO DA LEGISLAÇÃO SOBRE MEDIAÇÃO NOS PAÍSES ARGENTINA E URUGUAI	69
4.1 REGRAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL	69
4.1.1 Tratamento jurídico da Mediação na Argentina.....	69
4.1.2 Legislação pertinente a Mediação no Uruguai	78
4.2 ANÁLISE LEGISLATIVA DA MEDIAÇÃO E AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA O BRASIL	83
5 CONCLUSÃO	92
REFERÊNCIAS	98
ANEXOS	108
ANEXO A - Ley nº 26.589: Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales	109
ANEXO B - Acordada nº 7.276	123
ANEXO C - Ley nº 17.707: Poder judicial	125
ANEXO D - Ley nº 16.995: Conciliacion previa a los juicios sustitucion del articulo 294 del codigo general del proceso	126
ANEXO E - Circular nº 128/2009	127

1 INTRODUÇÃO

No início da civilização, os conflitos entre as pessoas eram solucionados através do uso da força, sem que houvesse a intervenção do Estado. Posteriormente, com o surgimento do Estado, coube a este o poder de decidir, criando procedimentos próprios para resolver as controvérsias a que fosse requerido.

Entretanto, com a evolução da sociedade e conseqüentemente, com o crescimento desenfreado de conflitos, o Estado, por diversas razões, não possui mais condições de dar uma resposta adequada as demandas judicializadas, necessitando utilizar-se de meios autocompositivos como alternativa para diminuição da conflitualidade.

Pode-se perceber que o fenômeno da juridicização dos conflitos decorre da concepção de que somente o Estado, através do Poder Judiciário, é capaz de pôr fim ao litígio, o que é uma visão ultrapassada. Deve-se considerar, que a proposta de se utilizar outros meios de solução de controvérsias visa, além de solucionar o conflito, estimular a convivência pacífica entre as partes litigantes, possibilitando o restabelecimento da relação anteriormente abalada pelo conflito, visto que aos litigantes são possibilitados o diálogo e o poder de negociação.

O incentivo a utilização de meios adequados de resolução de conflitos ficou mais evidente com o Código de Processo Civil de 2015 e com a Lei n. 13.140 de 2015 (Lei da Mediação), muito embora, a Resolução n. 125 de 2010 do Conselho Nacional do Justiça já previa os mecanismos de solução de controvérsias.

Diante da complexidade dos relacionamentos atuais, que frequentemente estão em colisão de interesses, por certo que o Judiciário não é a garantia de solução adequada da controvérsia, já que a solução envolve muito mais que uma decisão judicial que finde o conflito.

Sendo assim, considerando que a eclosão de litigiosidade é observada em outros países latinos, bem como dadas as vantagens da proximidade linguística e cultural, a presente dissertação tem por objetivo geral realizar uma análise comparatista das legislações da Argentina e Uruguai no que se refere ao método da mediação, a fim de identificar quais são as regras aplicadas naqueles países e possíveis contribuições para a legislação brasileira.

O trabalho possui como peculiaridade analisar o acesso à justiça sob a ótica dos Direitos Humanos, oportunidade em que será realizado uma abordagem do

acesso à justiça na perspectiva das dimensões, com reconhecimento do acesso à justiça como um direito humano. Ainda, abordar-se-á o pluralismo jurídico, como uma alternativa para a transformação da cultura do litígio, buscando alcançar a pacificação social.

Ainda, dentre os objetivos específicos, é de grande importância para a realização desse trabalho o estudo do tratamento jurídico da mediação no Brasil, analisando as formas de resolução consensual e os contornos conceituais da mediação, além dos seus aspectos jurídicos e a busca pelo direito humano a paz.

Sendo a análise comparatista um dos objetivos da dissertação e levando-se em conta as semelhanças dos países latinos, visto que a sobrecarga dos tribunais, bem como as despesas altas com os litígios, não ocorre somente no Brasil, optou-se por realizar uma análise das legislações da Argentina e do Uruguai quanto a aplicação da mediação, a fim de possibilitar a identificação de similaridades na aplicação desse método e possíveis contribuições para a legislação brasileira.

A justificativa para a realização dessa dissertação se dá em razão da necessidade de se buscar outras formas para uma maior efetividade na aplicação do método da mediação, pois a mediação além de ser um método consensual de resolução de conflitos, também busca transformar as relações entre as partes envolvidas no litígio, ou seja, procura promover a harmonização e prevenir o surgimento de novos litígios. E é isso que se busca, a pacificação social, evitando a ocorrência de novos litígios. Portanto, essas alternativas permitirão que o Estado e a sociedade revejam suas posições apontando para a pacificação nas relações sociais.

Os dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) referente ao ano de 2019, assinalam que o Poder Judiciário finalizou o ano com 77,1 milhões de processos em tramitação, aguardando uma solução definitiva. Os dados disponibilizados demonstram uma redução no acervo processual em relação ao ano de 2018, sendo a maior queda desde a contabilização pelo CNJ que iniciou em 2009. Porém, a litigiosidade ainda permanece alta e a cultura da conciliação apresenta lenta evolução, já que, no ano de 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação, mesmo diante da política de incentivo do CNJ. Ainda, de acordo com o relatório, de todos os processos que tramitam no Poder Judiciário, apenas 31,5% foram resolvidos (CNJ, 2020).

Diante desses dados, nota-se a importância do presente estudo. Muito embora no CNJ tem difundido sobre os meios adequados de resolução de conflitos,

percebe-se que ainda há um grande caminho a ser percorrido na transformação da cultura da sentença em cultura de consenso. Imputar às partes a responsabilidade pela resolução do seu litígio ainda continua sendo um desafio. Diante disso, pretende-se, após análise comparatista, identificar quais contribuições legislativas sobre a mediação praticada nos países da Argentina e Uruguai, pode fornecer para o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico brasileiro?

Partiu-se da hipótese de que, em razão da mediação nesses países já ser empregada há muito mais tempo que no Brasil, as legislações poderiam apontar caminhos diferentes para a propagação da utilização desse método, bem com o procedimento ser mais efetivo do que o procedimento brasileiro.

A análise se dará por meio de trabalho monográfico, documental e aplicada, com o emprego do método de pesquisa dedutivo, utilizando-se também, das técnicas de pesquisa bibliográfica, com consulta às doutrinas, revistas especializadas e materiais coletados via rede mundial de computadores.

Ao analisar o sistema processual judicial não há dúvidas de que o Poder Judiciário não possui condições de atender de forma efetiva todos os conflitos que lhe são submetidos. As razões são diversas, desde a estrutura precária e falta de funcionários, a excessiva formalidade processual positivada, que impedem que o processo seja resolvido em tempo hábil, e, conseqüentemente, não se verifica um efetivo acesso à justiça, que é o que todo cidadão espera. Muito embora há previsão constitucional quanto a duração razoável do processo, percebe-se que a realidade vivenciada em nada atende o dispositivo constitucional.

Nesse sentido, surgem os meios adequados de resolução de conflitos (mediação, conciliação, negociação e arbitragem) e a apreciação do conflito é realizada observando todos os aspectos da controvérsia. Se ofertado e oportunizado as partes conflitantes a utilização do método da mediação, não existirá uma terceira pessoa para decidir e dizer o direito, as partes que poderão, após refletir e discutir sobre a origem da controvérsia, decidir sobre o conflito, podendo assim, tratar o conflito e restabelecer suas relações, prevenindo, inclusive, futuras demandas judiciais.

2 O ACESSO À JUSTIÇA SOB O VIÉS DOS DIREITOS HUMANOS

É característico das sociedades modernas a busca de alternativas que levem a uma sociedade mais justa e para que esse ideal de sociedade justa se concretize é necessário um sistema jurídico que propicie uma solução adequada para os conflitos.

Sendo o relacionamento das pessoas no cotidiano moderno muito complexo, com grande frequência ocorre a colisão de interesses, e com o intuito de solucioná-los se exige do Poder Público alternativas para a resolução do conflito instaurado. Por certo, que o acesso ao Judiciário, não é garantia de solução adequada da demanda, visto que envolve muito mais que uma decisão que coloque fim ao litígio. O que se busca é uma solução que dê uma resposta eficiente à questão instaurada, que seja propiciado um real acesso à justiça, na sua forma mais completa, breve e efetiva.

A partir disso, pretende-se neste capítulo, realizar um estudo acerca do acesso à justiça dentro da perspectiva das dimensões, reconhecendo o acesso à justiça como um direito humano. Outrossim, será abordado o pluralismo jurídico e sua produção normativa, como uma alternativa para a crise do sistema judicial, diante da necessidade de se estabelecer um novo paradigma, que transforme a cultura do litígio em uma cultura de paz.

2.1 O ACESSO À JUSTIÇA NA PERSPECTIVA DAS DIMENSÕES

No que se refere ao acesso à justiça no Brasil, é possível apontar que o problema está na questão do alcance das minorias à justiça e ao reconhecimento dos direitos fundamentais. Uma vez que o acesso à justiça é reconhecido como um direito fundamental, este está intimamente ligado à classificação das dimensões dos Direitos Humanos. Portanto, o objetivo deste capítulo é demonstrar como está inserido o acesso à justiça dentro das chamadas dimensões, buscando apresentar como surgiu a classificação das “dimensões”, chamada também de “gerações”.

Importa mencionar que as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, embora sejam utilizadas como sinônimas, são distintas, como bem aponta Sarlet (2018, p. 29), referindo que:

Em que pese as duas expressões (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizadas como sinônimas, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procede para a distinção é de que a expressão “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Por oportuno, importa esclarecer que alguns autores utiliza a expressão “gerações” ao invés de “dimensões”. Em sua obra, Sarlet (2016, p. 500) explica que Karel Vasak, na sua aula inaugural no Instituto Internacional de Direitos Humanos de Estrasburgo em 1979, inspirado na tríade da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade - à qual corresponderiam três gerações de direitos humanos e fundamentais), nomeou de “gerações” de direitos humanos. Ao longo do tempo, foram agregando uma quarta, quinta e até sexta gerações. Sobre a utilização da expressão “gerações”, Wolkmer (2013, p. 125-126) esclarece:

(...) um certo grupo de doutrinadores tem consagrado uma evolução linear e cumulativa de "gerações" sucessivas de direitos. Tal reflexão compreende várias tipologias (três, quatro ou cinco “gerações” de direitos), desde a clássica de T. H. Marshall até alcançar as formulações de Norberto Bobbio, C. B. Macpherson, Maria de Lourdes M. Covre, Celso Lafer, Paulo Bonavides, Gilmar A. Bedin; W. Sarlet, Jose Alcebiades de Oliveira Jr. e outros. Possivelmente a classificação dos direitos civis, políticos e sociais feita por Marshall, em sua obra *Cidadania, classe social e status*, tornou-se referencial paradigmático enquanto processo evolutivo de fases históricas dos direitos no Ocidente. Essa periodização foi e tem sido utilizada por muitos outros autores, seja reproduzindo-a integralmente, seja atualizando-a e ampliando as "gerações" de direitos. Desse modo, segundo T. H. Marshall, o cenário europeu (particularmente o inglês) do século XVIII favoreceu o surgimento dos direitos civis, enquanto o século XIX consagrou os direitos políticos, e a primeira metade do século XX consolidou as reivindicações de direitos sociais e econômicos. Cabe mencionar os questionamentos críticos que vêm sendo feitos por autores nacionais (Paulo Bonavides, Ingo W. Sarlet, Paulo de T. Brandão e Antonio Augusto Cançado Trindade) com relação ao uso técnico da expressão “gerações” de direitos, que induz o equívoco de um processo substitutivo, compartimentado e estanque.

Com bem assinalado por Antônio Carlos Wolkmer, a utilização da expressão ‘gerações’ aponta a ideia de que há um processo estagnado, que não pode ser substituído, ou seja, que não pode ser alterado, somente criar-se uma nova “geração”.

Importante frisar, que as referidas “gerações” indicam transformações dos

direitos humanos, portanto, não se excluem, mas se completam. Dessa forma, o termo mais adequado a se usar é “dimensões” de direitos.

Ao referir-se sobre as divisões dos direitos fundamentais, Andressa Conterno Rodrigues (2013, p. 64), esclarece que

Os direitos fundamentais foram divididos doutrinariamente em direitos de primeira, segunda e terceira geração, e alguns defendem a existência até mesmo de uma quarta geração, ou também por muitos doutrinadores contemporâneos usam a expressão “dimensão” ao invés de geração por considerar que este último denota um entendimento estanque, como se uma geração substituísse outra, já o termo dimensão denota o agrupamento e evolução gradativa dos direitos, sendo a nomenclatura mais utilizada.

Historicamente, surgem os direitos fundamentais no século XVIII, chamados de direitos de primeira dimensão, caracterizado pelo pensamento liberal-burguês, pelo racionalismo iluminista e pelas revoluções políticas, sendo a revolução norte-americana de 1776 e a francesa de 1789. Esses direitos estavam vinculados a individualidade, a liberdade, a igualdade, a propriedade e a resistência. Passou-se a dar preferência aos direitos dos cidadãos, fazendo com que a relação política fosse vista sob a ótica do cidadão. Considera-se direitos negativos, visto que constituem uma abstenção do Estado, de forma a garantir os direitos individuais constituídos no princípio da liberdade (FREIRIA, 2005, p. 65-66).

No que se refere a evolução histórica das dimensões, Sarlet (2015, p. 25) aponta que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é a que reconheceu o seu *status* constitucional.

Sintetizando o devir histórico dos direitos fundamentais até o seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, K. Stern, conhecido mestre de Colônia, destaca três etapas: a) uma pré-história, que se estende até o século XVI; b) uma fase intermediária, que corresponde ao período de elaboração da doutrina jusnaturalista e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada em 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos (SARLET, 2018, p. 37).

E é a partir da identificação e validação dos direitos fundamentais nas primeiras constituições que há o reconhecimento da problemática das denominadas “gerações”,

(...) visto que umbilicalmente vinculada às transformações geradas pelo reconhecimento de novas necessidades básicas, de modo especial em

virtude da evolução do Estado Liberal (Estado formal de Direito) para o moderno Estado de Direito (Estado social e democrático [material] de Direito), bem como pelas mutações decorrentes do processo de industrialização e seus reflexos, pelo impacto tecnológico e científico, pelo processo de descolonização e tantos outros fatores direta ou indiretamente relevantes neste contexto e que poderiam ser considerados (SARLET, 2015, p. 25).

Tais direitos foram importantes no que se refere a democracia. A partir de então, passou-se a ter direitos como ao voto e a liberdade de expressão. É nesse sentido que Sarlet (2018, p. 46-47) menciona sobre os direitos fundamentais,

[...] surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não-intervenção do Estado (...). Assumem particular relevo (...) os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades, incluindo as assim denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão, imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, tais como direito de voto e a capacidade eleitoral passiva, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. Também o direito de igualdade, entendido como igualdade formal (perante a lei) e algumas garantias processuais (devido processo legal, habeas corpus, direito de petição) se enquadram nessa categoria.

Ao referir sobre os direitos de primeira dimensão, Wolkmer (2013, p. 127) esclarece que se trata dos direitos civis e políticos. Menciona que são aqueles direitos individuais que estão “vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança e à resistência às diversas formas de opressão”.

Sintetizando, os direitos fundamentais de primeira dimensão exigem do Estado uma não prestação e uma abstenção, razão pela qual possui caráter negativo. Por oportuno, Wolkmer (2013, p. 124-125) ainda aponta que

O processo de reconhecimento e afirmação de direitos do homem chamados de "fundamentais" constituiu uma verdadeira conquista da sociedade moderna ocidental. Esse processo do nascimento de direitos novos referentes ao homem, ainda que favorecido pelos ideais da cultura liberal-burguesa e pela doutrina do jusracionalismo deve-se em grande parte, como assinala Norberto Bobbio, à estreita conexão com as transformações da sociedade.

Enquanto que os direitos de primeira dimensão se referem às liberdades negativas clássicas, os de segunda dimensão se correlatam com as liberdades positivas. O surgimento da segunda dimensão de direitos, chamados de direitos sociais, se dá na segunda metade do século XIV e início do século XX:

Com a revolução industrial e o flagelo a que eram submetidos os trabalhadores, emergiu, a partir da segunda metade do século XIX e início do século XX, a segunda dimensão de direitos, os chamados direitos sociais, influenciados pelas doutrinas socialistas. Pode-se incluir nesta dimensão o direito à saúde, à educação, à previdência social e ao trabalho. Aludidos direitos, por exigirem uma prestação Estatal, têm cunho positivo, pois impulsionam o Estado a concretizar formas de acesso das pessoas às referidas garantias. Cumpre destacar, que referidos direitos não estão relacionados apenas a direitos que exijam uma atuação direta do Estado, mas as “denominadas ‘liberdades sociais’, do que dão conta os exemplos da liberdade de sindicalização, do direito de greve, [...] direitos fundamentais aos trabalhadores, tais como direito de férias e ao repouso semanal remunerado.” (SARLET, 2015, p. 48).

Na contextualização histórica dos direitos de segunda dimensão, importante contribuição é trazida por Antônio Carlos Wolkmer, relatando que

O capitalismo concorrencial evolui para a dinâmica financeira e monopolista, e a crise do modelo liberal de Estado possibilita o nascimento do Estado de Bem-Estar Social, que passa a arbitrar as relações entre o capital e o trabalho. Surgem nesse contexto, em decorrência de movimentos reivindicatórios proletários (dos quais são grandes exemplos as Revoluções Mexicana (1911) e Russa (1917)), direitos de dimensão positiva, não mais direitos de defesa contra o Estado, mas sim direitos que exigem do Estado um comportamento ativo, uma prestação. É nota característica desses direitos de segunda dimensão, a outorga ao indivíduo do direito a prestações sociais estatais positivas, como a garantia ao acesso à educação, ao trabalho, à saúde, à cultura, todos esses direitos fundados no princípio da igualdade, entendida para essa dimensão de uma forma mais material. Deve-se ressaltar que apesar dos direitos da segunda dimensão serem tratados como direitos sociais, a titularidade desses direitos continua, como no caso dos direitos de primeira dimensão, identificada como sendo do sujeito de direito individualizado - o homem (FREIRIA, 2005, pp. 66-67).

O que se exige do Estado é a prestação de políticas públicas, impondo ao mesmo obrigação de fazer que corresponda aos direitos à educação, à saúde, trabalho, habitação, assistência social, entre outros. Esses direitos impõem instruções, obrigações e serviços a serem concretizados pelo Estado, a fim de garantir qualidade de vida e dignidade ao cidadão. Ainda, quanto aos direitos de segunda dimensão, Andressa Conterno Rodrigues afirma que “surgiram movimentos reivindicatórios, aliados às doutrinas socialistas, para que o Estado passasse a intervir na busca da realização da justiça social e na garantia de direitos a todos os indivíduos através do bem-estar social” (RODRIGUES, 2013, p. 66).

Portanto, percebe-se que a segunda dimensão não vem para retirar a validade ou reconhecimento da primeira dimensão, mas sim para complementá-la em virtude nas novas necessidades que surgiram.

No que tange os direitos fundamentais de terceira dimensão, estes buscam

compreender a coletividade. Estão abarcados dentro desses direitos “os direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação” (SARLET, 2015, p. 48). Nesse sentido, Wolkmer (2013, p. 129) traz a seguinte contribuição:

São os direitos metaindividuais, direitos coletivos e difusos, direitos de solidariedade. A nota caracterizadora desses "novos" direitos é a de que seu titular não é mais o homem individual (tampouco regulam as relações entre os indivíduos e o Estado), mas agora dizem respeito a proteção de categorias ou grupos de pessoas (família, povo, nação), não se enquadrando nem no público, nem privado.

Os direitos de terceira dimensão, de acordo com Andressa Conterno Rodrigues (2013, p. 67) “correspondem aos direitos de solidariedade e de fraternidade, (...) não é destinada ao indivíduo especificamente, mas sim a grupos humanos, por isto são considerados como de titularidade coletiva ou difusa”. Ainda, de acordo com Wolkmer, (2013, p. 130-131) devido as mudanças sociais que sucederam nas últimas décadas,

(...) a amplitude dos sujeitos coletivos, as formas novas e específicas de objetividades e a diversidade na maneira de ser em sociedade têm projetado e intensificado outros direitos que podem ser inseridos na "terceira dimensão", como os direitos de gênero (dignidade da mulher, subjetividade feminina), os direitos da criança, os direitos do idoso (terceira Idade), os direitos dos deficientes físico e mental, os direitos das minorias (étnicas, religiosas, sexuais) e os novos direitos da personalidade (a intimidade, a honra, a imagem).

Observa-se com isso, o reconhecimento de direitos atribuídos de forma geral, objetivando a proteção de interesses característicos da coletividade. Esses novos direitos podem ser vistos, por exemplo, na “Lei da Ação Civil Pública, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso” (BORGES; CARVALHO, 2019, p. 196). De acordo com Diógenes Júnior ([s.d.], p. 5)

Podemos citar como direitos de terceira geração: direito ao desenvolvimento ou progresso, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e direito à paz, cuidando-se de direitos transindividuais, sendo alguns deles coletivos e outros difusos, o que é uma peculiaridade, uma vez que não são concebidos para a proteção do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos.

Já os direitos fundamentais abarcados pela quarta dimensão surgem no final do século XX, em virtude dos avanços na área da tecnologia e biomedicina.

No final de século XX, com o avanço e as novidades trazidas pela tecnologia e pela biomedicina, surgiram os denominados direitos de quarta dimensão, que se referem “à biotecnologia, à bioética e à regulação da engenharia genética. [...] têm vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida [...] engenharia genética, clonagem, contracepção e outros” (WOLKMER, 2016, p. 29).

Entre os autores que defendem a existência dos direitos de quarta dimensão, está Norberto Bobbio, que refere que tais direitos estão relacionados à engenharia genética, e Paulo Bonavides, que aponta o aspecto da globalização política, relacionado à democracia, à informação e ao pluralismo (DIÓGENES JÚNIOR, [s.d.], p. 5). Esse também é o apontamento trazido por Andressa Conterno Rodrigues (2013, p. 68)

Norberto Bobbio igualmente defendia a existência dos direitos de quarta geração, porém de conteúdo diverso que o traçado por Bonavides. Para o mestre italiano, estes direitos surgem de novas exigências “referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo”. (...) os direitos de quarta dimensão compreendem o futuro da cidadania e a liberdade de todos os povos, como um direito em construção que ao se concretizar formará uma possível “globalização política.

Assim, estão na quarta dimensão os direitos emanados pela globalização política, que compreendem o direito à democracia, informação e pluralismo e de normatização do patrimônio genético, como é mencionado por Antônio Carlos Wolkmer (2013, p. 131),

os "novos" direitos referentes à biotecnologia, a bioética e a regulação da engenharia genética. Trata dos direitos específicos que tem vinculação direta com a vida humana, como a reprodução humana assistida (inseminação artificial), aborto, eutanásia, cirurgias intra-uterinas, transplantes de órgãos, engenharia genética ("clonagem"), contracepção e outros.

A chamada quinta dimensão de direitos, surge mais recentemente, com a universalização do acesso à *internet*. Como alude Wolkmer (2016, p. 32)

a passagem do século XX para o novo milênio reflete uma transição paradigmática da sociedade industrial para a sociedade da era virtual. É extraordinário o impacto do desenvolvimento da cibernética, das redes de computadores, do comércio eletrônico, das possibilidades da inteligência

artificial e da vertiginosa difusão da internet sobre o campo do Direito, sobre a sociedade mundial e sobre os bens culturais do potencial massificador do espaço digital.

O principal criador da quinta dimensão de direitos fundamentais, segundo os autores Gustavo Vinícius Camin e Zulmar Fachin (2015, p. 25), é Paulo Bonavides, referindo que

A quinta dimensão de direitos fundamentais é uma criação de Paulo Bonavides, sustentada a partir do início da primeira década de século XXI. Este autor entende que a paz (oposto da guerra) deve ser erigida como um direito fundamental a compor uma nova dimensão.

Já para Sarlet (2016, p. 507) não há um consenso quanto ao conteúdo de uma quinta dimensão, esclarecendo que

Ao passo que para José Alcebíades de Oliveira Júnior e Antonio Wolkmer tal dimensão trata dos direitos vinculados aos desafios da sociedade tecnológica e da informação, do ciberespaço, da Internet e da realidade virtual em geral, para José Adércio Sampaio a quinta dimensão abarca o dever de cuidado, amor e respeito para com todas as formas de vida, bem como direitos de defesa contra as formas de dominação biofísica geradores de toda sorte de preconceitos.

Os autores Débora Aline Santos Alves, Werena de Oliveira Barbosa e Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas, mencionam que

Os direitos de quinta geração são conhecidos por direitos virtuais, no que diz respeito aos valores do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo como exemplo, a honra, a imagem, etc. Levando em consideração à evolução da cibernética e de tecnologia virtual assim como a internet. Entretanto outros doutrinadores apontam o direito à paz, seria o grande representando da quinta geração dos direitos fundamentais. (DÉBORA ALINE SANTOS ALVES ET AL, 2020, p.9)

Ainda, referente aos direitos de quinta dimensão, Gustavo Borges Silveira e Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias Carvalho, apontam que são

os “novos” direitos relacionados ao patrimônio genético, à biotecnologia e bioengenharia, tratando de questões relativas à vida humana, tais com reprodução humana assistida, aborto, eutanásia, transplantes de órgãos, engenharia genética (“clonagem”), contracepção, entre outros. (BORGES; CARVALHO, 2019, p. 196).

Há também os direitos de sexta dimensão, que de acordo com Marli Gaspari e Patrícia Francisca Duarte, se trata do direito ao acesso à água potável. As autoras afirmam que

O reconhecimento da água potável como um direito humano fundamental de sexta geração se justifica pela necessidade de uma maior proteção à água potável, a fim de que sua qualidade permaneça para garantir uma sadia qualidade de vida para os presentes e futuras gerações. (GASPARI; DUARTE, 2013, p.11)

Ainda, afirmam que o reconhecimento dessa sexta dimensão, “significa a valorização da água como um bem da humanidade, devendo ser disponibilizada para todos, tendo em vista estar correlacionada com o direito à vida.” (GASPARI; DUARTE, 2013, p.11)

De igual forma, Débora Aline Santos Alves, Werena de Oliveira Barbosa e Joseph Ragner Anacleto Fernandes Dantas, afirmam que acesso à água potável é considerada como sexta dimensão, e que

Consequentemente, deve se procurar instrumentos que objetivem garantir ao ser humano e às demais espécies o acesso à água potável, posto que este alcançou o status de direito fundamental. Dentre os principais problemas ambientais presentes no planeta terra, o mais inquietante, ou pelo menos um deles, é a insuficiência de água potável. Enfim, perante o exposto, observamos que as circunstâncias recentes ocorridas na humanidade, designam a positivação de um novo direito, o direito à água potável, julgado como direito universal. (ALVES; BARBOSA; DANTAS, 2020, p. 10)

Posto isso, após um breve apontamento sobre as dimensões, objetiva-se identificar o acesso à justiça dentro das dimensões, mencionando Artur Alves Pinho Vieira e Fernando Henrique Aguiar Seco de Alvarenga (2016, p. 50-51), que afirmam que

o acesso à justiça se encontra situado nos direitos fundamentais de segunda geração, caracterizando-se por ser um direito social, tipicamente prestacional, que demanda gastos do Estado para a sua concretização. Nessa linha de ideias, a garantia desse direito deveria ter sido implementada desde o início do Século XX, o que deixa claro o atraso do Brasil no que concerne à discussão da real eficiência do acesso à justiça. (...). As discussões da mesma natureza no Brasil só se iniciaram após a Constituição de 1988, especialmente no final dos anos 90, com considerável e irreversível atraso.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, eleva os direitos sociais à

condição de direitos fundamentais de forma definitiva. O acesso à justiça é um direito fundamental assegurado no artigo 5º da Constituição Federal¹, que prevê que o Poder Judiciário não excluirá da sua apreciação lesão ou ameaça ao direito, e ainda que o Estado prestará assistência integral e gratuita àqueles comprovadamente hipossuficientes.

O direito fundamental do acesso à justiça, acaba se tornando ineficaz se considerar que os demais direitos fundamentais previstos constitucionalmente não se concretizam. Não é suficiente que o Estado assegure direitos básicos, se o cidadão carente não consegue efetivamente fazer valer esses direitos. Por isso, o acesso à justiça é um elemento essencial para a concretização dos direitos fundamentais.

Por certo que o acesso ao Judiciário, por si só, não garante o efetivo acesso à justiça, apesar que o acesso à justiça por vezes significa o efetivo acesso aos tribunais. Nesse entendimento, a garantia a um resultado efetivo pouco importaria. O acatamento dos direitos fundamentais, através de uma sentença justa, efetiva, tempestiva, pode não ser fundamental para essa concepção puramente formal de acesso à justiça.

É de extrema importância para a análise do direito ao acesso à justiça a atuação do Estado, visto que uma sentença de mérito não é suficiente, exigindo-se que a manifestação judicial precisa ser adequada, caso contrário, trará consequências para o cidadão que teve seus direitos violados e/ou ameaçados. Dessa forma, o acesso à justiça efetivamente terá de ser cumprido.

Portanto, garantir o acesso à justiça pode ser reconhecido atualmente como requisito primordial de eficiência e validade de um sistema jurídico de garantia de direitos, por ser considerado o mais básico dos direitos fundamentais. Não apenas isso, mas também ser reconhecido como um direito humano, que merece total atenção por parte do Estado, para que proporcione a sua efetividade.

Seguindo o entendimento de que o acesso à justiça é considerado como um direito humano, pretende-se no próximo subcapítulo, realizar uma abordagem sobre o reconhecimento desse direito fundamental.

2.2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO

¹ XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Dada a importância do estudo sobre as dimensões dos direitos, da mesma forma é o reconhecimento do acesso à justiça como direito humano.

O conflito revela a tensão experimentada em sentido amplo. São inerentes às sociedades e a crise judicial em nada contribui para a resolução eficaz dos litígios. O Estado, detentor do poder de resolução desses conflitos, através do Poder Judiciário, não tem se apresentado como a melhor alternativa na solução de demandas, seja porque o acesso à justiça não é efetivo, seja pela demora no trâmite processual, ou ainda porque a resolução da lide por meio de uma sentença judicial se mostra insuficiente para o término do conflito. Em seus estudos, Thaise Nara Graziottin Costa (2017, p. 73) compreende que

O acesso à justiça e seus obstáculos não se resumem apenas à possibilidade de submeter o conflito ao crivo do Poder Judiciário, mas, segundo uma ótica mais abrangente da gestão da justiça, por exemplo, a justiça precisa dar mais atenção e celeridade aos instrumentos e às técnicas existentes, desburocratizar os processos e efetivar a satisfação dos seus usuários com a participação das partes na solução de seus conflitos de forma satisfatória. Isso passa pelos meios autocompositivos, como a conciliação e a mediação de conflitos.

Na concepção de Edith Ramos e Delmo Mattos, no Brasil, o problema do acesso à justiça, está principalmente na esfera do acesso das minorias à justiça bem como ao reconhecimento de direitos fundamentais (RAMOS, MATTOS, 2018, p. 577). Ainda, os autores citados mencionam que todo o trabalho, no que tange a concretização do direito de acesso à justiça como direito fundamental, requer cuidado diante das questões de ordem social e engloba outras inquietações como a efetivação dos demais direitos fundamentais e a valorização da dignidade da pessoa humana. O acesso à justiça, diante do princípio da dignidade da pessoa humana, está conectado aos Direitos Humanos mencionados brevemente no preâmbulo constitucional (RAMOS, MATTOS, 2018, p. 589-590).

Os direitos fundamentais por serem de grande importância, passaram a fazer parte do texto constitucional, tornando-se assim efetivo direito, o qual acolhe, dentre outros fins, o acesso à justiça (SARLET, 2015, p. 68-69). Nessa senda, Lília Maria de Moraes Sales (2010, p. 129), aponta que “em um Estado democrático de Direito, necessária se faz a concretização, dentre outros direitos fundamentais, do direito de acesso à justiça”. Assim sendo, um judiciário centralizado e burocrático, que esteja distante da população e que não oferece mecanismos de acesso à justiça, é

incompatível com a democracia (SALES, 2010, p. 129).

Em um breve contexto histórico, o primeiro documento que pode ser considerado de abrangência internacional que reconheceu o direito a uma efetiva e completa prestação jurisdicional foi a Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 6º, inciso I), a qual desde 1950, prevê que todo indivíduo tem o direito à prestação jurisdicional em prazo razoável. Inclusive, a Corte Europeia de Direitos Humanos, chegou a condenar os Estados signatários a indenizar os lesados pela demora excessiva na prestação da justiça (ANNONI, 2007, p. 6.683).

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica - 1969) em seu artigo 8º, inciso I, estabelece que todo indivíduo tem direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas, sendo o Brasil signatário desta Convenção, tendo-a ratificado em 1992 por meio do Decreto nº 678.²

Entretanto, apenas em 2004, através da Emenda Constitucional 45/2004, que o Brasil inseriu, dentre o rol constitucional de direitos fundamentais, a garantia a razoável duração do processo, demonstrando sua preocupação em combater a demora que afronta a justiça no país (ANNONI, 2007, p. 6.683).

Destaca-se, quanto ao surgimento do acesso à justiça, a citação feita por Monica Teresa Costa Sousa e Felipe José Nunes Rocha (2015, p. 364):

Em face das profundas transformações econômicas e políticas geradas pela globalização do capitalismo, que ocasionou uma maior complexidade dos conflitos coletivos, bem como o surgimento de novas demandas sociais, essa cultura jurídica entrou em uma fase de crise, sobretudo nos países de estruturas sócio-políticas periféricas como o Brasil. Diante desse quadro crítico, diversos estudiosos, não só da área do Direito, engajaram-se em propor soluções para os problemas que atingem o Poder Judiciário, culminando no que se convencionou chamar de “acesso à justiça”.

O que se percebe é que o acesso à justiça no Brasil é tido como garantia de processo e não de direito, bem como não há celeridade e igualdade entre todos os cidadãos. Por isso, deve estar claro que a expressão “acesso à justiça” não significa somente o ingresso de demandas no Poder Judiciário, mas a rápida decisão e a constatação de que a decisão é justa quando traz em tempo hábil a segurança do

² Artigo 8º - Garantias judiciais 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza (CONVENÇÃO..., 1969).

direito de quem clama pela proteção e tem seu exercício de cidadania respeitado. Por certo que a demora excessiva para a conclusão do litígio se traduz em injustiça. Portanto, se a justiça não é efetiva, prática e célere, deixa de ser justa e se torna um processo de injustiças, sendo o cidadão refém dos trâmites lentos do Judiciário.

Para Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 12), o acesso à justiça é o mais básico dos direitos humanos, devendo ser visto como condição fundamental de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas declarar direitos.

No tocante ao direito fundamental ao acesso à justiça, Lília Maria de Moraes Sales (2010, p. 130), abordando os ensinamentos de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, aponta que o acesso à justiça deve ser visto sobre a perspectiva do acesso formal e do acesso material. Significa dizer que, o acesso material se traduz na justiça propriamente dita, que se concretiza através do processo judicial, bem como por outros meios de solução de conflitos. Quanto ao acesso formal, se trata do ingresso ao Poder Judiciário através de uma ação judicial. A autora ainda refere que “o Estado tem o monopólio da jurisdição, mas não tem o monopólio da Justiça”.

Sem que haja igualdade entre as partes e efetivo acesso à justiça, não há como falar em garantias constitucionais a direitos fundamentais. Portanto, a igualdade deve ser o principal meio de ampliação do acesso ao judiciário, a fim de permitir, de forma igualitária, a resolução dos conflitos pela norma legal. E mais, é preciso que o judiciário esteja disposto a efetivar direitos de forma justa.

Importante reflexão é feita por Fabiana Marion Spengler (2016, p. 36), no tocante a crise jurisdicional, afirmando que as questões da jurisdição e suas crises advém da crise do Estado. E em razão disso, essa crise acaba sendo transferida para todas as instituições, eis que as normas são escritas pelo Legislativo e aplicadas pelo Judiciário.

Atrelado ao monopólio do Poder Judiciário está o direito de acesso à justiça dos cidadãos que necessitam concretizar essa prerrogativa para ver satisfeitos os seus direitos; todavia, nem sempre isso ocorre, seja por obstáculos que os impedem de serem exercidos, seja porque a função jurisdicional está sofrendo inúmeras crises (WÜST, 2014, p. 15).

Previsto na Constituição Federal de 1988, o acesso à justiça não constitui o mero ingresso de demandas processuais, mas decisões mais justas, céleres e técnicas. Ainda, abarca uma maior proximidade dos cidadãos com a legislação, com

o órgão julgador e com as sentenças destinadas a solucionar os litígios. Caroline Wüst (2014, p. 15) expõe que:

(...) Mauro Cappelletti e Bryant Garth propuseram três ondas renovatórias de universalização do acesso à justiça. A primeira refere-se à assistência judiciária aos menos favorecidos economicamente; a segunda prevê a representação jurídica dos interesses difusos e coletivos através do combate ao sentido individualista do processo e da justiça; a terceira e mais importante para esta pesquisa consiste em um novo “enfoque de acesso à justiça”, que tem a finalidade de ampliar a concepção de acesso por meio de novas alternativas para o enfrentamento de situações conflituosas. Em consequência, métodos alternativos de resolução de disputas despontam como procedimentos eficazes, pois enxergam e trabalham o conflito adequadamente desde o seu limiar, reconhecendo-o como problema e procurando alternativas responsáveis para o seu tratamento.

Esse entendimento se mostra prudente pois a disponibilidade de outros meios de resolução dos conflitos, além de economia traz uma satisfação efetiva frente ao litígio.

A centralização jurídica criada para administrar conflitos de natureza individual e civil se mostra incapaz de apreciar devidamente conflitos coletivos de dimensão social. A crise do Judiciário não mais é que a crise política dos canais de representação dos interesses coletivos presentes nas democracias burguesas representativas (WOLKMER, 2015, 103-105).

Ao analisar a crise jurisdicional, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2011, p. 65) apresentam duas vertentes:

(...) a crise da eficiência e a crise de identidade e todos os reflexos a elas correlatos, principalmente o fato de que sua ocorrência está vinculada a um positivismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum. (...). No entanto, o monopólio da jurisdição deixa gradativamente de pertencer ao Estado, principalmente em função da crescente e completa litigiosidade fomentada pelas contradições sociais, das quais a marginalização e a exclusão são consequências. Além do aumento considerável litigiosidade, a burocracia estatal agiganta e a produção legislativa acontece de modo desenfreado.

Com referência a crise de identidade, esta pode ser vista como um embaçamento do papel judicial como mediador central de conflitos, perdendo espaço para outros centros de poder, talvez mais aptos a cuidar da complexidade dos conflitos, mais apropriados em termos de tempo e espaço. Certo é que os meios disponíveis na legislação brasileira, para tratar de conflitos atuais, são instrumentos e códigos muitas vezes ultrapassados, ainda que formalmente em vigor, com pouco

alcance e eficácia reduzida (SPENGLER, SPENGLER NETO, 2011 p. 66).

Essa crise de identidade do judiciário se dá em razão da sua racionalidade técnico-dogmática, que não consegue seguir as mudanças sociais. Nesse sentido Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 106) explica que a

crise de identidade do Judiciário condiz com as próprias contradições da cultura jurídica nacional, construída sobre uma racionalidade técnico-dogmática e calcada em procedimentos lógico-formais, e que, na retórica de sua “neutralidade”, é incapaz de acompanhar o ritmo das transformações sociais e a especificidade cotidiana dos novos conflitos coletivos.

Portanto, está claro que existe um desacerto entre a oferta e a procura, o que gera uma frustração geral, em virtude da morosidade e da ineficiência dos serviços judiciais, quando não da negação para a população mais carente (SPENGLER, SPENGLER NETO, 2011 p. 67).

Frisa-se, o acesso à justiça é considerado um direito fundamental, previsto constitucionalmente como um instrumento de inclusão social, de efetivação de direitos e de concretização de uma vida digna, mesmo havendo obstáculos de cunho econômico, processual e institucional para sua real efetivação (SILVA; THIBAU; MACHADO, 2015, p. 389).

Assim, cabe mencionar a análise feita por Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2011, p. 67-68), no que tange a crise de eficiência por qual passa o judiciário:

No mesmo contexto, a crise de eficiência da jurisdição é consequência de outros pontos de ruptura: primeiramente, uma crise estrutural, trazida pelas dificuldades quanto à infraestrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de cursos: posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão de procedimentos e o acúmulo de demandas.

Essas limitações privam inúmeras pessoas de ter acesso a tutela jurisdicional, causando danos de diversas formas, trazendo apreensão e descrédito no Poder Judiciário.

Ainda, quanto a crise de eficiência da jurisdição, a qual é consequência de outros pontos, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2011, p. 67-68), dispõe

(...) primeiramente, uma crise estrutural, traduzida pelas dificuldades quanto à infraestrutura de instalações, de pessoal, de equipamentos, de custos; posteriormente, pode-se verificar uma crise objetiva, especialmente relacionada à linguagem técnico-formal utilizada nos procedimentos e rituais forenses, a burocratização, a lentidão dos procedimentos e o acúmulo de demandas. Ainda, a crise subjetiva ou tecnológica se verifica ante a incapacidade dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com novas realidades fáticas que exigem não só reformulações legais, mas também a mudança cultural e de mentalidade, especialmente quanto ao mecanismo lógico-formal que já não atende – se é que algum dia atendeu – às respostas buscadas para os conflitos contemporâneos. Por fim, vem a crise paradigmática, que diz respeito aos métodos e conteúdos utilizados pelo Direito para buscar o tratamento pacífico dos conflitos partindo da atuação prática do direito aplicável ao caso *sub judice*.

Portanto, o acesso a um processo justo, com a garantia à uma justiça imparcial que permite a efetividade da tutela dos direitos, considerando as diferentes posições sociais e as especificidades do direito, perfaz o real acesso à justiça.

Também, Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto (2011, p. 68-69) apontam que da crise de identidade advém de outros três grandes problemas que influenciam a crise de eficiência, podendo ser resumidos como uma separação entre a realidade social, econômica e cultural da qual surgem os conflitos e a realidade legal ultrapassada. Afirmam também, que a legislação mais moderna esbarra em uma cultura profissional dos operadores de Direito, os quais sofrem excessivo individualismo e formalismo. Esse individualismo se apresenta de forma que os direitos dos indivíduos estão acima dos direitos da Comunidade, e quanto ao formalismo este decorre do apego ao conjunto de ritos e procedimentos burocratizados e impessoais em nome da certeza jurídica e da segurança do processo.

Além dos problemas que influenciam na crise de eficiência, necessário mencionar que para os que conseguem ter acesso à justiça, esta não é efetiva, pois nem sempre há a observância das garantias constitucionais, deixando de atender o critério de justiça, ou seja, ter acesso a uma tutela jurisdicional justa. Por isso, que o acesso à justiça não tem por objetivo apenas possibilitar que todos possam buscar o judiciário, mas sim que a justiça possa ser efetivamente realizada, de forma imparcial e efetiva para ambas as partes. E isso ocorre, por exemplo, quando não há uma duração razoável do processo, já que a solução tardia não se revela mais como adequada ou resolutiva.

Posto isso, cabe dizer que ter acesso à justiça não se traduz no simples ingresso processual, mas ter uma resposta em tempo razoável, de forma a atender

efetivamente os direitos resguardados pela legislação. Uma resposta demorada pode ser ineficaz para o caso, causando um prejuízo sem reparação.

Sendo assim, o tempo precisa ser considerado enquanto um problema que influencia o efetivo acesso à justiça, pois ter que aguardar anos por uma decisão judicial é uma situação que coloca em risco o próprio direito pleiteado, direito este que poderia sucumbir na própria espera da apreciação judicial, devido a sua excessiva demora.

Em tempos em que se discute o “tempo” como valor jurídico, importante contribuição sobre Dano Temporal é trazida por Gustavo Borges e Maurilio Casas Maia (2019, p. 203):

Há pouco tempo, o desvio e a supressão temporal eram tratados pela jurisprudência como um mero dissabor da vida, algo desprovido de importância jurídica indenizatória. Todavia, tal posicionamento está sendo objeto de reflexões críticas, propiciando uma nova visão enaltecida do tempo gasto pelas pessoas para solucionar seus inconvenientes como indenizável. Este novo parâmetro doutrinário é sentido na incipiente jurisprudência que vem apresentado mudança para o fim de estabelecer novas balizas e obrigações de indenizar àqueles que se assenhoram indevidamente do tempo alheio, como se pôde verificar nos últimos anos.

Nessa senda, cabe a citação de Vitor Fonsêca (2019, p. 334) no que se refere a responsabilidade do Estado na demora excessiva do trâmite processual das demandas:

Há 3 elementos tradicionais para se verificar a razoabilidade do prazo:

- 1) a complexidade do assunto;
- 2) a atividade processual do interessado; e
- 3) a conduta das autoridades judiciais. A partir de 2008, surgiu um quarto e novo critério:
- 4) os efeitos gerados pela duração do processo na situação jurídica da pessoa envolvida.

Ainda, o autor citado (2019, p. 342), no que se refere à razoável duração do processo, aponta que “inclui a responsabilidade interna do Estado por perdas e danos decorrentes por demora excessiva no processo, especialmente após o REsp n. 1.383.776 do STJ, o que inclui danos materiais e danos morais.”

O problema de “tempo” do trâmite processual no Brasil não é recente, vem se arrastando há muito tempo, gerando uma justiça falha, negando-se o direito do indivíduo de usufruir aquilo que buscou na justiça, gerando assim, um contingente de excluídos da justiça e não do Judiciário.

Dessa forma, é cristalino que o acesso à justiça, previsto na legislação, traduz também o respeito a outras normativas que exprimem a aplicação efetiva do direito, como a duração razoável do processo.

Há outra situação relevante, que é o fato de que o tempo de espera processual acaba por interferir na concepção processual, pois há um excessivo ingresso de processos cautelares que procuram antecipar “direitos”, que são utilizados a fim de garantir o mínimo de direito.

Para uma correta interpretação da expressão “razoável duração do processo” deve ser levado em consideração o critério objetivo, visto que o ordenamento processual prevê diversas garantias através de recursos que podem protelar a duração média dos processos. Em razão disso, para se chegar a um consenso deve ser analisado o caso concreto e, depois disso, verificar qual o tempo quantitativamente aceitável para solução da demanda, pois uma decisão judicial por mais justa e correta que venha a ser, pode se tornar ineficaz quando reconhecida de forma tardia, e aí não mais irá fazer diferença o reconhecimento ou não daquele direito pleiteado. A entrega da prestação jurisdicional em tempo oportuno confere credibilidade ao Estado (SPENGLER, SPENGLER NETO, 2011, p. 67).

Para maioria das pessoas, a judicialização da demanda ainda é tida como o principal meio de resolução de conflitos, o que faz com que haja a confusão do princípio constitucional do acesso à justiça com o acesso à atividade jurisdicional do Estado (ZANFERDINI, 2012, p. 237-253).

Assim, considerando as dificuldades de acesso à justiça, a doutrina passou a incentivar e defender que o Brasil deveria adotar um modelo sistematizado para resolução de conflitos. Diante disso, instituiu-se no país, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo a solução por autocomposição.

Destarte, o ideal de justiça para Fernanda Tartuce (2016, p. 93) é a busca de direitos fundamentais, notadamente o respeito e a proteção da vida humana, e a dignidade do homem, diante da existência de um consenso social:

É pertinente a afirmação de que o pressuposto da ideia de justiça para o Direito é a existência de um consenso social acerca, pelo menos, das ideias fundamentais da justiça, sendo seus postulados, de evidência imediata: o respeito e a proteção da vida humana e da dignidade do homem; a proibição da degradação do homem em objeto; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Mauro Cappelletti e Bryan Garth (1988, p. 8) fazem relevante esclarecimento acerca do significado da expressão “Acesso à Justiça”:

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

Logo, o acesso à justiça se tornou imparcial somente com a estruturação do Estado, o qual, gradativamente, assumiu o controle social, caracterizando a atividade de resolver conflitos público, mediante a jurisdição exercida pelo processo, que objetiva precipuamente pacificar conflitos (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2012).

Com efeito, compreendeu-se que o acesso à justiça dar-se-ia pelo Poder Judiciário, instituído como um dos poderes do Estado, conforme lecionam Fernanda Medina Pantoja e Rafael Alves de Almeida (2016, p. 55) acerca do conceito do referido poder:

Sem dúvida, uma das grandes conquistas da civilização foi justamente a assunção, por um dos Poderes do Estado – o Judiciário – do poder-dever de prestar com exclusividade a jurisdição. Consiste a atividade jurisdicional, promovida por meio do processo judicial, na intervenção de um juiz em um conflito entre duas ou mais partes, impondo-lhes uma solução conforme a lei.

Ressalta-se que, com a criação do Poder Judiciário, os reflexos da expansão do movimento de acesso à justiça foram disciplinados na Constituição Federal Brasileira de 1988, no artigo 5º, incisos XXXV e LXXVIII.³

A motivação para a existência do Poder Judiciário é a aplicação do direito de forma independente, buscando veemente a pacificação social. As garantias que lhe foram conferidas, foram outorgadas como prerrogativas para o justo, independente e seguro cumprimento constitucional (SENA, 2007, p. 93).

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

[...]

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Para Marcelino da Silva Meleu (2014, p. 204-205) a alteração no artigo 5º da Constituição Federal garante na esfera judicial e administrativa uma razoável duração do processo bem como os meios para a celeridade de sua tramitação. Além de ser uma resposta à crise da prestação jurisdicional também serviria para contribuir na ampliação do acesso à justiça, possibilitando a materialização de direitos com qualidade em um lapso temporal razoável.

Entretanto, a partir da criação do Poder Judiciário, a busca pela justiça passou a ser vista somente como um critério formal e não material, conforme aduz Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 43):

Quando se pensa em acesso à justiça, muitas vezes, tem-se uma visão estreita do tema, limitando-se apenas ao seu aspecto formal, qual seja, o de ter a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito de que se é titular. Este aspecto, de inegável importância - pois, sem ingressar com a ação, é impossível obter a realização do direito ameaçado ou violado - corresponde ao conceito de acesso à justiça em sentido formal, mas não abarca o seu sentido material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justas.

Com efeito, recorrer ao Poder Judiciário nos dias de hoje não é mais uma garantia de efetividade, mas de adequação do resultado para satisfação do indivíduo que busca a pacificação social:

A ideia de acesso à justiça é ampliada, pois percebe-se que, não mais a mera possibilidade de recorrer ao judiciário é suficiente para a efetividade do direito perseguido, mas a adequabilidade do resultado para a satisfação do indivíduo com fulcro na pacificação social, como objetivo a ser buscado pelo Ordenamento Jurídico, bem como a edificação da dignidade da pessoa humana (SILVA; THIBAU; MACHADO, 2015, p. 392).

Tais considerações confirmam que a alta litigiosidade se dá a partir de uma exagerada e forçosa interpretação da garantia constitucional do acesso à justiça, por ser visto como sinônimo do princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (NASCIMENTO JÚNIOR, 2017).

Além disso, Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 289) refere que a solução imposta na esfera judicial é impositiva, procedendo-se em um resultado perde/ganha, onde normalmente uma das partes conflitante ficará insatisfeita, uma vez que não há possibilidade de empate no litígio, conforme preceitua:

No processo judicial, a solução é imposta pelo Estado-juiz. Trata-se de uma solução impositiva. Verifica-se, pois, uma ação de impor, de estabelecer, de obrigar, de infligir. O resultado consubstancia-se numa determinação, numa ordem, numa injunção. O juiz, ao pronunciar uma decisão ou proferir um julgamento, ou acolherá ou rejeitará o pedido formulado pelo autor. Quando muito, poderá acolher e rejeitar em parte. Jamais terá, pela sistemática vigente, a possibilidade de julgar empatada a demanda. Assim, verifica-se que sempre haverá um ganhador e um perdedor. Estar-se-á, pois, diante do que se costuma chamar de ganha/perde.

Os principais obstáculos para a efetivação do acesso à justiça pelo Estado, são citados por Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1998), como problemas estruturais, sendo estes as custas judiciais, neste campo estando presente inclusive os honorários advocatícios, as custas que possibilitam o andamento processual, e o alto custo de pequenas causas, além do tempo de resolução de todas as lides; a distância social, cultural e econômica que existe entre as partes, além de outros fatores como a dificuldade em representar os interesses difusos e da coletividade.

Nesse sentido, Danilo Ribeiro Silva dos Santos e Aline Simonelli Moreira (2017, p. 497), apontam que o acesso à justiça deve ser refletido com responsabilidade, possibilitando ao cidadão o acesso à justiça não-estatal, ou seja, outros meios para a resolução do seu conflito.

A incapacidade do Judiciário em atender adequadamente às crescentes demandas, a demora excessiva na decisão dessas demandas e, ainda, uma decisão que efetivamente solucione o conflito, demonstram a necessidade de se considerar os meios alternativos de solução de conflitos como opção mais coerente para a crise judiciária que se apresenta atualmente, tendo em vista que vêm se evidenciando como formas vantajosas, econômicas e céleres de pacificação social.

Muito embora temos que o acesso a uma ordem jurídica justa demonstra necessariamente uma garantia de que o Estado proporcionará instrumentos para que haja decisões justas, verifica-se que o Estado não é mais o único detentor da justiça, podendo ser buscado outros meios mais adequados e eficazes para resolver o conflito e de igual forma efetivar o acesso à justiça. Nesse compasso:

A solução de conflitos na sociedade é algo discutido há muito tempo. Em que pese na atualidade o Estado ser o detentor da jurisdição, não se pode olvidar da existência de outras formas de resolução de conflitos – arbitragem, conciliação, mediação – que muitas vezes se compatibilizam de forma mais adequada às peculiaridades de cada caso e especialmente se mostram mais eficazes do ponto de vista do acesso à justiça (SILVA; THIBAU; MACHADO, 2015, p. 392).

Desta forma, considerando-se a saturação do Poder Judiciário para a resolução das demandas processuais, e que em decorrência disso, muitas vezes não é dada a atenção ao conflito estabelecido, mas tão somente a tomada de decisão do processo numerado, as novas técnicas de resolução de conflitos vêm sendo, cada vez mais, fomentadas e difundidas.

Essa “desatenção por parte do Estado no que concerne à solução de conflitos faz com que a própria população busque meios alternativos para resolver suas querelas” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 27).

Isso porque, esses modelos se embasam em soluções racionais, que promovem a emancipação dos sujeitos de direito, ou seja, permitem que os litigantes de forma consciente, tenham liberdade para escolherem como desejam solucionar suas demandas. Ainda, através desses métodos de solução de conflitos, se busca evitar o excesso de judicialização dos litígios, que constituem um grande problema para o Estado. E não somente isso, pois a contribuição dos meios adequados de resolução de conflitos torna-se essencial para a ampliação do acesso à justiça, rompendo com o paradigma do contencioso, mostrando que é possível acessar e realizar a justiça sem que seja necessariamente pela via dos Tribunais.

No subcapítulo a seguir, abordar-se-á sobre o pluralismo jurídico, através do qual há o surgimento de novos meios de jurisdicionalização, partindo-se da descentralização do Estado como único legitimado para a aplicação do direito.

2.3 O PLURALISMO JURÍDICO E A PRODUÇÃO NORMATIVA

A partir de toda essa crise do sistema judicial, mostra-se necessária a construção de um novo paradigma, buscando transformar a cultura do litígio em uma cultura de pacificação. E isso aponta para a construção de novas práticas cotidianas com novos “atores sociais”, através do pluralismo, que na compreensão filosófica “reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade” (WOLKMER, 2015, p. 186).

A eficácia desses grupos ou associações voluntárias dependerá do grau de liberdade de suas articulações e mobilizações em função de lutas que objetivam reivindicações idealizadas (WOLKMER, 2015, p. 189). O surgimento do pluralismo

jurídico é relatado por Sara Araújo (2019, p. 1):

O termo pluralismo jurídico foi cunhado nos anos 1970, mas já no início do século XX, o conceito de direito vivo, desenvolvido por Eugen Ehrlich, designava o que, um texto seminal de John Griffiths, publicado nos anos 1980, viria a designar por ideologia do centralismo jurídico, isto é, a convicção de que a produção e a administração do direito são monopólio do estado. No referido artigo, Griffiths armava peremptoriamente que o pluralismo jurídico é o facto e o centralismo jurídico um mito, uma ilusão. O reconhecimento e a disseminação do conceito de pluralismo jurídico devem muito à antropologia e à sociologia do direito, que lhe acrescentaram uma dimensão empírica, identificando e descrevendo a coabitação de múltiplos sistemas jurídicos, primeiro, em contextos coloniais e pós coloniais e, mais tarde, em sociedades industrializadas no Norte; numa primeira fase, concebendo como estáticas e paralelas as diferentes ordens jurídicas, vindo a reconhecer, posteriormente, a onnipresença de uma dimensão dinâmica. O pluralismo jurídico refere-se a ordens jurídicas que não só coexistem, como interagem. As paisagens da justiça são caleidoscópicas e marcadas, com maior ou menor intensidade, por aquilo a que Boaventura de Sousa Santos chamou interlegalidade. Os híbridos jurídicos são, pois, frequentes e podem invadir a esfera do Estado, dando lugar a situações que, na teoria do referido autor, indicam um Estado heterogéneo.

Tem-se que o direito moderno traduz a formação social e económica, e assim sendo, forma-se entre a legalidade estatal e a centralização burocrática. Ao Estado, através de seus órgãos validados legalmente, dá-se a autonomia para legislar e julgar, com base em uma legislação geral e abstrata, que forma o direito positivo. Legitima-se essas regras em razão de terem sido criadas em consonância com os mecanismos processuais estabelecidos pelo ordenamento, que estabelece punição pela falta de observância, mas não pela eficácia e reconhecimento espontâneo da comunidade (WOLKMER, 2015, p. 48).

Na obra “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito”, o autor Antônio Carlos Wolkmer, esclarece que a condição para implemento de um novo modelo da normatividade sugere o caminho do pluralismo, o qual deve se revelar comunitário, participativo e democrático, de forma a absorver e transformar carências e necessidades na institucionalização de “novos” direitos (WOLKMER, 2015, p. 170).

A abrangência dos novos direitos, validados de forma consensual, não estão previstos nem sancionados por procedimentos técnicos-formais, pois se refere a direitos que surgiram pelas condições de vida bem como pelas exigências de necessidades que precisam ser solucionadas (WOLKMER, 2015, p. 179). Neste contexto, Lucas Machado Fagundes (2016, p. 172), em análise da obra “Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura do direito”, de Antônio Carlos Wolkmer, afirma que:

(...) os pilares teóricos representam a efetivação de mecanismo concretos que traduzem as manifestações sociais em diferentes realidades, guardando como horizonte a emancipação social e a produção do direito que questione, critique e transforme as relações sociais na busca de uma lógica de justiça com a satisfação das necessidades fundamentais, enfim, um instrumento para reflexão que considera as práticas de justiça alternativas como formas de reinvenção do espaço público e das relações sociais e jurídicas.

Em razão do monismo jurídico que denota que o Direito é criação do Estado, tem-se que todo Direito Estatal é positivado. Essa positividade, tida como método de criação, abstrato e regularidade objetiva, é a marca do Direito Estatal. Em contrapartida, “o pluralismo jurídico não só deixa de associar o Direito com o Direito Positivo, como, sobretudo, admite a existência do Direito sem o Estado e, mais ainda, que pode existir até Direito Positivo sem Estado e equivalente ao do Estado” (WOLKMER, 2015, p. 74).

Referindo-se ao pluralismo jurídico Thadeu Augimeri de Goes Lima (2018, p. 265), menciona que o pluralismo jurídico suporta um leque de “análises distintas e inclusive descoincidentes entre si, orientadas por referenciais teóricos e metodológicos os mais variados”. Refere que pluralismo não aceita a “superioridade do direito ocidental em relação aos fenômenos jurídico-regulatórios presentes nas demais sociedades”.

Importante contribuição é trazida por Flávio Bortolozzi Junior (2010, p. 29) no tocante a teoria do pluralismo jurídico

A doutrina do pluralismo jurídico busca contribuir para uma evolução do direito moderno, vez que reconhece a sociedade como fonte de Direito e confronta dogmas jurídicos instaurados pela sociedade burguesa-individualista dos séculos passados. É neste sentido, de evolução jurídica, não só no campo teórico-filosófico, mas principalmente na práxis jurídica, na efetividade social do Direito, que o pluralismo mostra-se uma opção concretizável.

Posto isso, se configura o pluralismo jurídico por meio de lugares públicos abertos e compartilhados, de forma democrática, onde podem participar, de forma direta, cidadãos que são considerados excluídos, porém possuem legitimidade de impor novos direitos, que atendam suas necessidades, possibilitando que suas vontades sejam atendidas (WOLKMER, 2015, p. 82).

Quando a sociedade não vê suas demandas e litígios resolvidos pelo Estado, acaba criando meios próprios para solucionar esses problemas, e estes, por vezes, se revelam mais efetivos e justos do que o poder jurídico estatal

(BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 29). E nesse contexto, relata Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 95) que

Na evolução do ordenamento jurídico nacional coexistiu, desde as origens da nossa colonização, um dualismo normativo corporificado, de um lado pelo Direito do Estado e pelas leis oficiais, produção dos interesses das elites privadas e dos setores sociais dominantes, e, de outro, pelo Direito Comunitário não estatal, obstaculizado ou negado pelo monopólio do poder oficial, mas gerado e utilizado por grandes parcelas da população, por setores discriminados e excluídos da vida política do país.

Cabe mencionar que, não somente em razão de um Estado, culturalmente litigioso e que dificulta o acesso dos cidadãos aos tribunais, mas há diversos outros obstáculos para a resolução dos conflitos: os econômicos, os sociais e os culturais (COSTA, 2017, p. 75).

A crise do Judiciário significa o colapso político de representação dos interesses coletivos que estão presentes nas democracias burguesas representativas (WOLKMER, 2015, p. 105). Como bem expressa Antônio Carlos Wolkmer,

Se o Direito, enquanto instrumental técnico de regulação de controle, adquire formato universal que pode ser compartilhado por múltiplas organizações sociais ou distintas experiências comunitárias, independente de seu estágio de produção material e de alcance cultural, distintamente, pelo ângulo de seu conteúdo, impõe-se precisar as particularidades que separam o sistema jurídico do outro. Isso está claro quando se prioriza o Direito não apenas como estrutura normativa, mas como uma relação social, reflexo cultural da confluência de uma determinada produção econômica com as necessidades da formação social da estrutura de poder predominante e do nível de colonização (WOLKMER, 2015, p. 87).

Sabe-se que o Poder Judiciário, analisando-o historicamente, não possui uma independência criativa e adiantada no que tange as dificuldades políticas e sociais, e frisa-se, são graves os problemas que enfrentam o referido órgão.

A prova de que, em certos casos, o poder jurisdicional abstém-se de julgar traduz apenas uma visão da crise de eficácia que atravessa o Poder Judiciário, dentro de uma conjuntura mais extensa da crise de legalidade estatal monista (WOLKMER, 2015, p. 109). Agindo assim, o Estado, que deveria dar uma solução adequada ao conflito, acaba por agravar ainda mais o litígio.

Em uma análise dos movimentos sociais, pode se constatar que sua abrangência não está limitada apenas a uma resposta à escassez e omissão dos excluídos, das forças produtivas e das relações hegemônicas (WOLKMER, 2015, p.

149).

A questão essencial no que se refere os movimentos sociais e organizações comunitárias não estatais, não é ser ou não institucionalizadas, mas sim na disposição de romperem com o padrão que os oprimem e estabelecerem nova identidade coletiva, com base participativa e autônoma, que atendam às necessidades fundamentais desses grupos sociais.

Incluindo novos sujeitos no debate, tem-se uma aproximação do Direito da realidade social, o que facilitaria “a retirada das barreiras entre as classes sociais, permitindo especialmente que vulneráveis participem e assumam mais protagonismo nos campos social, político e jurídico” (KRELL; ALMEIDA; FREITAS, 2017, p. 13). Nesse sentido, Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 151), dispõe que

A constituição de identidades coletivas e espontâneas, autônomas e diferenciadas tem, de um lado, a rejeitar procedimentos formalizados e padrões hierarquizados representados pelo mecanismo de delegação mandatária, e, de outro lado, a superar o quadro institucional vigente marcado classicamente pelo poder coordenador do Estado.

Aliado a esse entendimento, importante contribuição é feita por Olga Jubert Gouveia Krell, Plínio Régis Baima de Almeida e Janaina Helena de Freitas (2017, p. 10) que afirmam:

Ao reconhecimento da universalidade de direitos deve-se estender o reconhecimento de novas formas de interação social, como potência emancipatória e concretizadora das transformações da sociedade. Nesse contexto, insere-se o pluralismo jurídico como teoria que propõe o reconhecimento de um direito paralelo ao oficial, produzido no seio social, que foge de uma legalidade estrita, mas que exararia, em alguns casos, maior legitimidade do que as normas produzidas pelos entes estatais.

Resta evidente que a visão do pluralismo jurídico é aproximar a sociedade do Direito, mas não do direito positivado, que é inútil e injusto, mas daquele direito que é real e eficaz, justo, que respeita as minorias e a multiculturalidade (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 30).

Tendo por base as experiências rotineiras dos indivíduos e da coletividade, seja devido as suas relações sociais autônomas ou por influências de instituições, estes acabam direcionando a escolha dos valores, interesses e carências (WOLKMER, 2015, p. 172). Assim, compreendendo que os interesses reais as necessidades materiais e históricas, exteriorizados por novas sociabilidades humanas

que possuem racionalidade e inteligência, anseios e frustrações, surge uma nova visão de juridicidade, que já não mais se harmoniza com os direitos estatais previstos no nosso ordenamento jurídico. E “esses “direitos comunitários” tem sua eficácia na legitimidade dos múltiplos “corpos societários” existentes nos distintos espaços cotidianos (WOLKMER, 2015, p. 172).

Nessa senda, Olga Jubert Gouveia Krell, Plínio Régis Baima de Almeida e Janaina Helena de Freitas (2017, p. 13) mencionam que

O pluralismo jurídico trabalha com a construção de uma nova cultura jurídica voltada para o reconhecimento de práticas que surgem dentro da sociedade. Assim, ele se contrapõe ao monismo jurídico, mas não por negar o Direito Estatal, como conclusão equivocada a que chegam alguns, e sim por referendar outras formas de manifestações jurídicas que não somente as originárias de produções legislativas “oficiais”. Esta é a vertente trabalhada na proposta de Wolkmer: um pluralismo jurídico fundado numa cultura comunitária participativa.

Esse sistema, baseado na figura do Estado como única fonte de direito, encontra-se totalmente ultrapassado, sendo notório que não atende mais as demandas da sociedade. Essa sociedade que é marcada por alto grau de mutabilidade e multiculturalidade (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 29).

Como outra modalidade de prática jurídica, mencionada por Antônio Carlos Wolkmer (2015, p. 240), “que se insere dentro de um contexto maior de pluralidade legal é a forma descentralizada e popular da Justiça Comunitária”.

O objetivo, de acordo com o autor, é buscar resolver certos conflitos no âmbito da comunidade, como uma alternativa aos “tradicionais processos de administração da justiça vinculados ao aparelho do Estado” (WOLKMER, 2015, p. 240). Nesse contexto, cita o constitucionalismo andino como exemplo:

As mudanças políticas e os novos processos de luta social em países latino-americanos, em particular na região Andina, não apenas gerou novas Constituições que se materializaram novos sujeitos sociais, realidades nacionais e práticas inovadoras de Justiça Popular, mas também sugeriu que, dada a diversidade de culturas minoritárias e a força incontestável dos povos indígenas do continente, um novo paradigma de Constitucionalismo, que pode ser designado Constitucionalismo pluralista (WOLKMER, 2015, p. 245).

O pluralismo jurídico é uma realidade que não deve ser objetada, visto que objetiva uma democratização e socialização do Direito, devendo ser visto como uma evolução jurídica, embora ainda não compreendida corretamente por aqueles que

acreditam apenas na legislação monista.

Para Lia Cordeiro Felismino (2010, p. 8485) há uma negação da existência do pluralismo pelo positivismo jurídico:

Apesar da sociologia evidenciar a existência de um pluralismo jurídico nas sociedades atuais, para a Ciência Jurídica propriamente dita, a existência desse pluralismo pressupõe o entendimento do conceito de direito. Assim, o positivismo jurídico nega a existência do pluralismo porque entende, entre outras coisas, que a diferença entre as normas jurídicas e as sociais reside no fato de aquelas serem impostas pelo Estado, que detém, igualmente, o monopólio da sanção em caso de descumprimento.

Cabe mencionar que a intenção do pluralismo jurídico “não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das formas jurídicas que podem existir na sociedade” (WOLKMER, 2015, p. 261). Assim sendo,

(...) o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semiautônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas ou sistemas normativos distintos que definem ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporados e controladas pelo Estado (WOLKMER, 2015, p. 261).

E dentre alguns dos procedimentos alternativos “institucionalizados” que podem ser apropriados, explorados e utilizados pelos novos sujeitos sociais de juridicidade, cabe privilegiar: a) a produção normativa institucionalizada (convenções coletivas do trabalho; ações propostas por sujeitos coletivos); b) a resolução dos conflitos institucionalizada (conciliação, mediação, arbitragem e juizados especiais; “prática” e “uso” alternativo do direito) (WOLKMER, 2015, p. 336).

A partir do momento que o órgão responsável pela solução dos conflitos deixa de ser eficaz tanto no acolhimento dos litígios quanto na resolução dos mesmos inerentes às necessidades engendradas por novos atores sociais, se torna necessário e natural a instituição de novas instâncias extrajudiciais, baseadas na informalidade, autenticidade, flexibilidade e descentralização (WOLKMER, 2015, p. 357). Importante mencionar que

não se trata da falência do Estado, mas sim de uma profunda transformação. Este é necessário para a paz social, no entanto, não pode presumir-se único e onipotente na função de criação de normas jurídicas, mesmo porque está distante das necessidades sociais e de sua dinâmica. A emergência de novos

atores no cenário da confecção jurídica já é factual e deve o jurista desamarrear-se de antigos dogmas individualistas, que já não mais condizem com a realidade e com a necessidade da sociedade, e buscar a consolidação da Justiça Social como forma de evolução jurídica” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 30).

Ainda, o pluralismo jurídico, como perspectiva interdisciplinar e complexa, consegue, no largo espectro da historicidade de uma comunidade local ou global, intercalar o “singular” com a “pluralidade”, a junção democrática da variedade com a equivalência, a solidariedade expressa na convivência do particular com a multiplicidade com a interculturalidade (WOLKMER, 2015, p. 397).

Na compreensão de Lia Cordeiro Felismino (2010, p. 8486), não se deve restringir

a uma categoria conceitual todas as formas de manifestação do pluralismo jurídico, pois as sociedades, apesar de serem juridicamente plurais, o são de forma diferentes. Essa diferenciação deriva da forma como os sistemas jurídicos existem e coexistem com o direito estatal, da influência que recebem do ordenamento oficial, do reconhecimento, por parte deste, da existência de normatividades paralelas etc.

Para a constituição de um novo paradigma da política e do judiciário, é necessária a vinculação com o “comunitário-participativo de novas agências de jurisdição não estatais espontâneas, estruturadas por meio de processos de negociação, mediação, conciliação, arbitragem, conselhos sociais e tribunais populares” (WOLKMER, 2015, p. 357).

Sabe-se também que o direito é de difícil acesso para aqueles indivíduos que vivem em sociedades vulneráveis e a margem da sociedade, assim, o pluralismo jurídico e os meios alternativos de resolução de conflitos são uma solução para a efetivação dos direitos.

A efetivação dos Direitos Humanos está longe de ser concretizada pelo Estado, sendo necessário então, novas formas de se fazer valer o direito. Em se reconhecendo,

os valores da vida, as regras de governabilidade, a validade dos canais de representação, a eficácia das agências jurisdicionais de resolver conflitos e as instâncias parlamentares de produção legislativa estatais, nada mais correto de que atribuir legitimidade àquelas novas identidades histórico-sociais capazes da ruptura e da construção de um outro paradigma do “social”, do “político” e do “jurídico”. Adquirem legitimidade os sujeitos sociais que, por sua lutas históricas e ações libertadoras, edificam uma nova cultura societária de base, cujos direitos insurgentes são a expressão mais autêntica

dá satisfação das carências e das necessidades humanas fundamentais (WOLKMER, 2015, p. 372).

Assim, tem-se como alternativa o Pluralismo Jurídico, que é de fundamental importância para se concretizar os Direitos Humanos, eis que os membros de determinada comunidade entendem melhor o contexto que cada indivíduo está inserido, podendo auxiliar na real efetivação dos direitos.

Esse panorama das principais ideias e perspectivas do pluralismo jurídico teóricos representam a efetivação de mecanismo concretos que traduzem as manifestações sociais em diferentes realidades, guardando como horizonte a emancipação social e a produção do direito que questione, critique e transforme as relações sociais na busca de uma lógica de justiça com a satisfação das necessidades fundamentais. É um instrumento para reflexão que considera as práticas de justiça alternativas como formas de reinvenção do espaço público e das relações sociais e jurídicas comunitário-participativo.

O pluralismo jurídico inclui, em seus pressupostos: a legitimação de sujeitos insurgentes; a justa satisfação das necessidades essenciais; a reordenação democrática do espaço público; a construção de uma ética da alteridade; a redefinição da racionalidade enquanto emancipação.

Por essa razão, justifica-se a discussão do pluralismo no Direito, inserindo-a nos marcos da interculturalidade, descolonização e emancipação.

Não há dúvidas que a concepção do pluralismo jurídico objetiva buscar a aproximação da sociedade do Direito, “não daquele direito-lei, individualista, que é ineficaz e que não propaga a Justiça, mas sim do direito concreto e efetivo, social, democrático, participativo e, acima de tudo, justo; que respeita as minorias e a multiculturalidade” (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 30).

Tem-se que a teoria pluralista, ao contrário do monismo estatal, não tem por objetivo ser única e absoluta. É nas manifestações da sociedade que surge sua legitimação, e somente através desta é que se pode materializar. Não faz oposição ao Estado, porém não o reconhece como único detentor da criação das normas jurídicas (BORTOLOZZI JUNIOR, 2010, p. 30).

Posto isso, deve-se primar pelo exercício efetivo por parte do Estado em solucionar os interesses e dialogar com a sociedade, para assim construir uma justiça emancipatória e participativa.

Outrossim, a abordagem do capítulo seguinte terá por objetivo explorar as

formas de resolução consensual de conflitos previstas no nosso ordenamento jurídico, realizando uma análise conceitual especificamente quanto ao método da mediação, seus aspectos jurídicos e a busca pelo direito humano à paz.

3 TRATAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NO BRASIL COMO MECANISMO DE BUSCA DO DIREITO HUMANO À PAZ

Os movimentos relacionados à divulgação e incentivo a utilização de meios de resoluções consensuais de conflitos iniciaram já há algum tempo no Brasil, exercendo significativa influência para a promoção da mediação. Assim, pretende-se neste capítulo, abordar os institutos consensuais contemplados pela legislação vigente, bem como explorar os contornos conceituais da mediação, trazendo importantes contribuições para uma melhor compreensão quanto esse método.

Ademais, diante da importância da mediação para a dinâmica processual brasileira, abordar-se-á os aspectos jurídicos da mediação no Brasil e a busca pelo direito humano à paz, visto que é necessário a substituição da cultura da sentença pela cultura da conciliação.

No subcapítulo a seguir, far-se-á uma abordagem quanto as formas de resolução consensual de conflitos, abarcadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, partindo de uma evolução histórica até a legislação mais recente.

3.1 FORMAS DE RESOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS

É comum, em certos momentos da vida, a ocorrência de conflitos, é um componente inevitável da existência humana. A diferença de opiniões e necessidades, bem como a forma de encarar essas diferenças conduz a um modo construtivo de resolução de conflitos.

Desde os primórdios civilizatórios, o conflito de interesses esteve presente na sociedade, e, por consequência, os cidadãos sempre buscaram a pacificação social, através do ideal de justiça, pois os litígios além de provocarem intranquilidade, também traziam uma desordem na sociedade.

Ao abordar sobre conflitos, torna-se importante entender os motivos que deram origem a controvérsia, podendo ser mencionado alguns fatores como as características e os relacionamentos prévios das partes envolvidas no conflito, a natureza da questão que originou a controvérsia, o ambiente social, a presença de expectadores interessados no conflito, e, ainda, estratégias e táticas empregadas pelos envolvidos, bem como as consequências do conflito para cada participante e partes interessadas (TARTUCE, 2019, p. 5).

O papel de pacificação social dos conflitos inerentes à vida em comunidade nem sempre foi de responsabilidade do poder do Estado. Com efeito, Fernanda Medina Pantoja e Rafael Alves de Almeida mencionam os métodos que eram utilizados para solução dos conflitos no século passado:

Nas sociedades primitivas, os litígios eram solucionados por métodos informais e rudimentares, mediante o uso da força física (autotutela); por meio da realização de acordo entre os litigantes, com sacrifício total ou parcial de seus interesses (autocomposição); ou através da eleição de terceiros de mútua confiança, em geral sacerdotes ou anciãos, para julgar os conflitos (heterocomposição ou arbitragem) (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 55).

Por conseguinte, no que tange aos meios de solução de conflitos, denota-se que ao longo da história do Direito houve uma evolução da autotutela à jurisdição, vez que surgiram diversas formas de solução dos conflitos de interesses, tais como a autotutela, a autocomposição (conciliação e mediação) e a heterocomposição (arbitragem e processo judicial) (RUIZ, 2015, p. 281-282).

Nessa senda, Fernanda Tartuce define autotutela como a solução do conflito com uso da força física e violenta dos conflitantes, ante a ausência de intervenção do poder do Estado para a resolução do conflito:

Pela autotutela (ou autodefesa), o indivíduo resolve o conflito por sua própria força, agindo por si próprio para obter uma posição de vantagem em relação à situação desejada. Sua prática costuma ser malvista por trazer a ideia de violência e ser identificada como um resquício de justiça privada. O uso da autotutela sempre foi considerado uma alternativa ante a falta de poder do Estado para definir as querelas, o que ocorreu no Direito romano, anteriormente ao período de *cognitio extra ordinem*; a partir de tal fase, o Estado passou a ditar a solução dos conflitos de interesses (TARTUCE, 2019, p. 19-20).

Ainda, Adriana Goulart de Sena cita que a autotutela “ocorre quando o próprio sujeito busca afirmar, unilateralmente, seu interesse, impondo-o (e impondo-se) à parte contestante e à própria comunidade que o cerca” (SENA, 2007, p. 1).

Analisando a legislação brasileira, denota-se que há previsão da autotutela em determinadas situações, como por exemplo, nos casos de legítima defesa e estado de necessidade, ou ainda, legítima defesa e desforço imediato na proteção possessória, direito de retenção de bens, entre outras situações. Sendo assim, pode-se afirmar que a autotutela nem sempre deverá receber conotação negativa, eis que em algumas circunstâncias, como as já mencionadas, é natural a imediata reação do

indivíduo, se ponderar a impossibilidade de amparo pelo Poder Estatal em ocasiões críticas (TARTUCE, 2019, p. 20-21).

Por outro lado, a heterocomposição, que surgiu após a percepção da carência de métodos de solução de conflitos, é vista como uma potencialidade pacificadora a ser direcionada aos árbitros ou terceiros alheios ao conflito, os quais possuíam a confiança de ambas as partes por agirem de acordo com a vontade divina. Logo, a heterocomposição decorre do poder decisório que é atribuído a terceira pessoa, que decidirá a lide de forma imperativa.

Nesse sentido, Fernanda Tartuce esclarece que “a heterocomposição (heterotutela, adjudicação ou meio adjudicatório) é o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores” (TARTUCE, 2019, p. 57).

Ainda, referida autora menciona que há duas vias na heterocomposição. A via arbitral, na qual um terceiro é escolhido pelos litigantes para deliberar sobre a controvérsia, e a via jurisdicional, quando um dos litigantes busca o Poder Judiciário com objetivo de obter uma decisão da autoridade estatal (TARTUCE, 2019, p. 57).

Por sua vez, a autocomposição ocorre quando o conflito é solucionado pelas partes, sem a intervenção de outros agentes no processo de pacificação da controvérsia. Nesta linha, constata-se que na autocomposição não existe a coerção entre as partes litigantes.

Deste modo, vislumbra-se que a autocomposição é a possibilidade das partes encontrem, de forma isolada ou em conjunto, uma solução para a controvérsia (TARTUCE, 2019, p. 26).

Ainda, referente a autocomposição, Adriana Goulart de Sena, refere que

A autocomposição verifica-se seja pelo despojamento unilateral em favor de outrem da vantagem por este almejada, seja pela aceitação ou resignação de uma das partes ao interesse da outra, seja, finalmente, pela concessão recíproca por elas efetuada. Não há, em tese, exercício de coerção pelos indivíduos envolvidos (SENA, 2007, p. 1).

Posto isso, pode-se concluir que a autocomposição tem por escopo o restabelecimento do diálogo entre as partes, de tal forma que as mesmas sejam capazes de criarem novas formas de relacionamento e ponderar futuras controvérsias. É oportunizado aos litigantes refletirem, de modo que os próprios irão protagonizar a elaboração de uma proposta de acordo para a solução da demanda que seja viável a

ambos.

Sabe-se que o Estado, através do Judiciário, tem a finalidade de promover a justiça entre as partes conflitantes, por meio de um processo judicial, cuja solução se dá com apoio na lei. Entretanto, com o passar dos anos, o sistema jurisdicional ficou saturado, por conta da alta demanda de litígios, que exigia da justiça uma resposta rápida e eficaz para a sua resolução (NASCIMENTO JUNIOR, 2017). Nesse contexto, como bem pontua Roberto Portugal Bacellar,

O monopólio jurisdicional, ou a exclusiva função, atividade e poder do Estado de aplicar a lei ao caso concreto, se de um lado representa uma conquista histórica de garantia da imparcialidade, independência para o alcance da segurança jurídica e manutenção do estado de direito, não é suficiente para dar vazão ao volume de litígios que afloram diariamente (BACELLAR, 2014, p. 3).

Ressalta-se que, a interação humana por sua natureza, provoca conflitos, e pelas circunstâncias nas quais estes ocorrem, há a necessidade de se dar um tratamento diferente para a sua resolução. Não se trata de dar, meramente, uma resposta à controvérsia, mas sim, de solucionar e pacificar a relação humana.

Dessa forma, uma das justificativas para a existência do Poder Judiciário é o seu papel de aplicar o direito com independência, impondo a sua observância indistinta na busca da pacificação social. As garantias que lhe foram atribuídas, na realidade, foram outorgadas como prerrogativas para o imparcial, independente e seguro cumprimento constitucional (SENA, 2007).

Conforme aduz Luciane Moessa de Souza, a partir da criação do Poder Judiciário, a busca pela justiça passou a ser vista somente como um critério formal, e não material:

Quando se pensa em acesso à justiça, muitas vezes, tem-se uma visão estreita do tema, limitando-se apenas ao seu aspecto formal, qual seja, o de ter a possibilidade de ingressar em juízo para defender um direito de que se é titular. Este aspecto, de inegável importância - pois, sem ingressar com a ação, é impossível obter a realização do direito ameaçado ou violado - corresponde ao conceito de acesso à justiça em sentido formal, mas não abarca o seu sentido material, qual seja, o acesso a um processo e a uma decisão justas (SOUZA, 2015, p. 43).

No que tange a inobservância do Estado na promoção da resolução dos litígios, Michele Faria de Sousa e Kelly Cristine de Campos Gandra, citam que

Diante desse quadro infeliz em que o próprio Estado, investido na função jurisdicional, não promove o apaziguamento dos ânimos dos conflitantes e a aceitação social de suas decisões, é que os cientistas juristas empreenderam o trabalho de pesquisar formas alternativas e paraestatais para resolução dos conflitos (SOUSA; GANDRA, 2013, p. 563).

Foi com o incentivo da doutrina, que a instituição de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo a solução por autocomposição, ganhou contornos.

Assim, com o Novo Código de Processo Civil no ano de 2015 (NCPC), ficou clara a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. E, neste sentido, aduzem Fernanda Medina Pantoja e Rafael Alves de Almeida:

Seja em sua forma pura ou híbrida, enfim, assistiu-se ao incremento dos meios “alternativos” de pacificação social em grande parte do território mundial, a partir das bases lançadas pelo movimento de acesso à justiça, com a edição de legislações específicas e a implementação de diversos programas para desenvolvimento desses métodos (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 59).

A lei n. 13.105/15 que dispõe sobre o NCPC, aporta em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º uma abordagem clara e expressa do incentivo dado pelo legislador ao uso de outras formas de autocomposição, abrangendo os meios alternativos de resolução de conflito.⁴

Verifica-se com isso, que o NCPC inovou e estabeleceu a conciliação e a mediação como base de um novo modelo do processo civil brasileiro. Pela própria exposição de motivos do novo código é possível compreender a importância do uso dos métodos da conciliação e da mediação como meios alternativos de resolução de conflitos (SIMÃO, 2016).

Importante salientar, que os meios alternativos de resolução de conflitos se colocam ao lado da tradicional jurisdição como uma alternativa que busca conectar o tipo de conflito ao meio de solução apropriado, considerando-se também um mecanismo de inclusão social, visto que as partes se tornam corresponsáveis pela

⁴ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

[...]

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (BRASIL, 2015).

construção de uma resolução adequada, e, ainda, de pacificação social (SALES; RABELO, 2009).

Da mesma forma, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) vem exercendo importante papel como gestor dessa política pública no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 125 do CNJ de 2010 refere que incumbe aos órgãos judiciais, antes da solução adjudicada, mediante sentença, oferecer outros meios de soluções de controvérsias, os quais são chamados de meios consensuais ou sistema multiportas.

Neste seguimento, a partir do advento da referida resolução pelo CNJ, três pilares responsáveis pela estruturação das práticas conciliativas no país foram implementados:

A mudança de paradigma no Poder Judiciário, abandonando-se a ideia de somente se alcançar a Justiça por meio da prestação jurisdicional do Estado; a garantia na qualidade dos serviços prestados pelo Estado, inserindo mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça; e, também, a centralização dos serviços de conciliação, mediação e orientação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) (NASCIMENTO JUNIOR, 2017, p. 271).

À vista disso, observa-se a obrigatoriedade da criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos nas áreas jurisdicionais de cada Tribunal, auxiliados por profissionais devidamente capacitados e registrados para o exercício das atividades conciliatórias. Denota-se que a Lei n. 13.105/2015 muito contribuiu com o processo civil quando trouxe diversos comandos legislativos capazes de incentivar às partes a resolverem a controvérsia (NASCIMENTO JUNIOR, 2017, p. 271-272).

A possibilidade de resolverem o litígio através dos métodos alternativos de resolução consensual de conflitos trouxe aos conflitantes a possibilidade de comunicação, favorecendo, assim, a finalização do conflito.

No atual ordenamento jurídico brasileiro tem-se a heterocomposição praticada pela arbitragem, e a autocomposição representada pela prática da conciliação e da mediação. E, dentro deste contexto, importante contribuição é trazida por Oriana Piske de Azevêdo Barbosa e Cristiano Alves da Silva:

A Conciliação, a Mediação e a Arbitragem possuem características próprias e são, especialmente, diferenciadas pela abordagem do conflito. O papel desempenhado pela Conciliação, pela Mediação e pela Arbitragem dentro do anterior Sistema Processual Civil brasileiro foi muito tímido, talvez pela grande influência da cultura adversarial (BARBOSA; SILVA, 2015, p. 10).

Posto que os métodos consensuais de solução de conflitos, possuem características próprias, é necessário realizar uma abordagem sobre cada um. Ao referir sobre o método da arbitragem, Fernanda Tartuce, conceitua-o como “a arbitragem consiste em um antigo método de composição de controvérsias consistente na escolha pelas partes de um a terceira pessoa para definir o destino da controvérsia” (TARTUCE, 2019, p. 57).

Portanto, aludido método é caracterizado pela resolução de um conflito através de um terceiro que dará a decisão, com força vinculante, não investido das funções de magistrado. Torna-se claro que, a sentença arbitral tem o mesmo poder da convencional, isto é, faz obrigação entre as partes.

Cabe referir, que o objeto da controvérsia a ser submetido à arbitragem será de direitos patrimoniais disponíveis, e as partes envolvidas, necessariamente, precisam ser pessoas capazes de contratar. Ainda, o árbitro escolhido é o juiz de fato e de direito da controvérsia, não estando sua decisão sujeita a recurso ou homologação perante o Poder Judiciário (TARTUCE, 2019, p. 58).

Ressalta-se que o procedimento arbitral é bastante flexível, vez que as partes, em conjunto com o (s) árbitros (s) podem adaptar o procedimento para um formato mais adequado de acordo com o conflito que se apresenta, desde que preservados os princípios de igualdade e contraditório. O interesse pela arbitragem no Brasil está diretamente associado aos seus principais atrativos, quais sejam, especialidade do julgador, celeridade, flexibilidade e confidencialidade.

Posto isso, nessa forma de resolução de conflitos, indivíduos com capacidade para contratar e que estejam envolvidos em litígio referente a direitos disponíveis, submetem sua demanda ao julgamento de um ou mais árbitros. Nota-se que, apesar de haver o julgamento por um terceiro interveniente para o deslinde da controvérsia, não se pode confundir a arbitragem com a jurisdição.

Especificamente quanto à conciliação, tem-se que é uma forma de solução de conflitos em que um terceiro, o conciliador, através de técnicas próprias, tenta direcionar os envolvidos a um acordo. Referido conciliador, possui a função de orientar e ajudar, já que a solução deve atender aos interesses de ambos os litigantes, sendo que, com a utilização de técnicas adequadas, a conciliação possibilitará a promoção da solução do conflito.

É nesse sentido, que Oriana Piske de Azevêdo Barbosa e Cristiano Alves da Silva mencionam

Na Conciliação as partes têm uma posição mais proeminente, devido a participarem da solução do conflito. Na verdade, a decisão é um compromisso cujos termos, com estímulo do conciliador, são produzidos pelos envolvidos. Trata-se de um método não adversarial, na medida em que as partes atuam juntas e de forma cooperativa (BARBOSA; SILVA, 2015, p. 14).

Entre os métodos alternativos de resolução de conflitos, Adriana Silva Maillart, José Sebastião de Oliveira e Rubens Beçak afirmam que a conciliação se mostra mais apropriada em situações em que não exista vínculo anterior entre as partes litigantes:

A conciliação é mais adequada para a solução de casos circunstanciais, ou seja, onde não exista qualquer vínculo anterior entre as pessoas, vínculo este havido com o fato que originou o litígio e que, após a solução, certamente tal vínculo não continuará, como no caso de um acidente de trânsito ou de uma compra e venda malsucedida. Indispensável a cooperação mútua para um bom desiderato da ação judicial proposta (MAILLART; OLIVEIRA; BEÇAK, 2016, p. 481).

Para Fernando Chaim Guedes Farage, a conciliação, na esfera extrajudicial, é utilizada de forma mais tímida.

(...) fica evidente em como a conciliação está profundamente entrelaçada ao Judiciário, sendo obrigatória a sua tentativa no âmbito judicial, entretanto, no âmbito extrajudicial se percebe sua utilização de forma mais detida (FARAGE, 2015, p. 61).

Portanto, nas controvérsias onde não há um relacionamento entre os litigantes, e também não haverá futuramente, a conciliação é a mais indicada, pois tem mais chances de ser eficaz. É na conciliação que as partes têm a oportunidade de perceberem seus limites e juntas encontrarem uma solução satisfatória.

No tocante a mediação, o conceito apontado por Fernanda Tartuce é que

Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas (TARTUCE, 2019, p. 53).

Importante contribuição é feita por Fabiana Marion Spengler, que refere que a finalidade da mediação “consiste em reabrir os canais de comunicação interrompidos e reconstruir laços sociais destruídos” (SPENGLER, 2016, p. 174). Posto isso, a autora propõe pensar a mediação não apenas como um meio de acesso

à justiça, aproximando o cidadão comum e “desafogando” o Poder Judiciário (SPENGLER, 2016, p. 175).

Na concepção de Ivan Aparecido Ruiz, a finalidade da mediação não é afastar a utilização do processo judicial, mas esta, deve ser incentivada e utilizada ao lado do processo tradicional, funcionando como verdadeiro filtro. Quando as partes não se compõem por si sós, aí sim deverão se utilizar do processo judicial (RUIZ, 2015). É válido mencionar que a mediação pode ocorrer tanto na via judicial como extrajudicial (TARTUCE, 2019, p. 57).

Posto isso, há dois fatores que justificam a utilização do método da mediação. Primeiro, a necessidade de amenizar a crise pelo qual passa o processo, e, conseqüentemente, o Poder Judiciário. Segundo, a solução é encontrada pelas próprias partes envolvidas no litígio, ainda que auxiliadas pelo mediador, o que é indicativo de que a solução encontrada seja eficaz, alcançando, assim, a verdadeira justiça para os envolvidos (RUIZ, 2015). Posto isso, no subcapítulo que segue, será realizado uma abordagem específica quanto a conceituação do método da mediação.

3.2 CONTORNOS CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO

Objetivando conceituar esse importante meio consensual de resolução de conflitos, Fernanda Tartuce, partindo do dicionário da língua portuguesa, constata “que “mediação” indica o ato ou efeito de mediar, retratando intercessão, intervenção, intermédio e interposição” (TARTUCE, 2019, p. 196). Ainda, a autora aponta que

A mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que alguém imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem (TARTUCE, 2019, p. 196).

Por vezes, o instituto da Mediação e a Conciliação são consideradas sinônimos por possuírem a mesma finalidade conciliatória, mas, no entanto, apresentam diferentes objetivos e princípios (VERAS; FRAGALE FILHO, 2013, p. 165).

No que se refere a diferenciação entre Mediação e Conciliação, Cristiana Vianna Veras e Roberto Fragale Filho alertam que

A mediação busca auxiliar as pessoas a construir consensos sobre uma determinada desavença, ao passo que a conciliação tem nos acordos o seu maior objetivo, quando não o único. A mediação privilegia a restauração da relação das partes, desconstruindo o conflito, permitindo a manutenção de um diálogo entre as partes, o que se revela fundamental para a construção da solução, sobretudo, nas relações familiares (VERAS; FRAGALE FILHO, 2013, p. 165).

Nesse mesmo sentido, Luiza Machado Farhat Benedito e Renata Miranda Gonçalves Santos, apontam que “conciliação se distingue da mediação tendo em vista que nesta o terceiro que auxilia para a pacificação, oportunizando a autocomposição, não pode propor o acordo, enquanto naquela, poderia o conciliador pode propor acordo, desde que mantenha a imparcialidade” (BENEDITO; SANTOS, 2017, p. 143).

Na visão de Pedro Alberto Calmon Holliday, ao referir-se sobre a conciliação, pontua que

A conciliação é um processo comunicacional que possibilita um diálogo com o objetivo de recuperar a negociação, e a partir desse diálogo chegar a um acordo sobre o interesse dos conflitantes. Nesse método de resolução há intervenção de um terceiro (conciliador), cuja função primordial é a aproximação das partes, mas que tem uma postura ativa, podendo propor soluções alternativas para extinção da controvérsia, respeitados os princípios da confidencialidade, imparcialidade, neutralidade, independência, autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes (HOLLIDAY, 2014, p. 13).

E ao referir sobre a Mediação, o autor esclarece que

O objetivo da mediação é a aproximação das partes, restabelecer o respeito mútuo, o canal de comunicação, criando um ambiente psicologicamente equilibrado, a fim de propiciar acordo final, que pode ou não ocorrer, não sendo este o seu objeto imediato (HOLLIDAY, 2014, p. 15).

Embora, a conciliação e a mediação são meios autocompositivos, é importante ressaltar que são institutos distintos, os quais possuem significativas semelhanças e diferenças.

No que tange a conceituação de mediação, Lilia Maia de Moraes Sales e Emmanuela Carvalho Cipriano Chaves, referem que

A mediação é um mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir quanto ao mérito, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado, suas

possíveis soluções (SALES; CHAVES, 2014, p. 263).

Dessa forma, temos que a Mediação se apresenta como um instrumento de facilitação de diálogo, onde uma terceira pessoa, imparcial, escolhida pelas partes, atua encorajando a resolução de uma divergência havida entre as partes, diferentemente da Conciliação que objetiva apenas a realização de acordos.

Tal afirmação fica clara no entendimento de Thiago Anastácio Carcará e Clarissa Fonseca Maia, ao mencionarem que

A mediação emerge, então, como instrumento à disposição do indivíduo que busca resolver seus conflitos sem necessidade de intervenção do estado e consistente na independência e autonomia da vontade, cabendo a um terceiro imparcial, o mediador, a missão de facilitar o diálogo entre as partes, oportunizando que eles mesmos encontrem a resposta para a resolução de seus conflitos (CARCARÁ; MAIA, 2017, p. 244).

Dessa conceituação extrai-se que a Mediação é muito mais do que a solução do litígio propriamente dito. A Mediação busca o restabelecimento do vínculo entre os litigantes, servindo de pacificação das relações individuais e coletivas (SALES; CHAVES, 2014, p. 263).

Cabe ponderar a manifestação de Luciane Moessa de Souza, ao referir-se que a mediação não pode ser considerada apenas sob o ponto de vista quantitativa, que servirá apenas para desafogar o Judiciário, mas também sob a ótica qualitativa, incumbindo às partes litigantes encontrarem um caminho que atenda os interesses de ambas. Assim,

A mediação é uma dessas novas formas de resolução de conflitos sempre lembrada quando se fala no congestionamento do nosso Poder Judiciário. Fala-se nela como uma das possíveis soluções para os problemas de acesso à justiça. Entretanto, quando se pensa apenas na questão de desafogar o Judiciário ou de diminuir o tempo de “solução” de um conflito, é evidente que se está enfocando apenas o aspecto quantitativo. E a mediação é muito mais do que isso. Ela oferece muito também sob o aspecto *qualitativo* aos envolvidos em um conflito jurídico. Pode-se dizer que ela é uma forma autônoma de resolução de conflitos, pois a solução encontrada para o conflito através de mediação não é uma decisão imposta por um terceiro, mas sim alcançada consensualmente pelas partes através de um processo em que cada uma delas tem oportunidade de expor seus interesses e necessidades e descobrir assim um caminho que atenda, tanto quanto possível, aos legítimos interesses e necessidades de ambas (SOUZA, 2015, p. 54).

Na concepção de Kazuo Watanabe, há a necessidade de conscientização das partes envolvidas no conflito de que as mesmas deverão encontrar a solução para

o litígio. Afirma que,

Se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a da pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes. Então, existe diferença no tratamento de conflitos entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem (WATANABE, 2003, p. 46).

Portanto, a mediação privilegia a autonomia das partes envolvidas no litígio, a fim de que se convençam que são elas que devem buscar a solução para a controvérsia, pois somente dessa forma, ocorrerá o restabelecimento da relação. Nessa senda, Lília Maia de Moraes Sales, aponta a Mediação como

(...) mecanismo de solução de conflitos que tem como premissa o diálogo inclusivo e cooperativo entre as pessoas e a participação de um terceiro imparcial – o mediador – que, com a capacitação adequada, facilita a comunicação entre as partes sem propor ou sugerir, possibilitando a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes. A mediação possibilita, por meio de técnicas próprias utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real vivenciado e a sua solução. A mediação requer a discussão sobre as posições, interesses e valores envolvidos e, a partir da resignificação desses valores, permite a construção participativa do consenso (SALES, 2016, p. 967).

Não menos importante, cabe mencionar a citação de Luiz Alberto Warat, ao referir sobre os sentimentos que envolvem a mediação:

A mediação, em uma primeira aproximação, não seria outra coisa do que a realização com o outro dos próprios sentimentos. Fazer mediação nada mais é que viver, viver em harmonia com a própria interioridade e com os outros, viver em harmonia com a própria reserva selvagem (WARAT, 2004, p. 28).

Certo é que, a mediação, diferentemente de outros meios de resolução consensual de conflitos, leva em conta todos os elementos que envolvem a controvérsia, bem como os indivíduos litigantes, para que, assim, se possa apresentar uma solução capaz de resolver o conflito. É, nesse sentido, que Deborah Lídia Lobo Muniz, faz sua análise sobre a mediação.

A mediação, de forma diversa, ao trabalhar na solução dos conflitos, leva em conta todos os elementos envolvidos, estuda a fundo os casos e os indivíduos antes de apresentar opções de solução para os conflitos; viabiliza a pacificação com a efetiva participação dos envolvidos; estes é que irão efetivamente resolver o problema através do exercício de sua autonomia; eles é que darão, em última análise, a resposta para que os conflitos possam ser

dirimidos, e a forma como deverão ser administrados, e ao fazê-lo ocorrem três coisas interessantes para a sociedade: os acordos firmados pelos mediados é cumprido na grande maioria dos casos, as partes saem da disputa sem animosidades ou ressentimentos mútuos, e, finalmente, ao participarem da solução exercem verdadeiramente sua cidadania e se tornam responsáveis pela solução e pelo gerenciamento de seus conflitos. Pode-se inferir, com certo grau de certeza, que saem mais fortalecidos e preparados do processo (MUNIZ, 2004, p. 62-63).

Para Luiz Alberto Warat, não há o desaparecimento dos conflitos, mas sim uma transformação. Na sua concepção, isso ocorre porque tenta-se interferir no conflito e não nos sentimentos das pessoas. E sendo assim, o autor recomenda que se deve, “na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá” (WARAT, 2004, p. 26). No entanto, aponta que isso somente ocorrerá se as partes envolvidas estiverem comprometidas e dispostas a isto. No que se refere a função do mediador, Warat ressalta que

O mediador deve entender a diferença entre intervir no conflito e nos sentimentos das partes. O mediador deve ajudar as partes, fazer com que olhem a si mesmas e não ao conflito, como se ele fosse alguma coisa absolutamente exterior a elas mesmas (WARAT, 2004, p. 26).

Neste contexto, Oriana Piske de Azevêdo Barbosa e Cristiano Alves da Silva, referem que

A Conciliação representa estratégia de atuação que leva as próprias partes a encontrarem a melhor solução para o litígio, cabendo ao juiz, togado ou não, e ao conciliador informarem às partes a importância e as vantagens positivas desse instituto.

Com efeito, a valorização da conciliação, pelo legislador brasileiro, especialmente, no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), não desejando uma tentativa pálida de acordo com a simples indagação às partes sobre a sua possibilidade. Revela muito mais do que isso. Pretende uma interação entre as partes com o conciliador ou juiz, desarmando os espíritos, apresentando caminhos e sugestões para a solução da demanda (BARBOSA; SILVA, 2015, p. 15).

Na compreensão de Fabiana Marion Spengler (2017, p. 11), “a mediação realiza, através de uma pluralidade de formas, o fim que o Direito, na sua generalidade, parece negar ao singular: a possibilidade de recuperação daqueles espaços decisoriais que a organização estatal, sempre invasiva e juridificada, passo a passo subtraiu”.

Para Michele Faria de Sousa e Kelly Cristine de Campos Gandra, frente a atual situação de morosidade e ineficiência do poder jurisdicional, a mediação merece

destaque como forma alternativa de resolução de controvérsias, pois permite que as partes possam preservar os laços sociais e que o acordo firmado seja permanente, em virtude de que a solução para a demanda foi estabelecida pelos mesmos, com o mediador sendo somente o condutor da contenda (SOUSA; GANDRA, 2013, p. 582).

Frisa-se que, na Mediação não se prioriza o acordo, mas sim a satisfação dos interesses e dos valores e necessidades das pessoas envolvidas no litígio (BARBOSA; SILVA, 2015, p. 17).

Em razão disso, Cristiana Vianna Veras e Roberto Fragale Filho, apontam que na Mediação o mediador deve estar atento à alguns requisitos:

Na mediação, o mediador não deve apresentar soluções ou alternativas para solucionar o conflito ou encerrar a demanda. A proposta é a de uma mudança de paradigma no contexto da resolução de conflitos, buscando atender às demandas de todos os envolvidos na desavença. Quando a mediação é exitosa, acredita-se que ela satisfaz a todos, e é fruto de uma construção comum. Acredita-se que, neste modelo, o acordo será cumprido por aqueles que participaram da construção da solução, o que evita o surgimento de novas disputas (VERAS; FRAGALE FILHO, 2013, p. 166).

Também, importante contribuição é apresentada por Luiz Alberto Warat, quando se refere ao papel do mediador na contenda, demonstrando a essencialidade desta figura no momento de mediar.

O mediador deve usar toda a sua sabedoria para conseguir deixar o problema fervendo. Se deixar as partes mornas, será inútil o trabalho, pois elas ficaram novamente frias. Para ficar mediado é necessário chegar ao ponto de ebulição, à transformação alquímica. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento. O mediador não pode se preocupar por intervir no conflito, transformá-lo. Ele tem que intervir sobre os sentimentos das pessoas, ajudá-las a sentir seus sentimentos, renunciando à interpretação (WARAT, 2004, p. 25-26).

Referente aos princípios da mediação de conflitos, há um certo consenso entre os estudiosos, que apontam a liberdade das partes, não competitividade, poder de decisão das partes, participação de terceiro imparcial, competência do mediador, informalidade do processo, confidencialidade e sigilo no processo como regras a serem seguidas (SALES; CHAVES, 2014, p. 263).

Cabe frisar que, a adoção dos princípios acima mencionados, na resolução de conflitos familiares, tem resultado em decisões consensuais satisfatórias para aqueles que optam pela mediação, pois a liberdade, a independência e a autonomia atribuída às partes, permitem que as animosidades se transformem, ao final, em

relacionamento ameno e, até mesmo, amistoso (SOUSA; GANDRA, 2013, p. 585-586).

É fundamental que se tenha em mente que a Mediação não implica na imposição de decisão por uma terceira pessoa. É essencial o desprendimento da ideia de que só existe um modelo de resolução de conflitos, ou seja, a busca pela jurisdição somente pela decisão imposta pelo judiciário, a qual só deve ocorrer quando extremamente necessário.

A respeito das definições doutrinárias, Fernanda Tartuce relata que

Têm em comum o destaque a abordagem construtiva propiciada pela mediação, que conta com alguém tendo e capacitando para contribuir na conversação de modo que os envolvidos possam assumir posturas protagonistas na abordagem da controvérsia (TARTUCE, 2019, p. 198).

A busca pela preservação da relação entre os litigantes é um dos objetivos principais da Mediação, pois evitará que venham recorrer ao Judiciário para a solução de novas demandas, oriundas da animosidade entre as partes.

Posto isso, referido método consensual de resolução de conflitos traz ao conflitantes a responsabilidade para a solução da controvérsia, e com isso terão maior sensação de satisfação e de efetividade.

Após essa análise quanto o importante papel da mediação para a solução de conflitos, apresentar-se-á a seguir seus aspectos jurídicos e a busca pela paz como um direito humano.

3.3 ASPECTOS JURÍDICOS DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E A BUSCA PELO DIREITO HUMANO À PAZ

A mediação, como solução consensual de conflitos, surgiu na década de 90, quando o Poder Judiciário ainda era visto como a única via capacitada para apreciar os litígios (BRAGANÇA; SOUZA, 2017, p. 2).

No entanto, em 1984, com a criação do Juizados Especiais de Pequenas Causas, o incentivo a autocomposição já era previsto.

Mais de uma década depois da vigência do CPC/73 foi editada a Lei nº 7.244, de 07.11.1984, que instituiu os então chamados Juizados Especiais de Pequenas causas, prevendo em seu art. 2º, o incentivo expreso à conciliação, sendo perceptível aqui o início de uma mudança de mentalidade,

ainda que embrionária (HOLLIDAY, 2014, p. 8).

Muito embora estivesse vigente por mais de 10 anos, ante a ausência de uma cultura de paz, não houve a devida implementação e funcionamento. No ano de 1994, com a alteração na lei processual, que incluiu o inciso IV no artigo 125 do Código de Processo Civil, passou-se a consentir que os magistrados tentassem realizar conciliação durante o trâmite do processo. Entretanto, não houve uma grande aderência, talvez porque estava desconectado de outras medidas, que efetivamente trouxessem uma alteração na cultura litigiosa (HOLLIDAY, 2014 p. 8).

No ano seguinte, após a criação da Lei n. 9.099, de 26.09.95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, pode-se afirmar que houve revolução dos sistemas, “sendo este o marco fático da ampla utilização dos meios consensuais, com forte propensão à mudança e reformulação da cultura da sentença até então existente, graças às reformas na forma de ajuizamento, na instrução e nos próprios julgamento” (HOLLIDAY, 2014 p. 8-9).

Com o início de um movimento pró-mediação, referido instituto, que já era utilizado em outros países, começou a ganhar contornos no Brasil. Através do estímulo de alguns órgãos, surgiu projetos que procuravam estabelecer um diálogo entre o Estado e sociedade, conforme pontua Fernanda Bragança e Carla Faria de Souza:

O Poder Executivo, a partir da parceria celebrada entre a Secretaria de Reforma do Judiciário, o Programa Nacional para o Desenvolvimento das Nações Unidas e a Agência Brasileira de Cooperação para fortalecer o acesso à Justiça passou a dar especial estímulo aos projetos que buscavam promover o diálogo entre Estado e sociedade civil (BRAGANÇA; SOUZA, 2017, p. 2)

Referidos autores aludem, que em 1997, com a criação do Conselho Nacional de Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, oportunizou-se o debate sobre o instituto da mediação, no mesmo momento, que o Legislativo, buscava implementar a conciliação como um instrumento do processo civil brasileiro. Apesar de não haver uma legislação específica, o método da mediação começou a difundir-se, mesmo que de forma tímida. Seus defensores, passaram a cobrar a existência de um amparo legal capaz de provocar um resultado realmente eficaz na solução dos litígios. Assim, propagou-se a necessidade de criação de propostas legislativas para regulamentar o seu procedimento de forma minuciosa e exaustiva (BRAGANÇA;

SOUZA, 2017, p. 2-3).

O método da mediação começou a criar forma Legislativa no ano de 1998, quando a Deputada Zulaiê Cobra, através do projeto de lei n. 4.827/98, levou à Câmara dos Deputados uma proposta de regulamentação contendo 7 artigos, onde constava apenas a definição e algumas disposições acerca do procedimento. Não abrangia, por exemplo, a figura do mediador ou a qualificação técnica que este deveria possuir (WÜST, 2014, p. 66-67).

Assim, novas medidas foram necessárias, entre as quais, a resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010, editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que veio inovar a forma de abordagem do tema. Para justificar a iniciativa, o CNJ reconheceu, a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de solução e prevenção de litígios, esclarecendo que os programas já implementados no país, tinha reduzido de forma considerável a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, bem como a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Neste contexto, Fabiana Marion Spengler e Rafaela Matos Peixoto Schaefer, referem:

Ademais, a mediação pode ser aplicada na esfera judicial e extrajudicial. O marco legal foi editado em 26 de junho de 2015, assim sendo a Lei nº 13.140/2015 dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Ainda, compõe o conjunto de normas regulamentadoras das medidas autocompositivas, a Resolução nº 118/2014 que disciplina a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público; a Resolução nº 174/2016 do Conselho Superior da Justiça do Trabalho e a emenda nº 2/2016 que atualizou a Resolução nº 125/2010 (SPENGLER; SCHAEFER, 2019, p. 6).

As previsões da resolução mencionam conjuntamente a mediação e a conciliação; apesar de traçar diretrizes éticas e princípios, o ato normativo não definiu os meios consensuais (TARTUCE, 2019, p. 199).

No ano de 2015, com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) e da Lei da Mediação (Lei n. 13.140/2015), o Brasil passou a reconhecer como instrumentos para a pacificação social, o instituto processual da mediação e das demais práticas de resolução consensual de conflitos (NASCIMENTO JÚNIOR, 2017, p. 275).

Posteriormente, trouxe três pilares responsáveis pela estruturação das

práticas conciliatórias no país:

A mudança de paradigma no Poder Judiciário, abandonando-se a ideia de somente se alcançar a Justiça por meio da prestação jurisdicional do Estado; a garantia na qualidade dos serviços prestados pelo Estado, inserindo mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça; e, também, a centralização dos serviços de conciliação, mediação e orientação nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) (NASCIMENTO JÚNIOR, 2017, p. 271).

Ressalta, que com a edição do novo Código de Processo Civil de 2015, “consagrou-se definitivamente a promoção da solução consensual dos conflitos como princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro” (PANTOJA; ALMEIDA, 2016, p. 59).

Portanto, o Novo Código de Processo Civil e a Resolução n. 125/2010 do CNJ chegaram para reforçar a promoção dos meios alternativos de resolução de conflitos no plano normativo, visto que o essencial hoje é que as pessoas em conflito e seus advogados conheçam os limites e possibilidades inerentes à autocomposição.

Compreendendo que a mediação é um importante aliado na pacificação social, passou a ser obrigatório a audiência de mediação, vinculando a sua realização quando uma das partes se mostre interessada em conciliar. Observa-se que, diante disso, o Magistrado não pode dispensar o ato, mesmo que não vislumbre condições de um possível acordo. Cabe mencionar ainda, que a imprescindibilidade no processo civil, no que tange a mediação, caso não houver comparecimento à audiência, caracteriza uma atitude atentatória da dignidade da justiça.

Por certo que as partes possuem liberdade em conciliar, porém, por outro lado, há a obrigatoriedade resguardada. A legislação processual, estabelece que, se ambas as partes manifestarem oposição ao procedimento, então este não será realizado.

De acordo com Ivan Aparecido Ruiz (2015, p. 286), a mediação não tem a finalidade de afastar a utilização do processo judicial, esta deve ser incentivada e utilizada ao lado do processo tradicional, funcionando como verdadeiro filtro, devendo ser utilizado somente quando as partes não se compõem por si sós.

Percebe-se que a mediação apresentada pelo código processual, não busca tão somente a diminuição do volume de processos que tramitam no Poder Judiciário, mas também, busca melhorar a qualidade da resolução dos conflitos, objetivando uma cultura de paz. E isso somente se dará através da mediação, que

oportuniza a aproximação das partes, buscando o restabelecimento do respeito mútuo, criando um canal de comunicação, no intuito de realizar um acordo, o qual pode até não ocorrer, já que este não é seu objetivo imediato.

Assim, tem-se que a justificação para a utilização da mediação se dá por dois fatores: a possibilidade de amenizar a crise pelo qual passa o processo, bem como o Poder Judiciário, e a solução é encontrada pelas próprias partes, ainda que auxiliadas pelo mediador, o que se torna uma vantagem de ser uma solução eficaz, alcançando a verdadeira justiça para os envolvidos (RUIZ, 2015, p. 287).

Entretanto, Luciane Moessa de Souza esclarece:

É inevitável reconhecer que os mecanismos institucionais tradicionalmente disponíveis para a resolução de conflitos não têm dado conta desses desafios, seja no aspecto quantitativo, quando se pensa no direito à razoável duração do processo, seja no aspecto qualitativo, quando se pensa na pacificação social que deve ser atingida com a resolução de um conflito, seja ainda no que diz respeito às necessidades de tornar o sistema acessível para todos os titulares de direitos, superando os diferentes obstáculos de ordem econômica e cultural que impedem a realização do acesso à justiça (SOUZA, 2015, p. 54).

Posto isso, se verifica que o objetivo da legislação pertinente não foi apenas criar instrumentos para desafogar o poder judiciário, mas também para que as partes envolvidas no litígio possam mudar seus sentimentos, fazendo com que a solução ultrapasse o processo judicial e se dê também na esfera privada dos litigantes.

Importante destacar, que o natural desequilíbrio que há entre o conflito progressismo e entre a litigiosidade crescente, bem como a incapacidade do Poder Público em apresentar uma solução satisfatória, somente terá solução por meio do uso acentuado dos meios consensuais de resolução de conflitos, convocando as partes litigantes para um diálogo não-adversarial.

O que acarretará o sucesso na utilização da mediação, é o fato de esclarecer as partes envolvidas na controvérsia, de que não nesse sistema não há ganhadores e nem perdedores, ao contrário do que ocorre nas sentenças judiciais, onde a parte “perdedora” fica insatisfeita.

É nesse sentido que refere Luciane Moessa de Souza ao mencionar que:

A principal diferença da mediação em relação à decisão judicial é que ela busca a solução do conflito com os olhos voltados para o futuro, ao passo que o julgamento leva em conta, normalmente, apenas os fatos passados levantados e comprovados em juízo (SOUZA, 2015, p. 54-55).

Quanto a importância da mediação, Fabiana Marion Spengler e Rafaela Matos Peixoto Schaefer, esclarecem:

Sob esse prisma, durante a mediação busca-se enfatizar a visão positiva e natural do conflito, como um acontecimento natural e inerente à convivência social. Sem conflitos seria impossível aprimorar as relações sociais e interpessoais. No entanto, é vital que o conflito seja bem administrado e represente um caminho para o entendimento e a harmonia entre as partes. Por essa razão, a mediação é um mecanismo considerado o mais adequado para o tratamento de controvérsias oriundas de relações continuadas que envolvem afeto e conflitualidade (SPENGLER; SCHAEFER, 2019, p. 7).

Certo é que as partes precisam espontaneamente manifestar interesse em compor o conflito e, durante as sessões de mediação ou conciliação, devem sentir-se confiantes e seguras para abrirem mão de parte de seus direitos para chegar a um consenso (SILVA; SANTOS; SILVA, 2020, p. 402).

Salienta-se que, a finalidade da mediação se dá com a descoberta do real interesse escondido por trás de posicionamentos que quando desvendados, faz com que o acordo surja de forma natural.

Na busca da cultura da paz, Sabrina Jiukoski da Silva, Ricardo Soares Stersi dos Santos, Rafael Peteffi da Silva, fazem importante apontamento:

Quando se faz referência à cultura do consenso em substituição à cultura da sentença está a se pensar num modelo de administração dos conflitos em que a decisão, que antes era preponderantemente tomada e imposta por um terceiro (Estado-juiz), retorna aos próprios interessados, estimulando-se o processo comunicacional entre as partes, para que elas solucionem os seus problemas, com ou sem a ajuda de terceiros (SILVA; SANTOS; SILVA, 2020, p. 400).

Para que se possa idealizar essa busca pelo direito humano à paz, existe um longo caminho a ser percorrido. Como bem pontua Fabiana Alves Mascarenhas, a transformação da mentalidade encontra sua oposição no ensino jurídico, que possui uma tradição adversarial, a ponto de impregnar nos profissionais do Direito, ainda na fase de formação, e essa atitude, derivada de uma formação jurídica antiga e arcaica, encontra-se em total desacordo com a necessidade atual (MASCARENHAS, 2020, p. 118). Para Jovina d'Avila Bordoni e Natércia Sampaio Siqueira,

A solução e a prevenção das controvérsias surgem pelo diálogo pacífico, com o incentivo da cooperação e da solidariedade entre as partes. A inclusão social, pelo estímulo concedido às pessoas para que participem na procura pelo entendimento, bem como quando confere aos envolvidos a

responsabilidade de decisão do conflito, além de configurar acesso à Justiça (BORDONI; SIQUEIRA, 2019, p. 63).

Percebe-se que a formação de um ajuste que oportunize a satisfação de ambas as partes é um fator de pacificação social.

Na compreensão de Fernanda Maria Afonso Carneiro, a mediação, em razão das suas características, é um dos instrumentos mais democráticos e participativos dentre os métodos disponíveis.

A participação de um terceiro no processo, denominado mediador, que orienta e auxilia as partes a chegarem ao consenso, sem, contudo, interferir na decisão, é o que torna a mediação como um dos instrumentos mais democráticos e participativos entre os mecanismos consensuais de solução de conflitos de interesse. A participação direta das partes nas negociações é destacada pelos estudiosos do tema como um dos mais fortes preceitos da mediação, conforme esclarece Tartuce (2015, p. 211) ao expor que o mecanismo “permite que o indivíduo decida os rumos da controvérsia, resgate sua responsabilidade e protagonize uma saída consensual para o conflito, o que o inclui como importante ator na configuração da solução da lide...”, e destaca, ainda, fortalecendo o seu argumento que “a mediação, enquanto método que concebe o mediando como protagonista de suas próprias decisões e responsável por seu próprio destino, está fundamentada na dignidade humana em seu sentido mais amplo” (CARNEIRO; SILVA, 2019, p. 12).

Não se pode olvidar, que a imposição do Poder Judiciário, através de suas sentenças, pode significar uma composição injusta, levando-se em conta a controvérsia e o tempo para que essa decisão seja proferida. Salieta-se que esse modelo, onde há um perdedor e um ganhador, não soluciona o problema do conflito social. Sendo assim, para que haja uma a promoção quanto a mudança da realidade, é necessárias normas claras que induzam a autocomposição (CARNEIRO; SILVA, 2019, p. 14-15).

Os autores Eduardo Cambi, Adriane Haas e Nicole Schmitz, referem o quanto a mediação pode ser benéfica para a promoção do diálogo e pacificação social.

A mediação é denominada pela Ministra Nancy Andrighi como justiça doce e na medida em que for institucionalizada na mente humana, nas famílias, nas escolas e nas comunidades tem potencial para abrandar os conflitos existenciais e sociais pela promoção do diálogo entre as partes interessadas (saber ouvir/saber falar) (CAMBI; HAAS; SCHMITZ, 2019, p. 477).

Dessa forma, posto que a mediação uma ferramenta de pacificação social, não se pode esperar que haja ganhador ou perdedor, já que se espera dos envolvidos

que tenham encontrado a solução mais favorável do conflito, para ambas as partes.

Se assevera, que quando as partes permitem que haja harmonia entre si, também estão facilitando a possibilidade do consenso, entretanto, quando há oposição, a probabilidade da não resolução aumenta de maneira descomunal.

Nesse sentido, cabe mencionar Fernanda Maria Afonso,

A mediação tem em vista o acordo pela liberdade da escolha e consensualidade, possibilitando, dessa maneira, a continuidade de relacionamentos futuros por meio da prevenção de possíveis controvérsias, se constituindo, dessa forma, na alternativa mais significativa na busca da almejada celeridade e efetividade da solução dos conflitos, quer sejam elas judiciais ou extrajudiciais. Mais que um mecanismo para combater a morosidade do Poder Judiciário, o objetivo primordial da mediação é oferecer às partes a possibilidade de solucionar seus conflitos de uma maneira materializada pela celeridade, eficiência e validade judicial, contribuindo, decisivamente, para a implantação de uma cultura da paz na sociedade e a conquista da tão almejada pacificação social (CARNEIRO; SILVA, 2019, p. 14-15).

Por vezes, se realizada de forma natural, a mediação evitará que um conflito se torne um confronto, com implicações mais complexas. Nesse sentido, reconhecendo a importância de se lançar entre a formalidade e informalidade, prevalecerá a certeza da necessidade de desenvolver o método da mediação como meio essencial para uma justiça de qualidade e eficácia.

Alguns autores, como Luciana Aboim. Luiz Eduardo Gunther. Daniella Machado Ribeiro, mencionam como objetivo da mediação a transposição de barreiras.

A mediação apresenta-se como aprimoramento de outros meios de justiça, com capacidade de em situações de conflito, buscar a solução pelos próprios sujeitos envolvidos, como indivíduos capazes e responsáveis na definição de parâmetros de entendimento e pacificação. Na prática, é relevante a mediação, em caso de conflito que envolva contraposição de conduta atual ou eminente, pois seu objetivo é o de transpor barreiras individuais propiciando uma solução coletiva (ABOIM; GUNTHER; GOEDERT, 2019, p. 5).

Em virtude da crise do Poder Judiciário se deu o estímulo aos métodos consensuais de resolução de conflitos, chamados por alguns autores de métodos alternativos de pacificação social. Nota-se o caráter pedagógico, pois cabe conscientizar as partes envolvidas na demanda de que é melhor evitar o processo do que demandar em juízo.

Entre os objetivos da mediação, tem-se o reconhecimento do “bom senso” como peça estruturante, se exigindo do mediador sensibilidade e sensatez. Isso

aponta para um adjetivo que se espera do mediador, que é a capacidade de demonstrar a importância de cada litigante dentro da controvérsia, delegando, de forma efetiva, àqueles o poder de decisão.

Frisa-se que, ao aludir sobre a sensibilidade do mediador, não está se referindo ao seu domínio quanto as técnicas da mediação, mas sim, quanto a sua percepção para identificar os sentimentos que se apresentam e fazê-los exteriorizar-se de forma apropriada, auxiliando as partes em reconhecer-lhes as exatas dimensões e a lidar com elas.

Por essas características que facilitam aos litigantes o alcance de soluções benéficas para ambas as partes, a mediação busca, além de diminuir as interpelações judiciais, a preservação das relações. Dessa forma, tem-se que a verdadeira justiça somente poderá ser alcançada mediante a resolução da controvérsia com a apaziguamento do relacionamento entre as partes. Com a aplicação da mediação, pode-se dizer que o Estado está próximo da conquista da pacificação social e da harmonia entre os cidadãos.

4 MEDIAÇÃO EM PERSPECTIVA COMPARATISTA E AS (POSSÍVEIS) CONTRIBUIÇÕES PARA O DIREITO BRASILEIRO: ESTUDO DA LEGISLAÇÃO SOBRE MEDIAÇÃO NOS PAÍSES ARGENTINA E URUGUAI

4.1 REGRAMENTO JURÍDICO DA MEDIAÇÃO NOS PAÍSES MEMBROS DO MERCOSUL

Por certo que o problema da litigiosidade não é característico apenas de alguns países, tal fenômeno é mundial. E as causas disso são várias, como o excesso de processos, carência de servidores, morosidade do judiciário, a dificuldade de acesso à justiça, enfim, há um total descrédito nas instituições estatais. Tudo isso gerou uma preocupação e, ao mesmo tempo, uma propagação dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Observa-se que, face a complexidade das sociedades contemporâneas, as quais estão cada vez mais multiculturais e conflituosas, há a necessidade do desenvolvimento de meios mais eficientes para a resolução de controvérsias e estímulo a cultura da paz.

Assim, em razão das vantagens oferecidas pelo método comparativo, sendo a mediação um dos meios mais efetivos na obtenção de consenso na solução de conflitos, e levando em conta as características apresentadas pelos países, visto que os problemas enfrentados pelo Brasil no que tange a litigiosidade são semelhantes, e, ainda, em razão da proximidade linguística e cultural, será explorado o tratamento jurídico dos países da Argentina e Uruguai no que tange a mediação, a partir de um estudo das legislações e regulamentações vigentes, assinalando as possíveis similaridades e diferenças, possibilidades e alcances, bem como avanços e problemas enfrentados.

A partir da revisão bibliográfica, buscará identificar motivos que ensejam a medida, sua operacionalização, a sua inclusão e as implicações atinentes da mediação dos países da Argentina e Uruguai.

4.1.1 Tratamento jurídico da Mediação na Argentina

Deve ser ressaltado que os estudos comparados entre Brasil e Argentina são importantes tendo em vista a proximidade que há entre ambos, tanto linguística

quanto cultural. Não apenas isso, há também uma proximidade entre ambos no espaço e no tempo. É nesse sentido que Isabela Maia Mesquita Martins aponta:

Os estudos comparados entre Brasil e Argentina são viáveis devido à proximidade entre ambos no espaço e no tempo, ou seja, “são duas sociedades próximas no espaço, cujos processos históricos se desenvolvem no mesmo quadro temporal”, havendo ainda características semelhantes, como “espaço efetivamente ocupado, estruturas dos dois Estados e o PIB de suas respectivas economias” (MARTINS, 2019, p. 6).

Antes de adentrar na legislação argentina, cabe explicar que o modelo de estado é constituído em uma federação que é dividida em províncias, sendo sua capital, Buenos Aires, uma cidade autônoma. Ao total são 23 províncias e uma cidade autônoma, Buenos Aires. Quanto as suas dimensões, a República Argentina é o segundo maior país da América do Sul e terceiro no quesito populacional (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 230).

Cada província tem sua Constituição própria, governo autônomo e legisladores próprios. Isso significa que as províncias possuem um certo grau de autonomia, porém, dependendo do tipo de matéria, devem se sujeitar às leis nacionais.

Anteriormente à experiência brasileira, a mediação já havia sido regulamentada na Argentina na década de 90, sendo considerada uma experiência bem-sucedida na América Latina. Foi nessa época que se iniciou as primeiras pesquisas objetivando compreender a situação do judiciário argentino, e a conclusão foi de que era necessário achar alternativas para o desfogamento do poder judiciário. Assim, especificamente em 1991, foi criada uma comissão argentina, formada por juristas, e enviados para conhecer o programa americano de solução alternativa de conflitos (MUNHOZ, 2014, p. 2)

Após conhecer o programa americano de solução de conflitos, a comissão argentina criou uma proposta e apresentou ao Ministro da Justiça à época. E foi em virtude dessa proposta que surgiu o programa nacional de mediação, chamado de “Plan Nacional Argentino de Mediación” (MUNHOZ, 2014, p. 2). Dentre as normas previstas no plano nacional, havia a fixação do prazo de cinco anos para que a mediação se tornasse obrigatória nos processos judiciais, sendo uma tentativa prévia de solução da controvérsia antes do início do processo, porém, sua exigência se limitava a algumas matérias de direito (MUNHOZ, 2014, p. 3). Assim, se deu a

resolução n. 279/1991, *del Ministerio de Justicia de la Nación*, criando a Comissão de Mediação, seguido pela Lei n. 24.573/1996, que depois sofreu alterações através da Lei n. 26.589/2010 (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 223).

No ano de 1992, com “o decreto presidencial n. 1.480, estabeleceu um grupo de mediadores, bem como a criação de uma escola de mediação e um plano piloto de experiência no âmbito da cidade de Buenos Aires” (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 223).

Posteriormente, foi publicada a Lei n. 24.573/1996, de Mediação e Conciliação, a qual estabelecia práticas autocompositivas no âmbito da província autônoma de Buenos Aires, tendo vigorando por quase quatorze anos. Essa experiência foi de grande valia para que houvesse o desenvolvimento da mediação, eis que se estabeleceu um ambiente de pacificação com a autocomposição (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 223).

Foi com a promulgação da Lei n. 24.573/1996, regulamentada pelo Decreto n. 91/98, que a mediação passou a ser reconhecida como instituto jurídico na Argentina.

Após a fase experimental positiva em Buenos Aires, se constatou a necessidade da criação de uma legislação que abarcasse todos os órgãos da justiça federal argentina. Assim, em 3 de maio de 2010, por meio do Decreto Presidencial n. 619/2010, publicado no Boletim Oficial do Estado em 06.05.2010, nasceu a Lei n. 26.589 de *Mediación y Conciliación*, que foi incorporada ao Código Processual Civil e Comercial Argentino, constando como obrigatória a mediação prévia, com validade em todo o território nacional (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 232).

Portanto, com a promulgação dessa lei, todas as províncias da argentina se sujeitaram a aplicação da mediação, não ficando limitada apenas para a Justiça de Buenos Aires.

Basicamente, há três leis vigentes que regulamentam a mediação na Argentina:

1) a Lei nº 24.573 (de 27/out/1995), que atualmente somente os artigos 32 a 40, que modificaram o Código Civil e Comercial da Argentina, ainda estão em vigor; 2) a Lei nº 26.589 (de 06/maio/2010), que revogou os artigos 1 a 31 da Lei nº 24.573/1995 e redefiniu o caráter obrigatório da mediação prévia aos processos judiciais; e 3) a Lei nº 27.222 (de 23/dez/2015), que altera a redação dos arts. 16 e 17 da Lei 22.362 (Lei de Marcas e Registros) e do art. 18 da Lei 26.589/2010 (casos em que mediação suspende os prazos de prescrição e decadência) (MARTINS, 2019, p. 7).

No Direito argentino, a mediação está dividida em pública, que é gratuita e voltada para a população hipossuficiente e realizada por centros públicos de mediação (por exemplo, na capital, na Diretoria Nacional do Ministério da Justiça ou no “Consultório Jurídico Gratuito” da Faculdade da Universidade de Buenos Aires), e em mediação privada, a qual é onerosa e efetivada fora do âmbito judicial, nos chamados espaços extrajudiciais, em escritórios particulares, por mediadores privados, os quais devem preencher alguns requisitos para atuar, ou também por associações (BAPTISTA *et al*, 2016, p. 7-8). Tanto na mediação pública quanto privada, há três formas de mediação:

- 1) por solicitação das partes, sendo conhecidas como mediações voluntárias;
- 2) por força de Lei, que são os casos das mediações prévias e obrigatórias;
- 3) por determinação judicial, quando, no curso do processo, o Juiz decide submeter o caso a uma mediação, suspendendo o processo judicial e encaminhando-o a um centro público ou privado (...) (BAPTISTA *et al*, 2016, p. 8).

Para María Cristina Di Pietro as formas de resolução de conflitos possuem dois canais de canalização do ponto de vista da mediação. Na mediação extrajudicial, que é aquela realizada em áreas que estão fora do sistema judicial, refere que os envolvidos não têm interesse em uma solução baseada em um fundamento legal e pode ser feita tanto por instituições públicas quanto privadas, sem a necessidade de um mediador, citando como exemplo, as mediações que são realizadas em centros comunitários, centros de bairro, em escolas, etc. Contrapondo, aponta que as mediações jurídicas são aquelas em que as partes têm uma reclamação baseada na lei e, assim, desejam uma solução com base legal (DI PETRO, 2019, p. 5).

Na Argentina, o órgão fiscalizador dos procedimentos de mediação é o Ministério da Justiça, Previdência e Direitos Humanos, ao qual é incumbido o dever de registrar e certificar todos os instrumentos competente, conforme prevê o artigo 29 da Lei n. 26.589/2010, além de ser responsável pela organização e administração do Registro Nacional de Mediação, onde consta os registros dos Mediadores, dos Centros de Mediação, dos profissionais assistentes e Entidades Formadoras (MARTIN, 2019, p. 9).

Os sistemas de mediação que são tomados como referência de gestão na Argentina, respondem a quatro protocolos diferentes da implementação da mediação no Setor da Justiça, conforme explica María Cristina Di Pietro (2019, p. 5, tradução

nossa):

- a.– Sistema conectado com o tribunal (Ex: Leis Nacionais, Província de Córdoba);
- b.– Sistema ligado ao tribunal (Ex: Prov. Rio Negro Lei).
- c.– Sistema "relacionado ao tribunal" (sua validade é geralmente reconhecido pela lei argentina).
- d.– Sistemas mistos.

Quando se está a falar de mediação conectado com o tribunal, está se referindo ao sistema onde o Poder Judiciário faz parte, não tem poder de gestão, mas responde em conjunto com um corpo de gestão, que controla a qualidade do serviço, o qual é uma função da administração da Justiça (DI PIETRO, 2019, p. 5).

No que tange o segundo protocolo, sistema “ligado” ao tribunal, está se referindo ao sistema administrado pelo Poder Judiciário, e, dessa forma, este é o órgão responsável pela formação dos mediadores, pelo serviço de mediação, seu monitoramento, e, ainda, pela avaliação final do programa (DI PIETRO, 2019, p. 5).

Diferentemente é o sistema “relacionado” ao tribunal, que, nesse caso, está se referindo que a mediação realizada entre as partes e seus efeitos são reconhecidos judicialmente. Isso significa que o que foi resolvido entre os envolvidos é aceito pelo poder público, administrativo e judicial (DI PIETRO, 2019, p. 5).

Por fim, o sistema misto é aquele que combina o modelo descrito na letra “a” (conectado) com o indicado na letra “c” (relacionado), que é o de maior aderência na Argentina, pois permite a coexistência da mediação judicial com processos de liquidação extrajudicial que ocorrem em diversas instituições sociais públicas e privadas, e que, posteriormente, se for o caso, possam ser tomadas como precedente pelo juiz (DI PIETRO, 2019, p.).

Para melhor compreensão da aplicação da mediação argentina, faz-se necessário analisar a legislação pertinente. De acordo com Lei n. 26.589/2010, a mediação é procedimento prévio e obrigatório nos processos judiciais, tendo por objetivo promover a comunicação direta entre as partes com a finalidade de solução extrajudicial da controvérsia. É o que prevê o artigo 1º da lei, que dita a obrigatoriedade da Mediação prévia a qualquer processo Judicial:

ARTICULO 1º - Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia (ARGENTINA, 2010).

Se extrai da leitura do artigo primeiro, que na Argentina a mediação é requisito obrigatório a todo processo que venha a ser judicializado, “chamando-se tal método de mediação prévia ou *mediación prejudicial*, devendo todos os eventuais processos em potencial passar por tal sistema de resolução de conflito” (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 232).

Tal obrigatoriedade fica ainda mais claro quando se observa o artigo segundo da lei, que prevê como requisito essencial para ingressar com a ação judicial, a comprovação de que se tentou realizar a mediação, através da juntada da *acta expedida y firmada por el mediador interviniente*⁵, assinada pelo mediador. Ainda, caso não seja juntada a referida carta, a ação pode ser declarada inepta face a ausência de documento essencial para a sua propositura.

Para ser considerada válida a mediação realizada, deverá constar em ata que as partes contaram com a presença de advogados por ocasião da mediação e que tiveram a intervenção de mediador, também advogado, levando em conta as garantias exigidas para a defesa dos direitos.

Deve-se mencionar, que não é qualquer tipo de ação que passa pelo procedimento obrigatório da mediação pré-judicial. Quando as demandas versarem sobre ações criminosas, medidas cautelares, processos de falência, de separação e divórcio, nulidade de casamento, adoção, entre outros, não há previsão da obrigatoriedade do procedimento de mediação, conforme se extrai dos artigos 4º e 5º da legislação argentina⁶.

⁵ ARTICULO 2º - Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente (ARGENTINA, 2010).

⁶ ARTICULO 4º - Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5º de la presente ley. (ARGENTINA, 2010)

ARTICULO 5º - Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;
- c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;
- d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;
- e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;
- f) Medidas cautelares;
- g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;
- h) Juicios sucesorios;
- i) Concursos preventivos y quiebras;
- j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;

Especificamente sobre demandas familiares, Lucas Alves Almeida e Mariana Cesco Ribeiro, apontam que

No que se refere aos assuntos familiares citados no artigo supra, precisamente na alínea b, cumpre frisar que embora não seja aplicável, a mediação será obrigatória em relação aos bens patrimoniais que derivam da relação familiar. Neste caso deverá o magistrado da lide, dividir o processo e encaminhar a parte referente ao patrimônio à mediação (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p. 233).

Ressalta-se que, mesmo diante da obrigatoriedade, prevista no artigo 1º da mencionada lei, o artigo 6º traz a aplicação facultativa do procedimento nos casos de execução e despejo (ARGENTINA, 2010).

Nesse sentido, Isabela Maia Mesquita Martins aponta alguns tipos de disputas que estão abarcadas pelo procedimento de mediação:

A mediação argentina, seja fornecida por serviços comunitários de mediação ou por órgãos privados, salvo as exceções previstas na Lei 26.589/2010, abarcam disputas sobre negócios (alcance de cláusulas contratuais, organização e administração societárias, cobranças), sobre família (guarda de filhos, regime de visitas, alimentos, divórcios), sobre assuntos entre vizinhos (danos, ruídos, convivência), sobre imóveis (locações, condomínio), sobre sucessões (partilha de heranças), sobre danos pessoais e seguros (danos e prejuízos responsabilidade de profissionais liberais, gastos por sinistros), dentre outros (MARTINS, 2019, p. 7).

Seguindo a análise da legislação, importante reflexão deve ser feita quanto aos princípios que regulam a mediação argentina e que são expressamente referidos pela própria lei. A previsão está no artigo 7º, que refere os seguintes princípios:

princípios da imparcialidade do mediador em relação aos interesses das partes envolvidas no processo; liberdade e voluntariedade das partes em conflito para participar na mediação; igualdade das partes no processo de mediação; consideração especial dos interesses de menores, pessoas com deficiência e idosos dependentes; confidencialidade em relação às informações divulgadas pelas partes, seus assessores ou terceiros durante o procedimento de mediação pré-judicial compulsória; promoção da comunicação direta entre as partes, com vistas à busca criativa e cooperativa de resolução de conflitos; celeridade do procedimento de acordo com o andamento das negociações e cumprimento do prazo fixo, se tiver sido estabelecido; e expressa a conformidade das partes para que os estrangeiros testemunhem o procedimento obrigatório de mediação pré-judicial (CARLOS; BORGES, 2019, p. 140-141).

k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;
l) Procesos voluntarios. (ARGENTINA, 2010)

No próprio artigo da lei, há a previsão de que o mediador, na primeira audiência, obrigatoriamente deverá informar os participantes sobre os princípios que regem o procedimento (ARGENTINA, 2010).

Ainda, a legislação argentina aponta algumas condições básicas para a atuação do mediador. Os requisitos estão previstos no artigo 11, devendo o mediador ter:

(...) a) título do advogado com três (3) anos de antiguidade; b) realizar a formação exigida pelos regulamentos; c) ser aprovado em teste de adequação; d) estar inscrito no Registro Nacional de Mediação; e) cumprir com os outros requisitos estabelecidos por regulamento (CARLOS; BORGES, 2019, p. 140-141).

A escolha será feita através de sorteio entre os mediadores que se encontram cadastrado no Ministério da Justiça, que é o órgão responsável pelo cadastramento. Há uma Comissão de Seleção e Fiscalização dos mediadores, formada por profissionais dos poderes Legislativo, Judiciário e Executivo. A legislação prevê também que

o Ministério de Justiça e Direitos Humanos, a partir da sua Diretoria Nacional de Mediação (*Dirección Nacional de Mediacón y Metodos Participativos de resolución de conflictos*), pode fornecer cursos gratuitos de mediadores, além de supervisionar os projetos e de homologar programas de formação e capacitação de mediadores e profissionais assistentes (ARGENTINA, 2011) Ademais, desde a Disposição nº 63/2004, a Diretoria Nacional de Mediação, a fim de incentivar a implementação da mediação na Argentina, incentivou a publicação de obras de legislação, doutrina e jurisprudência na série “*Cuadernos de Mediación*” (ARGENTINA, 2004) (MARTINS, 2019, p. 7-8).

A recusa do mediador pode ser feita pelas partes, num prazo de 05 dias após terem ciência do seu nome. Também poderão recusar o mediador durante a realização da mediação, quando verificarem a existência de algo que possa afetar a imparcialidade do mediador escolhido, e se este não se der por impedido, a decisão da impugnação será judicial, conforme se extrai do artigo 14 da legislação.

Ainda, quanto a escolha do mediador, o artigo 16 estabelece que a escolha pode ser feita por acordo das partes, quando escolherem o mediador por acordo escrito; por sorteio, quando a parte formaliza o pedido junto ao foro competente para promover o pedido; a requerimento do solicitante ao requerido, para que este selecione um mediador; e, ainda, durante a tramitação do processo, por apenas uma única vez, quando o juiz remete o processo para mediação, devendo a referida

mediação ser realizada perante mediadores inscritos no Registro Nacional de Mediação, sendo que sua designação se dará por sorteio, exceto se as partes acordarem em relação à pessoa do mediador (ARGENTINA, 2010).

No procedimento argentino, as partes precisam se fazer presentes no ato da mediação, sendo proibido fazê-lo por procuração, com exceção, claro, das pessoas jurídicas, conforme se depreende do artigo 19. A justificativa é óbvia, as partes devem buscar conservar a relação após mediar, e isso somente acontecerá se estiverem presentes na mediação (ARGENTINA, 2010).

Na previsão do artigo 20, há a exigência do prazo de 60 dias para a realização da mediação, contado a partir da última notificação enviada ao requerido ou terceiro, ser for o caso. Permite-se a prorrogação de prazo, desde que haja acordo entre as partes (ARGENTINA, 2010).

Se a mediação realizada findar sem acordo entre os litigantes, aquele que requereu a mediação estará autorizado a proceder com a ação judicial, conforme se denota do artigo 27. E não apenas nesse caso, a lei autoriza também o ingresso com o processo judicial, na ocorrência de descumprimento do acordo por uma das partes, sendo que a parte inadimplente estará sujeita ao pagamento de multa previsto no artigo 28 e do processo de execução previsto no artigo 30 (ARGENTINA, 2010).

De acordo com os artigos 8º e 9º, da Lei n. 26.589, as sessões serão confidenciais, incluindo o conteúdo dos documentos e/ou qualquer outro material que as partes prepararam ou estão avaliando para fins de mediação. Essa confidencialidade não requer acordo expresso das partes e está dispensada por disposição expressa das partes envolvidas ou quando for necessário para impedir a prática de um crime ou se estiver a ser praticado, para impedir que continue a ser cometido (ARGENTINA, 2010).

Ainda, há ampla liberdade do mediador em conduzir as sessões com as partes, podendo ser realizadas de forma conjunta ou separada, observando o não favorecimento de nenhuma delas e a confidencialidade.

A gratuidade no processo de mediação argentino, também está assegurado na legislação, especificamente no artigo 36. As partes hipossuficientes poderão solicitar a mediação gratuita e seu pedido será encaminhado aos Centros de Mediação do Ministério da Justiça, Segurança e Direitos Humanos e em Centros de Mediação Públicos que oferecer este serviço (ARGENTINA, 2010).

O relatório realizado pela Dra. Gladys Alvarez, em 2017, intitulado

“Diagnóstico de situação sobre mecanismos alternativos de resolução de conflitos (MASC) na Argentina”, apontou que, após mais de 20 anos de criação da mediação é possível identificar impactos positivos no acesso da população à justiça e na diminuição de litígios nas províncias que têm mediação. Observou que a resistência dos advogados está sendo gradualmente superada simultaneamente com a incorporação do MASC nos programas de graduação das Faculdades de Direito (ALVAREZ, 2017).

Entretanto, o relatório traz algumas conclusões não tão boas, pois para Dra. Gladys Alvarez, os programas de mediação criminal provinciais e locais devem ter um maior impacto restaurador. Alerta que se deve criar incentivos para as partes e advogados, a fim de contribuir para as boas práticas de mediação e implementar monitoramento de gestão e avaliação de desempenho, a fim de melhorar a qualidade do serviço, entre outras indicações (ALVAREZ, 2017).

Mesmo com os apontamentos do relatório acima mencionado, pode-se observar que a mediação aplicada na Argentina pode ser considerada um importante instrumento para a solução dos conflitos, pois o objetivo desse método, que é restabelecer e preservar a relação entre as partes, está sendo observado.

4.1.2 Legislação pertinente a Mediação no Uruguai

O Uruguai conta com uma legislação específica no que se refere a mediação. Dentro da mediação pública, há aquelas realizadas pelos Centros de mediação do Poder Judiciário e também as que são realizadas por Ministros de Paz Delegados de repartições fora da capital do país, as duas são do Poder Judiciário. Há também aquelas realizadas pelo Poder Executivo, especificamente pelo Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou ainda, por meio de órgãos descentralizados do executivo (CNAJ, 2020).

Além disso, tem-se a mediação privada, realizada por escritórios de advocacia, notários e associações. Os litigantes têm reconhecido as vantagens da mediação privada, por ser amigável, informal, rápida e baixo custo. Percebem a importância de resolverem a controvérsia através desse método que promove uma satisfação às partes, possibilitando a reconstrução das relações (CNAJ, 2020).

Desde a primeira Constituição da República de 1830, os métodos pacíficos de resolução de conflitos já estavam previstos no regulamento uruguaio. A

Constituição de 1967, no artigo 6º, estabelece que nos tratados internacionais que a República celebrar, esta deverá propor cláusula que, todas as divergências que surgirem entre as partes contratantes, serão resolvidas por arbitragem ou outros meios pacíficos (CNAJ, 2020).

No entanto, foi com a reforma do Código de Processo Civil uruguaio, ocorrido em 1989, que houve a primeira menção ao tema da resolução de conflitos extrajudicial. Em 1992, o Governo Federal firmou acordo com o Banco Interamericano de Desenvolvimento para a execução de um Programa de Reforma Setorial e instituição de métodos alternativos de resolução de conflitos. No ano de 1995, o governo assinou um convênio com o Ministério da Saúde no intuito de criar Centros de Mediação. Porém, apenas em 1996 a Suprema Corte de Justiça criou a Acordada n. 7276 para a instituição de Centros de Mediação e Capacitação (GOMES, 2017).

Através da Acordada n. 7.276, de 14 de fevereiro de 1996, o Supremo Tribunal de Justiça criou cinco Centros de Mediação, os quais foram institucionalizados pela Lei n. 17.296 de 2001. Esses Centros de Mediação do Poder Judiciário, surgiram após a realização do Acordo de Cooperação Interinstitucional com o Ministério da Saúde Pública firmado com o Supremo Tribunal de Justiça, com objetivo de instalar Centros de Autocomposição de Conflitos em diferentes áreas do Departamento de Montevideú. Esses cinco Centros Piloto de Mediação, passaram a funcionar em Centros de Saúde de Bairro, os quais foram escolhidos de forma estratégica (bairros populosos, carentes e com difícil à justiça). Mas é a Lei n. 16.995, de 9 de junho de 1998, no seu artigo 2º, que pela primeira vez reconhece juridicamente a mediação, juntamente com a conciliação judicial e administrativa e também a arbitragem, como formas de solução de conflitos, estabelecendo que em qualquer desses processos as partes deveriam estar assistidas por advogado, excetuando-se nas demandas cujo valor não ultrapassasse 20 UR (CNAJ, 2020).

Em 24 de setembro de 2004, no Código da Infância e da Adolescência (Lei n. 17.823), a mediação foi reconhecida como uma das medidas socioeducativas não privativas de liberdade para adolescentes em conflito com o direito penal. O sistema traz forte incentivo a mediação entre a vítima e o adolescente que cometeu a infração, na busca pela justiça restaurativa, responsabilizando-o pelos seus atos lesivos, mas de forma a educá-lo, e assim promover sua inclusão social (CNAJ, 2020).

Especificamente, no artigo 83 do Código da Infância e da Adolescência, na seção de medidas socioeducativas não privativas de liberdade, há a previsão do juiz

encaminhar o processo à mediação em qualquer fase processual, desde que haja prévio acordo do adolescente e da vítima, ou, ainda, a requerimento da parte. Em ocorrendo o acordo, após elaboração de laudo técnico e ouvida a defesa e Ministério Público, o magistrado avaliará sobre o encerramento do processo. Tal decisão se tornará obrigatória se o parecer do Ministério Público for favorável (CNAJ, 2020).

Na esfera trabalhista, a mediação, juntamente com a negociação coletiva, está prevista na Lei n. 18.566, de 30 de setembro de 2009. Com a promulgação dessa lei, os conflitos coletivos pertinentes às relações de trabalho, até mesmo as negociações salariais, passaram a funcionar no âmbito do Ministério do Trabalho e Previdência Social. São audiências administrativas, voluntárias, realizadas no âmbito do Poder Executivo, e com intervenção direta de funcionários do Ministério do Trabalho e Previdência Social, especializados em mediação e conciliação. As referidas audiências podem ser solicitadas a pedido de qualquer uma das partes, podendo escolher entre os dois métodos (CNAJ, 2020).

Em 2008, a Circular n. 51 estabeleceu as tarefas que deverão serem desempenhadas por aqueles que queiram atuar no Centros de Mediação do Uruguai, mencionando que terão que elaborar atas de acordos de mediação, atendimento ao cliente e levantamento de dados estatísticos primários (URUGUAI, 2008).

No mesmo ano, a Lei n. 18.308, que estabelece o quadro regulamentar geral do ordenamento do território e do desenvolvimento sustentável, especificamente no artigo 80, permitiu que as instituições públicas, em áreas específicas ou questões setoriais, poderiam iniciar processos de negociação ou mediação de conflitos, voluntariamente e por mútuo acordo.⁷

Posteriormente, no ano de 2009, com a Circular n. 128, houve a Regulamentação dos Centros de Mediação. Na oportunidade, criou-se um Manual de Operações, levando em consideração a situação presente dos Centros de Mediação, no intuito de unificar os critérios, permitindo uma ideia precisa da tarefa desenvolvida pelas dependências do Poder Judiciário (URUGUAI, 2009).

Com a aprovação do Manual de Operações dos Centros de Mediação pelo órgão do Supremo Tribunal de Justiça, ficou especificado, dentre muitas obrigações,

⁷ Artículo 80. (Solución de divergencias) - Las instituciones públicas, ante divergencias sobre criterios de ordenamiento, en zonas concretas o asuntos sectoriales, podrán iniciar procesos de negociación o mediación de conflictos, de forma voluntaria y de común acuerdo. A estos efectos podrán requerir la colaboración de la Dirección Nacional de Ordenamiento Territorial (URUGUAI, 2008).

que deverá ser oferecido à população o acesso a um método de autocomposição, que favorecesse diálogo e a busca conjunta de soluções para situações em conflito que de alguma forma afetassem o relacionamento entre os envolvidos na controvérsia. Também ficou estabelecido, a condução de instâncias de mediação, a fim de promover o reconhecimento desta como um meio de resolução de conflitos e manutenção dos princípios de voluntariedade, confidencialidade e neutralidade (URUGUAI, 2009).

Ainda, referido manual indica a necessidade de fornecer um serviço que aproxime a justiça aos habitantes de bairros populosos, aqueles localizados longe do centro da cidade e com poucos recursos econômicos. Elevar-se à solução do conflito, fortalecer o debate de valores e a organização do esquema social dentro do qual vivem, também ficou descrito no Manual de Operações dos Centros de Mediação (URUGUAI, 2009).

Fazer parte da reconstrução de redes sociais e comunitárias, com a finalidade de encontrar soluções para os conflitos quando se iniciarem, impedindo-os de se tornarem situações violentas e colaborar para a edificação da cidadania responsável, assessorando nos direitos e deveres do cidadão perante outros e perante o Estado, também são obrigações constantes no manual (URUGUAI, 2009).

Com a Acordada n. 7.389, foram estabelecidas as atividades dos funcionários dos Centros de Mediação (URUGUAI, 2008).

Deve ser considerado que a mediação não é obrigatória no Uruguai. As partes são encaminhadas para os Centros de Mediação, Juizados Criminais, Juizados de Contravenções ou Juvenis, mas, no entanto, a obrigação termina com o comparecimento no Centro de Mediação. As partes serão orientadas quanto a possibilidade da realização da mediação, porém terão liberdade em utilizar ou não o serviço. O acordo firmado é considerado um contrato privado que poderá ser encaminhado ao tribunal competente para a sua homologação (URUGUAI, 2008).

Em 2009, com o Convênio n. 7.654, se estabeleceu as atribuições dos Juízes de Paz Adjudicados aos Tribunais fora da Capital, o seu poder de conciliar e, ainda, o papel do mediador como facilitador na autocomposição de conflitos (URUGUAI, 2008).

Diferentemente da mediação, a conciliação prévia é obrigatória em matéria cível, estando estabelecida constitucionalmente desde a Constituição de 1830. Na Constituição de 1967, está previsto no artigo 255 (URUGUAI, 2008). Nesse sentido,

Janaína Albuquerque Azevedo Gomes, aponta que

Mediação é facultativa no ordenamento uruguaio, mas a conciliação é obrigatória. Os mediadores podem ser juízes de paz ou ingressarem nos Centros de Mediação por concurso público. Por esta razão os acordos obtidos pela mediação não carecem de homologação judicial e, por ser vista como uma atividade social, não deve ser confundida (...) com a tentativa preliminar de acordo que deve ser obrigatoriamente proposta pelo juiz ao iniciar uma audiência (GOMES, 2017, p. 45)

Quanto a conciliação administrativa e judicial, estão reguladas pela Lei n. 16.995/1998, no artigo 2º, constando como formas de resolução de conflitos. Estabelece ainda, que é obrigatório a presença de advogado em qualquer dos processos, o qual deverá acompanhar as partes até o final do procedimento, excetuando-se nas causas que não ultrapassem o valor de 20 UR (URUGUAI, 2008).

A página eletrônica do Poder Judicial do Uruguai, além de prestar informações/orientações, afirma que a mediação é uma ferramenta útil para a reconstrução de redes sociais e comunitárias, pois é um processo rápido, espontâneo e sigiloso, e que tem por objetivo a promoção do diálogo, a compreensão e o acordo entre os litigantes. Refere ainda, sobre a intervenção de mediadores capacitados para estabelecer a comunicação entre as partes litigantes, bem como preparados para ouvir e orientá-los de forma imparcial, e assim ser possível descobrir soluções ao mesmo tempo satisfatórias e sustentáveis. Claro que, para isso, a solução para a controvérsia deve partir das partes envolvidas e não ser estabelecida pelos mediadores (URUGUAI, 2012).

Dentre as atribuições do Departamento de Mediação, está a responsabilidade técnica e administrativas pelos Centros de Mediação, bem como pela equipe de mediadores e pelo gabinete administrativo (URUGUAI, 2012). Cabe apontar, quais são obrigações do Departamento de Mediação:

- Promover a divulgação e o conhecimento da visão, missão e objetivos dos Centros de Mediação, ao nível interinstitucional e da população em geral.
- Promover a formação contínua, educação e informação dos mediadores em áreas que resultem no melhor desempenho da sua tarefa.
- Desenvolver a confiança, a motivação e a ética dos mediadores para que cumpram integralmente as tarefas dos Centros de Mediação.
- Incentivar e coordenar o trabalho em rede com outras instituições, públicas, privadas e da sociedade civil organizada (URUGUAI, 2012).

No que tange os Centros de Mediação, é atribuído uma série de

responsabilidades como:

- Oferecer à população, gratuitamente, o acesso a um método de autocomposição de conflitos, que favoreça o diálogo, a compreensão e a busca conjunta de soluções para situações de conflito que afetam o relacionamento das pessoas em diferentes áreas de suas vidas.
- Conduzir as instâncias de mediação, promovendo a confiança nela como mecanismo de resolução de conflitos e mantendo os princípios da voluntariedade, confidencialidade e neutralidade.
- Prestar um serviço que permita uma primeira aproximação do sistema de justiça aos habitantes de bairros populosos, distantes da zona central do departamento e com escassos recursos económicos.
- Transcender a solução de um conflito entre duas ou mais pessoas, promovendo o debate de valores e a organização do esquema social em que convivem.
- Realizar um programa contínuo de divulgação dos Serviços prestados ao nível das organizações públicas e privadas localizadas nas diferentes áreas de influência dos Centros.
- Contribuir para a reconstrução de redes sociais e comunitárias de forma a encontrar soluções para os conflitos quando estes começam a surgir, evitando que conduzam a situações de violência.
- Contribuir para a construção de uma cidadania responsável, aconselhando sobre os direitos e deveres das pessoas perante os demais cidadãos e perante o Estado.
- Utilizar racionalmente os diferentes serviços, referindo-se aos órgãos públicos e privados competentes em cada caso, quando este não for o âmbito adequado para o problema levantado, ou quando não for da vontade das partes iniciar um processo de mediação (URUGUAI, 2012).

Embora não há obrigatoriedade da realização da mediação antes do ingresso com a ação judicial, percebe-se uma preocupação quanto a solução dos conflitos, havendo grande incentivo para que os envolvidos em controvérsia procurem, através do diálogo e da compreensão, encontrar uma solução adequada para o seu conflito.

4.2 ANÁLISE LEGISLATIVA DA MEDIAÇÃO E AS POSSÍVEIS CONTRIBUIÇÕES PARA O BRASIL

A função inicial do direito comparado é aquisição de conhecimento, e a secundária, a utilização dessas informações e/ou resultados para que se alcance objetivos específicos, analisando as diferenças e semelhanças entre os ordenamentos jurídicos dos países escolhidos.

Todas as iniciativas de promoção a criação de métodos alternativos nos países analisados, se originaram na deficiência e sobrecarga do poder judiciário. Ressalta-se que a mediação não deve ser vista como o principal motivo para o alívio

da sobrecarga do judiciário. Deve sim, ser reconhecido o seu real significado, que é a promoção do restabelecimento das relações e da paz social. E assim sendo, deve-se sempre ponderar o aspecto qualitativo da mediação e não quantitativo, pois dessa forma, estará se evitando que aquelas partes que estavam em conflito voltem ao judiciário.

Portanto, a finalidade da mediação é a pacificação social dos envolvidos na controvérsia e não a diminuição das demandas judiciais, essa deve ser consequência daquela.

Após a abordagem da mediação nos países do Brasil, Argentina e Uruguai, far-se-á considerações de acordo com a especificidade de cada país.

Muito embora já havia incentivo da utilização de métodos autocompositivos no Brasil, foi somente com Código de Processo Civil de 2015 e com a Lei da Mediação brasileira (Lei n. 13.140/2015), que se passou a difundir com mais veemência a mediação e demais meios de resolução de conflitos. Aliado a isso, o CNJ é grande incentivador quando se refere aos meios alternativos de resolução de conflitos. Mesmo sendo uma legislação recente, os dados apresentados pelo CNJ⁸ mostram que se está no rumo certo.

Diferentemente do Brasil, a mediação na Argentina e no Uruguai já está consolidada há bastante tempo. O método está previsto como instituto jurídico na Argentina desde a promulgação da Lei n. 24.573/1995. Quanto a elaboração do anteprojeto argentino, Antônio Veloso Peleja Júnior, refere que

Nos estudos para a elaboração do anteprojeto da Lei da Mediação constataram-se problemas ainda mais graves daqueles já comuns no Brasil. O sistema judicial argentino entrou em colapso em razão do congestionamento pela sobrecarga de causas, resultado da altíssima taxa de litigiosidade. O ingresso de causas nos tribunais excede totalmente as possibilidades de absorção do sistema, situação que guarda umbilical paralelismo com a realidade brasileira (PELEJA JÚNIOR, 2019, p.109).

No Uruguai, são mais de 24 anos de regulamentação da mediação, tendo início em 1996 com a Acordada n. 7.276, que na oportunidade criou cinco centros de

⁸ Em 2019, apenas 12,5% de processos foram solucionados via conciliação. Em relação a 2018, houve aumento de apenas 6,3% no número de sentenças homologatórias de acordos, em que pese a disposição do novo Código de Processo Civil (CPC), que, em vigor desde 2016, tornou obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação. Conforme registrado no presente Relatório, aproximadamente 31,5% de todos os processos que tramitaram no Poder Judiciário foram solucionados (CNJ, 2020).

mediação, e, posteriormente, em 2009, através da Circular n. 128, quando houve a regulamentação dos Centros de Mediação.

Conforme pontua Antônio Veloso Peleja Júnior, “os projetos brasileiros de mediação inspiram-se no argentino, com exceção do caráter obrigatório da mediação” (PELEJA JÚNIOR, 2019, p.110).

Especificamente quanto a obrigatoriedade da realização da mediação antes do ingresso no judiciário, os países divergem. Talvez esse caráter compulsório seja uma das principais diferenças que influenciam na efetividade dos meios autocompositivos.

Enquanto que no Brasil, não há obrigatoriedade em realizar a mediação⁹, pois uma vez protocolada a ação, a parte requerida será citada para uma audiência de conciliação ou mediação, facultando a esta se negar comparecer, na Argentina o procedimento é obrigatório, previsto no artigo 1º da Lei n. 26.589/2010¹⁰, devendo as partes comprovarem que estiveram presente no centro de mediação para tentarem a resolução do conflito.

No Uruguai também não há a exigência de que as partes conflitantes tenham que passar pelo procedimento da mediação. No entanto, quando se refere a conciliação, se torna obrigatório.

No que tange a estrutura para a realização do procedimento da mediação no Brasil, a Resolução n. 125 do CNJ compeliu os tribunais a criarem os Núcleos de Conciliação e Mediação. Esses núcleos fazem parte do Poder Judiciário e trata-se de uma fase para se alcançar uma decisão judicial. Cabe citar o artigo 1º da Resolução¹¹, que estabelece a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, que deve propiciar que todos tenham acesso a solução dos conflitos por meios adequados, levando em consideração a natureza e peculiaridade do conflito.

Diante dessa norma, os tribunais estruturaram o funcionamento dos núcleos, com a instalação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e

⁹ Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: (...) § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação (BRASIL, 2015),

¹⁰ ARTICULO 1º – Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

¹¹ Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade (BRASIL, 2010).

Cidadania (CEJUSC), investindo na formação e no treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, conforme disposto na resolução do CNJ.

Seguindo a disposição da Resolução, o CPC de 2015 (artigos 165 a 175) determinou que os tribunais teriam que criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, os quais deveriam ser responsáveis pela realização das audiências de conciliação e mediação. E não apenas isso, mas também responsáveis pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. Como bem aponta Isabela Maia Mesquita Martins

A mediação judicial brasileira é realizada pelos conciliadores ou mediadores nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) (art. 165 do CPC e art. 24 da LM), ao passo que a mediação privada é normalmente realizada por câmaras de mediação (MARTINS, 2019, p. 12).

Em referência aos CEJUSCs, Lucas Alves Almeida e Mariana Cesco Ribeiro, mencionam que

(...) os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania atuarão na resolução de conflitos que ainda não chegaram à esfera judicial, ou seja, as situações pré-processuais, onde as partes antes mesmo de acionarem a máquina judiciária, por iniciativa de uma ou de ambas as partes, ou mesmo na pessoa de seu advogado, comparecem ao Cartório do CEJUSCs, e solicitam a mediação (ALMEIDA; RIBEIRO, 2019, p.227).

Na Argentina, a mediação é realizada por centros públicos de mediação, quando se tratar de mediação pública, e conseqüentemente, gratuita. Se for mediação privada, ou seja, onerosa, é realizada em espaços extrajudiciais, como escritórios particulares, por mediadores privados ou associações. Já no Uruguai, a mediação se dá pelos centros de mediação do Poder Judiciário e por Ministros de Paz Delegados de repartições fora da capital do país, pelo Poder Executivo (Ministério do Trabalho e Previdência Social) e por meio de órgãos descentralizados do executivo, quando se tratar de mediação pública. Em sendo mediação privada, pode ser realizada por escritórios de advocacia, notários e associações.

Referindo-se a mediação privada e pública praticada pelo Brasil e Argentina, Isabela Maia Mesquita Martins conclui que

Assim, diferentemente da Argentina, em que a mediação privada é a grande responsável pelo avanço da mediação no país, nota-se que no Brasil a mediação privada é bastante incipiente, de modo que prepondera a mediação judicial (dentro dos tribunais), fomentada basicamente pelo Estado

(representados pelo Ministério da Justiça e pelo CNJ) (MARTINS, 2019, p. 16).

Assim, tem-se a mediação judicial, aquela realizada pelo Poder Judiciário, podendo ocorrer, não somente antes, mas também durante ou mesmo após o ingresso da ação judicial. Cabe ainda mencionar, que a mediação tem diversas “variações”, ou seja, pode ser privada, comunitária, escolar, e ainda, realizada por alguma entidade pública que não o judiciário (SILVA; FLEISCHMANN, 2018).

Fazendo uma análise da mediação judicial e extrajudicial, pode-se verificar que a mediação extrajudicial possui mais vantagens, pois além de evitar a judicialização da controvérsia, apresenta outros pontos positivos, como a redução de custos, soluções mais céleres, autonomia de vontade, privacidade, entre outras.

Ainda, em se tratando de mediação privada, a lei estabelece que as partes poderão estar assistidas por advogados ou defensores públicos, a passo que na mediação judicial, a legislação determina que deverão se fazer acompanhadas.¹² No que tange a gratuidade da mediação, a norma garante esse benefício aos necessitados.¹³

Independentemente de ser judicial ou extrajudicial, não há dúvidas que a mediação oferece muitas vantagens ao ser comparada aos outros meios de resolução de conflitos, especialmente por esse método por buscar o restabelecimento da relação entre os litigantes.

Dentro da análise das legislações, há outro ponto importante que deve ser mencionado. Se refere a formação dos mediadores, visto que as exigências são diferenciadas em cada país. No Brasil, não há exigência de que o mediador tenha formação na área jurídica, diferentemente da Argentina. Nesse sentido, pontua Isabela Maia Mesquita Martins:

Embora no Brasil o mediador siga basicamente os mesmos princípios do mediador argentino (imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes,

¹² Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001. Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública (BRASIL, 2015).

¹³ Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação (BRASIL, 2015).

oralidade, informalidade autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé), diferentemente da Argentina, adota-se o modelo multidisciplinar de formação do mediador no Brasil (não restrito à área jurídica, podendo ser antropólogos, educadores, artistas, engenheiros, dentre outros), além de indicar um procedimento padrão para todo o país, sem a exigência da presença de advogados acompanhando as partes (visão de papel combativo e não colaborativo dos advogados brasileiros), tendente a se transformar em ato processual formal sob a forma de audiência ou de acordo homologado judicialmente (MARTINS, 2019, p. 12).

Observa-se que na Argentina, além da exigência de o mediador ter formação jurídica, há a exigência de que as partes estejam acompanhadas de advogados para realizar a mediação, o que não é obrigatório na legislação brasileira. Nesse sentido,

No modelo portenho, aqui considerado, o mediador será sempre um advogado capacitado para o exercício da função. Ele deverá ter três anos de formação em Direito e, para ser mediador, deverá fazer uma prova organizada pelo Ministério da Justiça, para que obtenha o Registro Nacional de Mediador (BAPTISTA *et al*, 2016, p. 4).

No Brasil “pode ser mediador judicial qualquer profissional de nível superior completo, com registro de profissional habilitado, desde que realize os cursos de capacitação mínima” (MARTINS, 2019, p. 13). E para 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 (art. 9º da Lei de Mediação)” (MARTINS, 2019, p. 14).

Ainda, quanto ao mediador, Miguel Kfoury Neto (2017, p. 125) aponta que

Para o CONIMA cabe ao mediador, através de uma série de procedimentos e de técnicas próprias, identificar os interesses das partes e construir com elas, sem caráter vinculativo, opções de solução, visando ao consenso e/ou à realização do acordo. A mediação envolve aspectos emocionais, relacionais, negociais, legais, sociológicos, entre outros. Assim, quando necessário, para atender às peculiaridades de cada caso, também poderão participar do processo profissionais especializados nos diversos aspectos que envolvam a controvérsia, permitindo uma solução interdisciplinar por meio da complementaridade do conhecimento.

Ao analisar a legislação uruguaia no que se refere a formação do mediador, observa-se que os mediadores podem ser juízes de paz ou ingressarem por concurso público nos Centros de Mediação, ou seja, não há exigência de qualificação específica para atuar como mediador, porém menciona sobre a importância da capacitação dos mediadores. No que tange a obrigatoriedade de as partes estarem acompanhadas por

advogados, não há menção quando se trata da mediação, diferentemente da conciliação, em que é necessário a participação de advogado no ato conciliatório.

Ainda, os ordenamentos jurídicos divergem em algumas matérias que podem ser mediadas. Na Argentina, por exemplo, é possível realizar a mediação quando a matéria for sobre

(...) negócios (alcance de cláusulas contratuais, organização e administração societárias, cobranças), sobre família (guarda de filhos, regime de visitas, alimentos, divórcios), sobre assuntos entre vizinhos (danos, ruídos, convivência), sobre imóveis (locações, condomínio), sobre sucessões (partilha de heranças), sobre danos pessoais e seguros (danos e prejuízos responsabilidade de profissionais liberais, gastos por sinistros), dentre outros (MARTINS, 2019, p. 8).

A legislação brasileira, estabelece que se aplica a mediação sobre direitos disponíveis e também indisponíveis, desde que admitam a transação, conforme refere Isabela Maia Mesquita Martins

As Disposições Gerais da Lei de Mediação, no Brasil, se aplicam para a mediação judicial e extrajudicial de conflitos, de modo que é possível haver mediação de conflitos, preferencialmente quando há vínculo anterior entre as partes (art. 165, §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 (art. 3º da Lei 13.140/2015) (MARTINS, 2019, p. 15).

Analisando a legislação do Uruguai, além da aplicação em matéria cível, a mediação é aplicada no Código da Infância e da Adolescência reconhecida como uma das medidas socioeducativas não privativas de liberdade para aqueles adolescentes em conflito com o direito penal. Também, na seara trabalhista é utilizado o método da mediação. Juan Carlos G. Dupuis, explica que na Argentina:

Ainda não existe uma aceitação generalizada das vantagens dos meios alternativos de resolução de conflitos.

Isso é observado:

* em parte de advogados, que preferem litigar, porque foram educados na cultura do litígio.

* em alguns magistrados e funcionários do Judiciário, que não aceitaram este método como bom.

* Em grande parte da comunidade - eventuais usuários do sistema de justiça - que também não são educados nesses princípios. No entanto, a mediação comunitária e escolar está avançando aos trancos e barrancos. São várias as escolas que iniciaram experiências de mediação, o que contribuirá para a formação de futuros cidadãos não violentos, sem drogas e negociadores (DUPUIS, 2016, tradução nossa).

Pode-se afirmar que o Brasil possui um modelo adequado de mediação, porém, se trouxesse a obrigatoriedade da utilização desse meio autocompositivos, poderia ter resultados mais efetivos. Se a intenção é o reconhecimento desse método em “larga escala”, fica difícil esperar que as partes de boa vontade se disponham ou busquem a mediação para a resolução do conflito. Ainda, a falta de informação adequada quanto a efetividade do método também seja um dos motivos pelos quais a mediação não seja utilizada com frequência.

Por óbvio que, analisando suas características, a presença forçada das partes, não combina com o que se propõe com a mediação. Entretanto, a fim de realizar uma mudança cultural, é necessário que os litigantes sejam “compelidos” a construir, de forma consensual e dialogada, a solução para os seus problemas.

No contexto geral, percebe-se que os ordenamentos jurídicos dos países, buscam atender ao que se propõe a mediação, que é a preservação da relação entre os litigantes, evitando que retornem ao judiciário para discutir outras demandas, ou mesmo, rediscutir a mesma, bem como a pacificação social.

Após analisar as legislações dos países da Argentina e Uruguai, frente a legislação brasileira podemos pontuar que, a obrigatoriedade de mediar antes do ingresso da ação judicial é positiva se considerarmos os benefícios que a mediação permite. Como já mencionado, obrigar as partes a mediar não condiz com as características da mediação, como por exemplo, a voluntariedade. Talvez seja necessária essa exigência, num primeiro momento, para que as partes sejam compelidas a tomarem consciência da sua responsabilidade na resolução do litígio que deram causa.

Também, a formação dos mediadores merece mais atenção. A preocupação na formação destes deve ser constante, pois é pela sua atuação que se pode afirmar que a mediação atingiu seu objetivo. Demonstrar conhecimento, imparcialidade e confidencialidade fará com que as partes envolvidas na controvérsia acreditem nesse método como a opção mais sadia para resolução do litígio. Assim sendo, a propagação da efetividade desse meio de resolução de conflitos ganhará mais adeptos.

Considerando que a legislação brasileira, de modo geral, pode ser considerada adequada, fica o questionamento do porquê ainda os cidadãos não buscam se utilizar desse método para a resolução dos seus litígios. Por certo que é necessária uma mudança cultural, que deve iniciar nos meios acadêmicos, com a

promoção dos meios adequados de resolução de conflitos em suas disciplinas, a fim de transformar a imagem do advogado litigante, bem como afastar a ideia de que com a solução do litígio de forma consensual, o causídico irá ter uma diminuição nos seus honorários.

A mudança de paradigma, de que o encargo pela resolução dos litígios é das partes envolvidas e de que não se pode deixar somente na responsabilidade do Estado a decisão da controvérsia, e, ainda, que é possível haver ganhadores em uma demanda ao invés de ganhador/perdedor, refletirá expressivamente nas relações sociais. E dessa forma, poder-se-á sonhar com uma significativa pacificação social.

5 CONCLUSÃO

Muito embora há um grande esforço por parte do Estado em conter o aumento das demandas judiciais, buscando desenvolver e estabelecer mecanismos para a resolução de conflitos, ainda há um longo caminho a ser percorrido. Essa dificuldade se dá em razão da multiculturalidade da sociedade, bem como da cultura do litígio ainda estar muito enraizada.

A crise do Judiciário brasileiro é notória, essa quantidade expressiva de processos aponta para a necessidade urgente de ressignificar o papel do Estado na resolução dos conflitos, devendo ser acionado em casos complexos, que não possam ser resolvidos pelos meios consensuais previstos.

Muito embora os dados disponibilizados pelo CNJ apontam que a cada ano há uma diminuição na propositura de demandas, percebe-se que ainda se está longe de alcançar resultados significativos. Os dados fornecidos, demonstram que ainda é tímida a utilização de meios consensuais para a solução de controvérsias e que a sociedade brasileira ainda tem como característica a cultura da litigância como solução dos seus conflitos. Sendo assim, é consenso que medidas mais efetivas devem ser tomadas para que haja uma diminuição na judicialização dos conflitos e, conseqüentemente, a pacificação social no Brasil.

Dentre os meios adequados regulados pela legislação brasileira, observou-se que a mediação, especificamente pelos princípios ancorados na própria legislação, possui um maior potencial para obtenção de consenso na solução de conflitos. Em virtude disso é que se justificou a realização desse trabalho comparatista, tendo com objeto de estudo as legislações da Argentina e Uruguai pertinentes a mediação, por serem países latinos, por apresentarem problemas semelhantes ao do Brasil e, ainda, por já possuírem legislação sobre mediação há mais tempo.

Dessa forma, entendeu ser importante a abordagem do método da mediação, estruturando o trabalho em três capítulos. Inicialmente, realizou uma abordagem do acesso à justiça sob o viés dos direitos humanos, reconhecendo-o como um direito humano e apontando o acesso à justiça dentro das dimensões, além de se dar um enfoque ao pluralismo jurídico.

Assim, pode-se observar que o acesso à justiça não traduz o mero ingresso processual, sua compreensão deve ser muito mais ampla. Trata-se de um direito fundamental, inserido dentro da segunda dimensão. Nesse seguimento, o trabalho

abordou os direitos previstos nas dimensões reconhecidas pela doutrina, pontuando que a Constituição Federal de 1988, abrange os direitos sociais à condição de direitos fundamentais. Sendo o acesso à justiça um direito fundamental, assegurado no artigo 5º da Constituição Federal, trata-se de um direito social.

No que tange ao direito fundamental do acesso à justiça, percebe-se que acaba sendo ineficaz se considerar que os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal não se concretizam. Posto isso, o acesso à justiça é um elemento essencial para a materialização dos direitos fundamentais.

Ao abordar o acesso à justiça como direito humano, tem-se que o direito de acessar o Judiciário, não é garantia do efetivo acesso à justiça, mesmo que em determinadas situações o acesso à justiça pode significar o efetivo acesso aos tribunais. Nessa senda, a garantia a um resultado efetivo não terá importância, se não for observado uma sentença justa, efetiva e tempestiva. Por isso, ao analisar o direito de acesso à justiça deve ser observado a atuação do Estado, pois somente dessa forma o acesso à justiça efetivamente terá sido cumprido.

A percepção que se tem é que, além de não haver celeridade e igualdade entre todos os litigantes, o acesso à justiça é visto como uma garantia de ingressar com uma demanda, ao invés de ser garantido o direito a uma decisão breve e justa, que somente ocorrerá se for proferida em tempo hábil. Uma decisão tardia, deixa de ser uma decisão justa. Outra observação que se faz é que o difícil acesso à justiça é mais visível em tratando-se das minorias.

Diante dessa dificuldade de se proporcionar uma justiça que atenda os anseios da população de forma efetiva, dessa crise jurisdicional, revela-se a necessidade de construção de um novo paradigma, que possa transformar essa cultura do litígio. Essa construção de novas práticas se dá através do pluralismo jurídico, que propicia novos meios de jurisdicalização, partindo-se da descentralização do Estado como único legitimado para a aplicação do direito.

Esses novos direitos, reconhecidos de forma consensual, não provêm de legislações, se referem a direitos que nasceram das condições de vida e de necessidades que precisavam ser solucionadas. Por esses motivos, pode-se afirmar que o pluralismo jurídico se materializa em lugares públicos e de forma democrática, onde os cidadãos excluídos da sociedade, têm legitimidade para criar novos direitos que atendam de forma efetiva suas vontades.

A ineficiência do Estado e outros obstáculos, como os econômicos, sociais

e culturais, que dificultam o acesso dos cidadãos ao Judiciário, abriu caminho para esses novos direitos.

A abordagem realizada no segundo capítulo, foi o tratamento jurídico da mediação no Brasil, como mecanismo de busca do direito humano à paz, oportunidade em que se relacionou as formas de resolução consensual de conflitos, com enfoque na mediação e seus aspectos jurídicos.

Seguindo o estudo, com análise da legislação brasileira quanto aos meios de solução de conflitos, temos a autotutela, permitida em algumas situações, como por exemplo, na legítima defesa, além da heterocomposição e autocomposição.

A heterocomposição é vista com potencialidade para se atingir a pacificação, porém fica a critério de árbitros ou terceiros, que não fazem parte do conflito, a decisão do litígio que é realizado de forma imperativa. A autocomposição busca o restabelecimento do diálogo entre as partes, permitindo que as mesmas sejam capazes de restabelecer o relacionamento abalado, bem como repensar futuros conflitos, oportunidade também de pacificar a relação humana. Dentro do ordenamento jurídico brasileiro, a heterocomposição é praticada pela arbitragem e através do processo, e a autocomposição é representada pela prática da conciliação e da mediação.

Deve-se ponderar que os meios alternativos de resolução de conflitos podem ser considerados como um mecanismo de inclusão social, pois oportuniza aos litigantes que se tornem corresponsáveis pela construção da solução mais adequada para ambos.

O maior incentivo a utilização desses meios consensuais veio do CNJ, que desde 2010, com a Resolução n. 125, incumbiu aos órgãos judiciais oferecer outros meios de soluções de controvérsia. Posteriormente, com o CPC, que de forma clara e expressa aborda sobre a utilização de outras formas autocompositivas, e a Lei n. 13.140 de 2015 (Lei da Mediação).

A opção pelo estudo da mediação se dá, pois, esse método de solução de conflitos prestigia o poder de decisão dos litigantes, respeita a sua autonomia de vontade, além de possibilitar a celeridade e a redução de custos. Cabe ponderar que a mediação possui certas características que a diferencia dos demais métodos de resolução de conflitos. Em virtude disso, realizou-se uma abordagem conceitual, buscando identificar essas distinções.

Embora haja a participação de um terceiro na mediação, este não interferirá

diretamente do conflito, mas colaborará para que as partes possam realizar um diálogo positivo. De forma alguma o mediador deverá influenciar na decisão dos litigantes, devendo agir de forma imparcial.

Com a promoção ao diálogo, a mediação se traduz como um método efetivo, visto que os envolvidos na controvérsia poderão restabelecer o vínculo e evitar futuras demandas. Ainda, como as partes é que decidirão o que é melhor para a resolução do conflito, a probabilidade de que o que foi acordado seja cumprido é muito maior.

A fim de buscar aprimorar a legislação pertinente a mediação, o presente estudo buscou identificar na legislação dos países do Mercosul, especificamente, Argentina e Uruguai, possíveis contribuições para o direito brasileiro, realizando uma análise comparatista.

Observou-se que a legislação referente a mediação existe há mais tempo nesses países que no Brasil, e, conseqüentemente, foram aprimoradas. Ainda não se encontrou uma “fórmula mágica” mas percebe-se grande incentivo para que os litigantes desenvolvam o diálogo e, assim, encontrem uma solução adequada para a sua controvérsia.

Em alguns pontos a legislação pertinente a mediação desses países se diferenciam, sendo que a obrigatoriedade da realização da mediação é um dos pontos que mais merece atenção. Enquanto que no Brasil e no Uruguai não há essa exigência, na Argentina as partes litigantes deverão comprovar que se fizeram presentes no centro de mediação para tentar resolver o litígio.

Se considerar que são características da mediação a voluntariedade e autonomia da vontade das partes, forçar a presença dos litigantes não estaria de acordo com o que se propõe com a mediação. Porém, se ponderar que é possível uma mudança cultural, seria válido essa obrigatoriedade.

Na Argentina, a mediação pode ser pública, realizada por centros públicos de mediação e devendo ser gratuita, ou privada, efetivada em espaços extrajudiciais, como escritórios particulares, mediadores privados ou associações, e, claro, se assim for se dará de forma onerosa. No Uruguai, a mediação é feita por centros de mediação do Poder Judiciário e por Ministros de Paz Delegados de repartições fora da capital do país, pelo Poder Executivo (Ministério do Trabalho e Previdência Social) e por meio de órgãos descentralizados do executivo, quando for mediação pública; sendo mediação privada, pode ser realizada por escritórios de advocacia, notários e

associações. Já no Brasil, a mediação é realizada pelos conciliadores ou mediadores nos Centros Judiciários de Solução de Conflitos (CEJUSCs) ao passo que a mediação privada é normalmente realizada por câmaras de mediação. No que tange a gratuidade da mediação, a norma garante esse benefício aos necessitados.

Outra distinção é quanto a formação do mediador. Enquanto que no Brasil não há exigência de que o mediador tenha formação na área jurídica, na Argentina há essa exigência. Ao analisar a legislação uruguaia, observa-se que os mediadores podem ser juízes de paz ou ingressarem por concurso público nos Centros de Mediação, não havendo a exigência de qualificação específica.

Também há diferenciação nas legislações quanto a exigência das partes litigantes estarem acompanhadas de advogados por ocasião da mediação. No país argentino, é obrigatório que as partes se façam acompanhar de advogados para realizar a mediação, o que é dispensável na legislação brasileira em se tratando de mediação privada, visto que a norma estabelece que as partes poderão estar assistidas por advogados ou defensores públicos, a passo que na mediação judicial, a legislação determina que deverão se fazer acompanhadas. Ao analisar a legislação uruguaia tem-se a obrigatoriedade de as partes estarem acompanhadas por advogados, é tão somente na conciliação, não abrangendo a mediação.

Ainda, quanto aos direitos que podem ser mediados, observa-se que a legislação argentina permite a utilização desse método quando se tratar de negócios, família, problemas de vizinhos, demandas sobre imóveis, sobre sucessões, danos pessoais e seguros, entre tantos outros. No Uruguai, além da aplicação em matéria cível, a mediação é aplicada no Código da Infância e da Adolescência, reconhecida como uma das medidas socioeducativas não privativas de liberdade para aqueles adolescentes em conflito com o direito penal. De igual forma, é utilizado o método na seara trabalhista. E no Brasil, a legislação estabelece a aplicação da mediação sobre direitos disponíveis e também indisponíveis, desde que admitam a transação.

Com a realização desse estudo, pode-se concluir que os meios adequados de solução de conflitos, em especial, a mediação, não pode ser vista como um motivador para aliviar a demanda do Judiciário, sua aplicabilidade é mais ampla do que somente descongestionar os tribunais. É necessário que se reconheça o real significado desse método, que é a promoção do restabelecimento das relações e a pacificação social.

Importa mencionar, que o conflito tem um lado positivo, que é importante

para o desenvolvimento das relações sociais, mas, de outra banda, pode ser destrutivo, transformando as pessoas em adversárias. Ao passo disso, a sociedade moderna tem se tornado cada vez mais complexa, marcada pelo individualismo e competição, com controvérsias cada vez mais latentes, e o Estado não possui condições para garantir o efetivo acesso à justiça.

Dessa forma, a prática de mediação pode estimular a comunicação, o diálogo entre os conflitantes e o estímulo para a resolução das controvérsias, objetivando a pacificação social, e não apenas isso, mas também ampliar o acesso à justiça com a aproximação dos cidadãos ao exercício da cidadania.

REFERÊNCIAS

- ABOIM, Luciana; GUNTHER, Luiz Eduardo; GOEDERT, Daniella Machado Ribeiro. Considerações sobre direitos humanos e a mediação de conflitos. **Relações Internacionais no Mundo Atual**, v. 4, n. 25, p. 248 - 263, set., 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.21902/Revrima.v4i25.3943>>. Acesso em: 02 jul. 2020.
- ALMEIDA, Lucas Alves; RIBEIRO, Mariana Cesco. **Mediação**: Uma perspectiva comparada Argentina – Brasil. In: BERTONCINI, Carla; ESTEVÃO, Roberto da Freiria; MARCATO, Gisele Caversan Beltrami Marcato (orgs.). *Novos rumos do processo civil*. 1. ed. Jacarezinho: UNEP, 2019. p. 222-240.
- ALVAREZ, Gladys. **Diagnóstico de Situación sobre Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) en la Argentina**. 2017. Disponível em: <<https://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/documents/verDocumento.html?idDocumento=1>>. Acesso em: 13 set. 2020.
- ALVES, Débora Aline Santos; BARBOSA, Werena de Oliveira; DANTAS, Joseph Ragner Anacleto Fernandes. Políticas Públicas de Convivência no Semiárido: Cisternas de Placas e o direito à água. **Rev.Bras.de Direito e Gestão Pública**, Pombal, v. 8, n. 2, p. 629-644, abr./jun., 2020.
- ANNONI, Danielle. Acesso à Justiça e Direitos Humanos: A emenda constitucional 45/2004 e a garantia a razoável duração do processo. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v.2, n.2, jul./dez., 2007. Disponível em <<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/190>>. Acesso em: 23 abri. 2020.
- ARAÚJO, Sara. Pluralismo Jurídico. **Dicionário Alice**, 2019. Disponível em: <https://eg.uc.pt/bitstream/10316/87199/1/Pluralismo%20juridico_Dicionario%20Alice.pdf>. Acesso em: 23 abri. 2020.
- ARGENTINA, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Ley 26.589**: Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. 2010. Disponível em: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em: 12 set. 2020.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **A mediação no contexto dos modelos consensuais de resolução de conflitos**. 2014. p. 3.
- BARBOSA, Oriana Piske de Azevêdo; SILVA, Cristiano Alves da. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no âmbito do novo Código de Processo Civil Brasileiro (Lei nº 13.105/15)**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, 2015. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/arquivos/copy5_of_artigo.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- BAPTISTA, Bárbara Lupetti et al. Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires.

Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas, v. 10, n. 1, 2016.

BENEDITO, Luiza Machado Farhat; SANTOS, Renata Miranda Gonçalves. A constelação sistêmica como ferramenta nas resoluções de conflitos: além das leis, a serviço da paz social. In: GIMENEZ, Charlise Paula Colet; MACHADO, Edinilson Donisete (coords.). **Formas Consensuais de Solução de Conflitos I**. In: CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, Florianópolis, 2017.

BORDONI, Jovina D'Avila; SIQUEIRA, Natercia Sampaio. A mediação como forma de resolução de conflitos: uma abordagem aplicada do pensamento de Hannah Arendt. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 24, n. 1, p. 53-74, 2019. Disponível em: <<https://blook.pt/publications/publication/6db8fc050012/>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

BORGES, Gustavo Silveira; CARVALHO, Marina Moura Lisboa Carneiro de Farias. Os "novos" direitos e a irrupção da proteção constitucional dos direitos da natureza. **Culturas Jurídicas**, v.6, n.13, 2019. Disponível em: <<http://www.culturasjuridicas.uff.br/index.php/rcj/article/view/448>>. Acesso em: 23 abri. 2020.

BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (orgs.). **Dano moral: o tempo como valor jurídico**. 2.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

BORTOLOZZI JUNIOR, Flávio. Pluralismo jurídico e o paradigma do direito moderno: breves apontamentos. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**, Curitiba, v.1, n.12, p. 21-31, 2010. Disponível em: <<http://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2659/2232>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRAGANÇA, Fernanda; SOUZA, Carla Faria de. As etapas de institucionalização da mediação no Brasil. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Brasília, v.3, n.1, p. 1-15, jan./jun., 2017. Disponível em <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/viewFile/1946/pdf>>. Acesso em: 30 out. 2019.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. Por uma compreensão do sentido dos direitos humanos. **Controvérsia**, v.2, n.2, p. 43-50, jan-jun, 2006. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/controversia/article/view/7068/3920>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Resolução n.º 125/2010**. Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Emendas Constitucionais de Revisão. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>>. Acesso em: 20 set. 2020.

CAMBI, Eduardo; HAAS, Adriane; SCHMITZ, Nicole. Mediação de conflitos envolvendo direitos fundamentais sociais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 44, n. 289, p. 473-507, mar., 2019. Disponível em: <<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/tjdft/43749>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

CAMIN, Gustavo Vinícius; FACHIN, Zulmar. Teoria dos direitos fundamentais: primeiras reflexões. **Revista Jurídica Cesumar**, v. 15, n. 1, p. 41-54, 2015. Disponível em: <<https://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/3887/2581>>. Acesso em: 24 abri. 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça.** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARCARÁ, Thiago Anastácio; MAIA, Clarissa Fonseca Maia. Democracia Democracia e Conflitos de ódio: busca pela convivência pacífica através da mediação comunitária. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 21, n.3, p. 225-247, nov., 2017.

CARLOS, Graziela Regina Munari Lothammer; BORGES, Gustavo Silveira. A mediação no cone sul: estudo em perspectiva comparatista. In: MAILLART, Adriana Silva; AZEVEDO NETO, Álvaro de Oliveira; GONZÁLEZ, Diego Mongrell (Coords.). **Formas consensuais de solução de conflito.** Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 131- 149.

CARNEIRO, Fernanda Maria Afonso; SILVA, Eufrosina Saraiva. A mediação e sua relação com a cultura de paz e a pacificação social. **Revista de Formas Consensuais de Solução de Conflitos**, Belém, v. 5, n. 2, p. 01-19, jul./dez., 2019. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/revistasolucoesconflitos/article/view/5875/pdf>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegri; DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo.** São Paulo: Malheiros, 2012.

CNAJ – COMISIÓN NACIONAL DE ACCESO A JUSTICIA. Uruguai: Instituições competentes no RAC. **Mapa Regional**, 2020. Disponível em: <<http://www.maparegional.gob.ar/accesoJusticia/public/verDetallePais.html?codigoPais=uy>>. Acesso em: 13 set. 2020.

CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2020.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica. 1969. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/pacto-san-jose-costarica.pdf>>. Acesso em: 23 abri. 2020.

COSTA, Thaise Nara Graziottin. A Mediação de Conflitos e o pluralismo Jurídico: um caminho de democratizar a justiça no Brasil. **Cescontexto**, v. 1, p. 73-86, 2017.

DI PIETRO, María Cristina. Mediación y la Eficacia en la protección extrajudicial de los derechos: La Mediación en Argentina. **Mediaciones Sociales**, v. 18, p. 1-9, 2019.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. **Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?** Material de apoio: direito constitucional. Professora: José Eliaci Nogueira Diógenes Cabral. Disponível em: <<http://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/7771/material/GERA%C3%87%C3%95ES%20OU%20DIMENS%C3%95ES%20DOS%20DIREITOS%20FUNDAMENTAIS.pdf>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

DUPUIS, Juan Carlos G. **La reforma judicial en Argentina**: Justicia inmediata. Menor cuantía y sistemas alternativos de resolución de conflictos. 2016. Disponível em: <<https://foresjusticia.org/2016/03/07/la-reforma-judicial-en-la-argentina-por-juan-carlos-dupuis/>>. Acesso em: 19 set. 2020.

FAGUNDES, Lucas Machado. Pluralismo Jurídico Comunitário Participativo. **Revista Amicus Curiae – Direito**, Universidade do Extremo Sul Catarinense, v.13, n.1, jan./jul., 2016. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/amicus/article/download/3047/2809>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FARAG, Fernando Chaim Guedes. A importância da autocomposição e heterocomposição como meios propícios (alternativos) à solução de conflitos e sua repercussão na modernidade. **Legis Augustus**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1, jan./jun., 2015.

FELISMINO, Lia Cordeiro. Pluralismo jurídico: um diálogo entre os pensamentos emancipatórios de Boaventura de Sousa Santos e Antônio Carlos Wolkmer. 14, 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza: 2010. Disponível em: <publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3508.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FERREIRA, António Casimiro et al. (orgs.). Direitos, Justiça, Cidadania: O Direito na Constituição da Política. **Cescontexto**, Coimbra, n.19, out., 2017. Disponível em: <https://www.ces.uc.pt/publicacoes/cescontexto/ficheiros/cescontexto_debates_xix_old.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2020.

FLORES, Joaquín Herrera. **A Reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FONSÊCA, Vitor. Dano temporal processual: A responsabilidade do Estado em razão da demora excessiva no processo e o Resp 1.383.776. in: BORGES, Gustavo; MAIA, Maurilio Casas (orgs.). **Dano moral: o tempo como valor jurídico**. 2.ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

FREIRIA, Rafael Costa. Perspectivas para uma teoria geral dos novos direitos: uma leitura crítica sobre a biodiversidade e os conhecimentos tradicionais associados. 2005. 192f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de História, Direito e Serviço Social da UNESP, Franca, 2005. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp026012.pdf>>. Acesso em: 23 abri. 2020.

GASPARI, Marli; DUARTE, Patrícia Francisca. Direito humano de sexta geração: o acesso à água potável. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DA AJES, 1.; 2013, Juína. **Anais...** Juína: AJES, 2013. Disponível em: <<http://www.site.ajes.edu.br/direito/arquivos/20131030203605.pdf>>. Acesso em: 02 nov. 2020.

GOMES, Janaína Albuquerque Azevedo. **Os desafios da mediação internacional: Os impedimentos trazidos pela Lei nº 13.140/15 sobre mediação ao Projeto Legislativo da Conferência da Haia relativo a Acordos Privados envolvendo crianças**. 2017. 95f. Monografia (Graduação em Direito), Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://bdm.unb.br/handle/10483/17920>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

HOLLIDAY, Pedro Alberto Calmon. **Os métodos consensuais e sua cultura evolutiva: redução da litigiosidade e concretização de direitos**. In: MEDEIROS, Orione Dantas de; BARBOSA, Claudia Maria; SANTOS, Nivaldo dos. (orgs.). **A Humanização do Direito e a Horizontalização da Justiça no século XXI**. 23.ed. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<https://portal.trf1.jus.br/dspace/bitstream/123/164840/1/Os%20m%c3%a9todos%20consensuais%20e%20sua%20cultura%20evolutiva.pdf>>. Acesso em: 29 jun. 2020.

KRELL, Olga Jubert Gouveia, ALMEIDA, Plínio Régis Baima de, FREITAS, Janaina Helena de. Do monismo estatal ao pluralismo jurídico comunitário participativo: os movimentos de ocupação de entidades de ensino como novos sujeitos coletivos. **Revista Eletrônica do Mestrado em Direito da UFAL**. v. 8, n. 1. 2017. Disponível em: <<http://www.seer.ufal.br/index.php/rmdufal/article/view/3403/2493>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

LIMA, Thadeu Augimeri de Goes. Pluralismo jurídico, juridicidade e teoria jurídica intercultural no atual panorama da antropologia jurídica. **Revista Direito, Estado e**

Sociedade, n.52, p. 241-268, jan./jun., 2018. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/644>>. Acesso em: 20 jun. 2020.

MAILLART, Adriana Silva; OLIVEIRA, José Sebastião de; BEÇAK, Rubens. **Formas Consensuais de Resolução de Conflitos**. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/50far1k0>>. Acesso em: 29 mai. 2018.

MALEU, Marcelino da Silva. **Jurisdição Comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
MARTINS, Isabela Maia Mesquita. **Mediação privada na Argentina, no Brasil e em Portugal: Máxima satisfação social via emancipação do indivíduo**. 2019. 31f. Artigo (Especialização em “Sistema de Justiça: conciliação, mediação e justiça restaurativa”) - Universidade do Sul de Santa Catarina, Palhoça, 2019.

MASCARENHAS, Fabiana Alves. Mediação de conflitos: dilemas e desafios à descentralização das estruturas jurisdicionais no contexto do movimento de acesso à justiça no Brasil. **Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro**, v. 23, n. 47, p. 110-134, abr., 2020. ISSN 2177-8337. Disponível em: <<http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/311>>. Acesso em: 03 jul. 2020.

MUNHOZ, Elisangela Peña. **A mediação de conflitos na sociedade argentina à luz da racionalidade comunicativa habermasiana**. In: INTERCOM – Sociedade Brasileira de Estudos Interdisciplinares da Comunicação; XXXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Foz do Iguaçu, set., 2014.

MUNIZ, Deborah Lídia Lobo. A Mediação como facilitadora do acesso à justiça e ao exercício da cidadania. **Revista Jurídica da UniFil**. ano I, n. 1, p. 62-63, 2004.

NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei de Freitas. A evolução dos métodos alternativos de resolução de conflitos em ambiente virtual: on line dispute resolution. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v.12, n.1, p. 265-282, jul., 2017. Disponível em: <<https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/download/439>> Acesso em: 20 jun. 2020.

KFOURI NETO, Miguel. A mediação a arbitragem e a conciliação para a resolução de conflitos empresariais. **Administração de Empresas em revista**, Curitiba, v. 16, n. 17, p.115-134, 2017. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/admrevista/article/download/2198/1376>>. Acesso em: 17 set. 2020.

PANTOJA, Fernanda Medina, ALMEIDA, Rafael Alves de. Os métodos “alternativos de resolução de conflitos” (ADRS). In: ALMEIDA, Tania, PELAJO, Samantha, JONATHAN Eva (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Juspodivm, 2016.

PELEJA JÚNIOR, Antônio Veloso. O renascimento da conciliação e da mediação

como valores-vetores do judiciário: algumas considerações e uma proposta. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em direito PPGDir./UFRGS**, Porto Alegre, v. 14, n. 2, p. 98-125, 2019.

RAMOS, Edith; MATTOS, Delmo. Acesso à ordem Jurídica Justa e a Democratização dos direitos fundamentais: A determinação da autonomia da vontade como pressuposto do princípio da dignidade humana. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v.3, n.52, 2018.

RODRIGUES, Andressa Conterno. As dimensões dos direitos fundamentais e sua eficácia nas relações interprivadas. **Revista direito & Inovação**, v.1, n.1, p. 62-74, 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.fw.uri.br/index.php/direitoeinovacao/article/view/994/1450>>. Acesso em: 24 abr. 2020.

RUIZ, Ivan Aparecido. A mediação no direito de família e o acesso à justiça. In: SOUZA, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

SALES, Lília Maria de Moraes. A mediação comunitária: instrumento de democratização da justiça. **Pensar-Revista de Ciências Jurídicas**, v. 7, n. 1, p. 129-136, 2010.

SALES, Lília Maria de Moraes. A mediação de conflitos: lidando positivamente com as emoções para gerir conflitos. **Pensar**, Fortaleza, v. 21, n. 3, p. 965-986, set./dez., 2016.

SALES, Lília Maria de Moraes; CHAVES, Emmanuela Carvalho Cipriano. Mediação e Conciliação Judicial: A Importância da Capacitação e de seus Desafios. **Sequência**, Florianópolis, n. 69, p. 255-280, dez., 2014. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n69/11.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

SALES, Lília Maria de Moraes; RABELO, Cilana de Moraes Soares. Meios consensuais de solução de conflitos: instrumentos de democracia. **Revista de informação legislativa**, Brasília, v. 46, n. 182, p. 75-88, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/194916>>. Acesso em: 20 de jun. 2020.

SANTOS, Danilo Ribeiro Silva dos; MOREIRA, Aline Simonelli. Mediação comunitária e o movimento do acesso à justiça na perspectiva do Código de Processo Civil de 1973 e 2015: involução ou evolução? In: CONGRESSO DE PROCESSO CIVIL INTERNACIONAL, 2, 2017, Vitória. **Anais...** Vitória: 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13.ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Mark Tushnet e as assim chamadas dimensões ("gerações") dos direitos humanos e fundamentais: breves notas. **REI - Revista Estudos Institucionais**, [S.l.], v. 2, n. 2, p. 498-516, fev. 2016. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4495413/mod_resource/content/1/ingo%20sarlet%20dimensoes%20direitos%20humanos.pdf>. Acesso em: 23 abr. 2020.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Reg**, Belo Horizonte, v. 46, n. 76, p. 93-114, 2007. Disponível em: <https://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_76/Adriana_Sena.pdf>. Acesso em: 23 abri. 2020.

SILVA, Fernanda Tartuce; FLEISCHMANN, Simone Tassinari Cardoso. Suspensão da prescrição e procedimento de mediação: reflexões sobre o parágrafo único do artigo 17 da Lei 13.140/2015. **Revista da faculdade de direito da UFMG**, Belo Horizonte, n. 73, p. 237, 2018.

SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete (coords.). **Direito e política: da vulnerabilidade à sustentabilidade**. In: CONPEDI - CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG, Belo Horizonte, nov., 2015. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2015/10/programacao_conpedi_bh_web2.pdf>. Acesso em: 23 abri. 2020.

SILVA, Juvêncio Borges; THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; MACHADO, Edinilson Donisete (coords.). **Acesso à justiça I**. In: XXIV CONGRESSO DO CONPEDI, Belo Horizonte: 2015. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/tvzbjiq9>>. Acesso em: 23 abri. 2020.

SILVA, Sabrina Jiukoski da; SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos; SILVA, Rafael Peteffi da. A mediação e a conciliação como instrumentos de acesso à justiça e a sua perspectiva a partir do código de processo civil: o contraponto entre a cultura da sentença e a cultura do consenso. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 1, jan./abr., p. 392-415, 2020. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/44635/31780>>. 02 jul. 2020.

SIMÃO, Lucas Pinto. **Os meios alternativos de resolução de conflitos e o dever/poder de o juiz incentivar a conciliação e mediação**. 2016. Disponível em: <<http://www.pucsp.br/tutelacoletiva/download/meios-alternativos.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2020.

SOUSA, Michele Faria de; GANDRA, Kelly Cristine de Campos. A crise do judiciário e a mediação como uma forma alternativa para resolução de conflitos familiares. **Revista de Direito Brasileira**, ano 3, v. 4, jan./abr., 2013.

SOUSA, Monica Teresa Costa; ROCHA, Felipe José Nunes. **A mediação comunitária enquanto instrumento de acesso à justiça no Brasil**. In: XXIV

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Florianópolis, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: Novo paradigma de acesso à Justiça. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

SOUZA, Luciane Moessa de. A mediação no direito de família e o acesso à Justiça. In: SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos**: Novo paradigma de acesso à Justiça. 2. ed. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2015.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 2 ed. Ijuí: Unijuí. 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação**: técnicas e estágios. Santa Cruz do Sul: Essere Nel Mondo, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SCHAEFER, Rafaela Matos Peixoto. **Mediação e conciliação**: do conflito à autocomposição. In: II SEMINÁRIO INTERNACIONAL EM DIREITOS HUMANOS E SOCIEDADE, IV JORNADA DE PRODUÇÃO CIENTÍFICA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E ESTADO, Criciúma, set., 2019. Disponível em: <<http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/view/5853>>. Acesso em: 02 jul. 2020.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. O acesso à justiça como “direito humano básico” e a crise da jurisdição no Brasil. **Scientia Iuris**, Londrina, v.15, n. 2, p. 53-74, dez., 2011.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2019.

URUGUAI. **Circular nº 51/2008**. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

URUGUAI. **Circular N° 128/2009**: Reglamentación centros de mediación. Disponível em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/documentos/74/4162.html>>. Acesso em: 17 set. 2020.

URUGUAI. **Antecedentes**. 2012. Disponível em: <<https://www.poderjudicial.gub.uy/institucional/centros-de-mediacion.html>>. Acesso em: 18 set. 2020.

VERAS, Cristiana Vianna; FRAGALE FILHO, Roberto. A judicialização da mediação no poder judiciário brasileiro: mais do mesmo nas disputas familiares? **E-cadernos CES**, v.20, dez., 2013. Disponível em: <<https://journals.openedition.org/eces/1717>>. Acesso em: 30 out. 2019.

VIEIRA, Artur Alves Pinho Vieira; ALVARENGA, Fernando Henrique Aguiar Seco de. Acesso à Justiça: notas de um direito social sob o prisma de Amartya Sen. **Revista da Defensoria Pública da União**, n. 9. 2016. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/72>>. Acesso em: 24 abri. 2020.

WARAT, Luiz Alberto. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Florianópolis:

Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al.

Mediação: um projeto inovador. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJP, 2003.

WOLKMER, Antônio Carlos Wolkmer. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; MORATO LEITE, José Rubens (OrgS.). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 17-50.

WOLKMER, Antônio Carlos Wolkmer. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, v.2, n.31, p. 121-148, 2013. Disponível em:

<<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/593/454>>. Acesso em: 23 abri. 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

WÜST, Caroline. **Mediação comunitária e acesso à justiça: as duas faces da metamorfose social.** 1.ed. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. Desjudicializar conflitos: uma necessária releitura do acesso à justiça. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 17, p. 237-253, 2012. Disponível em:

<<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3970>>. Acesso em: 30 out. 2019.

ANEXOS

**ANEXO A - Ley n° 26.589: Establécese con carácter obligatorio la mediación
previa a procesos judiciales**

MEDIACION Y CONCILIACION

**Ley n° 26.589: Establécese con carácter obligatorio la mediación
previa a procesos judiciales.**

Sancionada: Abril 15 de 2010

Promulgada: Mayo 3 de 2010

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

ARTICULO 1° - Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.

ARTICULO 2° - Requisito de admisión de la demanda. Al promoverse demanda judicial deberá acompañarse acta expedida y firmada por el mediador interviniente.

ARTICULO 3° - Contenido del acta de mediación. En el acta de mediación deberá constar:

- a) Identificación de los involucrados en la controversia;
- b) Existencia o inexistencia de acuerdo;
- c) Comparecencia o incomparecencia del requerido o terceros citados notificados en forma fehaciente o imposibilidad de notificarlos en el domicilio denunciado;
- d) Objeto de la controversia;
- e) Domicilios de las partes, en los cuales se realizaron las notificaciones de las audiencias de mediación;
- f) Firma de las partes, los letrados de cada parte y el mediador interviniente;
- g) Certificación por parte del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, de la firma del mediador interviniente en los términos que establezca la reglamentación de la presente ley.

ARTICULO 4° - Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5° de la presente ley.

ARTICULO 5° - Controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria no será aplicable en los siguientes casos:

- a) Acciones penales;
- b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio,

filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador;

c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte, salvo en el caso que medie autorización expresa y no se trate de ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 841 del Código Civil;

d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación;

e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos;

f) Medidas cautelares;

g) Diligencias preliminares y prueba anticipada;

h) Juicios sucesorios;

i) Concursos preventivos y quiebras;

j) Convocatoria a asamblea de copropietarios prevista por el artículo 10 de la ley 13.512;

k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo;

l) Procesos voluntarios.

ARTICULO 6º - *Aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.* En los casos de ejecución y desalojos el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria será optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

ARTICULO 7º - *Principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.* El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se ajustará a los siguientes principios:

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;

b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;

c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;

d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;

e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;

g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;

h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En la primera audiencia el mediador deberá informar a las partes sobre los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

ARTICULO 8º - *Alcances de la confidencialidad.* La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación.

La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes.

ARTICULO 9° - Cese de la confidencialidad. La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos:

- a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron;
- b) Para evitar la comisión de un delito o, si éste se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose.

El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

ARTICULO 10. - Actuación del mediador con profesionales asistentes. Los mediadores podrán actuar, previo consentimiento de la totalidad de las partes, en colaboración con profesionales formados en disciplinas afines con el conflicto que sea materia de la mediación, y cuyas especialidades se establecerán por vía reglamentaria.

Estos profesionales actuarán en calidad de asistentes, bajo la dirección y responsabilidad del mediador interviniente, y estarán sujetos a las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

ARTICULO 11. - Requisitos para ser mediador. Los mediadores deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Título de abogado con tres (3) años de antigüedad en la matrícula;
- b) Acreditar la capacitación que exija la reglamentación;
- c) Aprobar un examen de idoneidad;
- d) Contar con inscripción vigente en el Registro Nacional de Mediación;
- e) Cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente.

ARTICULO 12. - Requisitos para ser profesional asistente. Los profesionales asistentes deberán reunir los requisitos exigidos para los mediadores en el artículo 11, incisos b), d) y e).

ARTICULO 13. - Causas de excusación de los mediadores. El mediador deberá excusarse, bajo pena de inhabilitación, en todos los casos previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la excusación de los jueces.

También deberá excusarse durante el curso de la mediación, cuando advierta la existencia de causas que puedan incidir en su imparcialidad.

Cuando el mediador hubiera sido propuesto por el requirente, el excusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta.

ARTICULO 14. - Causas de recusación de los mediadores. Las partes podrán recusar con causa a los mediadores en los mismos supuestos mencionados en el primer párrafo del artículo 13, dentro de los cinco (5) días de conocida la designación. Cuando el mediador hubiera sido designado por sorteo, se practicará inmediatamente nuevo sorteo. Cuando el mediador hubiera sido propuesto por el requirente, el recusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta.

Cualquiera de las partes podrá recusar al mediador durante el curso de la mediación, cuando advierta la existencia de causas sobrevinientes que puedan incidir en su imparcialidad. Si el mediador no aceptara la recusación la cuestión será decidida judicialmente.

ARTICULO 15. - Prohibición para el mediador. El mediador no podrá asesorar ni patrocinar a ninguna de las partes intervinientes en los procedimientos de mediación prejudicial obligatoria en los que hubiera intervenido, hasta pasado un (1) año de su baja formal del Registro Nacional de Mediación.

La prohibición es absoluta en relación al conflicto en que intervino como mediador.

ARTICULO 16. - Designación del mediador. La designación del mediador podrá efectuarse:

a) Por acuerdo de partes, cuando las partes eligen al mediador por convenio escrito;

b) Por sorteo, cuando el reclamante formalice el requerimiento ante la mesa de entradas del fuero ante el cual correspondería promover la demanda y con los requisitos que establezca la autoridad judicial. La mesa de entradas sorteará al mediador que intervendrá en el reclamo y asignará el juzgado que eventualmente entenderá en la causa. El presentante entregará al mediador sorteado el formulario debidamente intervenido por la mesa de entradas del fuero en el término de cinco (5) días hábiles;

c) Por propuesta del requirente al requerido, a los efectos de que éste seleccione un mediador de un listado cuyo contenido y demás recaudos deberán ser establecidos por vía reglamentaria;

d) Durante la tramitación del proceso, por única vez, el juez actuante podrá en un proceso judicial derivar el expediente al procedimiento de mediación. Esta mediación se cumplirá ante mediadores inscriptos en el Registro Nacional de Mediación, y su designación se efectuará por sorteo, salvo acuerdo de partes respecto a la persona del mediador.

ARTICULO 17. - Suspensión de términos. En los casos contemplados en el artículo 16 inciso d), los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.

ARTICULO 18. - Prescripción y caducidad. La mediación suspende el plazo de prescripción y de la caducidad en los siguientes casos:

a) En la mediación por acuerdo de partes, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero;

b) En la mediación por sorteo, desde la fecha de adjudicación del mediador por la autoridad judicial;

c) En la mediación a propuesta del requirente, desde la fecha de imposición del medio fehaciente de notificación de la primera audiencia al requerido, o desde la celebración de la misma, lo que ocurra primero.

En los dos primeros supuestos, la suspensión opera contra todas las partes. En el caso del inciso c), únicamente contra aquél a quien se dirige la notificación.

En todos los casos, el plazo de prescripción y de caducidad se reanudará a partir de los veinte (20) días contados desde el momento que el acta de cierre del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se encuentre a disposición de las partes.

ARTICULO 19. - *Comparecencia personal y representación.* Las partes deberán comparecer personalmente y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a las domiciliadas a más de ciento cincuenta (150) kilómetros de la ciudad en la que se celebren las audiencias. El apoderado deberá contar con facultad de acordar transacciones.

Quedan eximidos de comparecer personalmente quienes se encuentren autorizados a prestar declaración por oficio, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 407 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. La asistencia letrada es obligatoria. Se tendrá por no comparecida a la parte que concurriere a las audiencias sin asistencia letrada, salvo que las partes acordaren la determinación de una nueva fecha para subsanar la falta.

ARTICULO 20. - *Plazo para realizar la mediación.* El plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso previsto en el artículo 6º, el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de partes.

ARTICULO 21. - *Contacto de las partes con el mediador antes de la fecha de audiencia.* Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.

ARTICULO 22. - *Citación de terceros.* Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, de oficio, o a solicitud de cualquiera de las partes, o por el tercero, en todos los casos con acuerdo de las partes, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora. El tercero cuya intervención se requiera debe ser citado en la forma y con los recaudos establecidos para la citación de las partes.

Si el tercero incurriere en incomparecencia injustificada no podrá intervenir en la mediación posteriormente.

ARTICULO 23. - *Audiencias de mediación.* El mediador fijará la fecha de la primera audiencia a la que deberán comparecer las partes dentro de los quince (15) días corridos de haberse notificado de su designación.

Dentro del plazo establecido para la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

ARTICULO 24. - *Notificación de la audiencia.* El mediador deberá notificar la audiencia por un medio fehaciente o personalmente. La notificación deberá ser recibida por las partes con una anticipación no menor a tres (3) días hábiles. La notificación por cédula sólo procede en las mediaciones previstas en el artículo 16 inciso *b*) de la presente ley. Si el requerido se domiciliase en extraña jurisdicción, la diligencia estará a cargo del letrado de la parte requirente y se ajustará a las normas procesales vigentes en materia de comunicaciones entre distintas jurisdicciones. Si el requerido se domiciliase en otro país, se considerarán prorrogados los plazos durante el plazo de trámite de la notificación. A criterio del mediador, podrá solicitarse la cooperación del juez designado a fin de librar exhorto o utilizar un medio que se considere fehaciente en el lugar donde se domicilie el requerido.

El contenido de la notificación se establecerá por vía reglamentaria.

ARTICULO 25. - *Incomparecencia de las partes.* Si una de las partes no asistiese a la primera audiencia con causa justificada, el mediador fijará una nueva audiencia. Si la incomparecencia de la parte requerida fuera injustificada, la parte requirente podrá optar por concluir el procedimiento de la mediación o convocar a nueva audiencia.

Si la requirente incompareciera en forma injustificada, deberá reiniciar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

ARTICULO 26. - *Conclusión con acuerdo.* Cuando durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria se arribara al acuerdo de las partes, se labrará acta en la que constarán sus términos. El acta deberá ser firmada por el mediador, las partes, los terceros si los hubiere, los letrados intervinientes, y los profesionales asistentes si hubieran intervenido.

Cuando en el procedimiento de mediación estuvieren involucrados intereses de incapaces y se arribare a un acuerdo, éste deberá ser posteriormente sometido a la homologación judicial.

En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez podrá aplicar, a pedido de parte, la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 27. - *Conclusión sin acuerdo.* Si el proceso de mediación concluye sin acuerdo de las partes, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El requirente queda habilitado para iniciar el proceso judicial acompañando su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley.

La falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la reconvencción que pudiere interponer el requerido, cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciere constar en el acta.

ARTICULO 28. - *Conclusión de la mediación por incomparecencia de las partes.* Si el proceso de mediación concluye por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, se labrará acta suscripta por todos los comparecientes donde se hará constar el resultado del procedimiento. El reclamante queda habilitado para iniciar el proceso judicial, a cuyo fin acompañará su ejemplar del acta con los recaudos establecidos en la presente ley. La parte incompareciente deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establecerá por vía reglamentaria.

ARTICULO 29. - Todos los procedimientos mediatorios, al concluir, deberán ser informados al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, a los fines de su registración y certificación de los instrumentos pertinentes.

ARTICULO 30. - *Ejecutoriedad del acuerdo instrumentado en el acta de mediación.* El acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador será ejecutable por el procedimiento de ejecución de sentencia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 500 inciso 4) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 31. - *Mediación familiar.* La mediación familiar comprende las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5º inciso *b)* de la presente ley.

Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre:

- a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco, salvo los provisorios que determina el artículo 375 del Código Civil;
- b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o éste disponga las medidas cautelares que estime pertinentes;
- c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial;
- d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia;
- e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil;
- f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio;
- g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

ARTICULO 32. - *Conclusión de la mediación familiar.* Si durante el proceso de mediación familiar el mediador tornase conocimiento de circunstancias que impliquen un grave riesgo para la integridad física o psíquica de las partes involucradas o de su grupo familiar, dará por concluida la mediación. En caso de encontrarse afectados intereses de menores o incapaces, el mediador lo pondrá en conocimiento del Ministerio Público de la Defensa a fin de que solicite las medidas pertinentes ante el juez competente.

ARTICULO 33. - *Mediadores de familia.* Los mediadores de familia deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

ARTICULO 34. - *Profesionales asistentes.* Los profesionales asistentes deberán inscribirse en el Registro Nacional de Mediación, en el capítulo correspondiente al Registro de Profesionales Asistentes que organizará y administrará el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos. El Poder Ejecutivo nacional dictará la reglamentación que determinará los requisitos necesarios para la inscripción, que deberá incluir necesariamente la capacitación básica en mediación, y la capacitación específica que exija la autoridad de aplicación.

ARTICULO 35. - *Honorarios del mediador y de los profesionales asistentes.* La intervención del mediador y de los profesionales asistentes se presume onerosa. El mediador percibirá por su desempeño en la mediación, un honorario básico cuyo monto y condiciones de pago se establecerán reglamentariamente por el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 36. - *Falta de recursos de las partes.* Quien se encuentre en la necesidad de litigar sin contar con recursos de subsistencia y acredite esta circunstancia podrá solicitar el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en forma gratuita. El procedimiento de mediación prejudicial obligatoria y gratuita se llevará a cabo en los centros de mediación del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y en centros de mediación públicos que ofrezcan este servicio. El Poder Ejecutivo nacional establecerá, en oportunidad de reglamentar esta ley, la oficina administrativa que tomará a su cargo la diligencia, la forma y el modo en que se realizará la petición y la prestación del servicio.

ARTICULO 37. - *Honorarios de los letrados de las partes.* La remuneración de los abogados de las partes se regirá de acuerdo con lo establecido por la Ley de Aranceles de Abogados y Procuradores y las pautas del artículo 1627 del Código Civil.

ARTICULO 38. - *Entidades formadoras.* Se considerarán entidades formadoras a los fines de la presente ley aquellas entidades públicas o privadas, de composición unipersonal o pluripersonal, dedicadas de manera total o parcial a la formación y capacitación de mediadores.

ARTICULO 39. - *Requisitos de las entidades formadoras.* Las entidades formadoras deberán encontrarse habilitadas conforme a las disposiciones contenidas en la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 40. - *Registro Nacional de Mediación.* El Registro Nacional de Mediación se compondrá de los siguientes capítulos:

- a) Registro de Mediadores, que incluye en dos apartados a mediadores y mediadores familiares;
- b) Registro de Centros de Mediación;
- c) Registro de Profesionales Asistentes;
- d) Registro de Entidades Formadoras.

El Registro de Mediadores tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el desempeño de los mediadores.

El Registro de Centros de Mediación tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el funcionamiento de los mismos. Los centros de mediación deberán estar dirigidos por mediadores registrados.

El Registro de Entidades Formadoras tendrá a su cargo la autorización, habilitación y control sobre el funcionamiento de las entidades dedicadas a la formación y capacitación de los mediadores.

La reglamentación establecerá los requisitos para la autorización y habilitación de los mediadores, centros de mediación y entidades formadoras en mediación.

La organización y administración del Registro Nacional de Mediación será responsabilidad del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos.

En la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional contemplará las normas a las que deberá ajustarse el funcionamiento del Registro Nacional de Mediación y cada uno de sus capítulos.

ARTICULO 41. - *Inhabilidades e incompatibilidades.* No podrán desempeñarse como mediadores quienes:

- a) Registren inhabilitaciones comerciales, civiles o penales o hubieren sido

condenados con pena de reclusión o prisión por delito doloso;

b) Se encontraren comprendidos en algunos de los supuestos previstos en el Código Procesal Civil y Comercial para los casos de excusación de los jueces;

c) Se encontraren comprendidos por las incompatibilidades o impedimentos del artículo 3º de la ley 23.187 para ejercer la profesión de abogado, con excepción del inciso a) apartado 7, u otras incompatibilidades emanadas de normas específicas.

ARTICULO 42. - Matrícula. La incorporación en el Registro Nacional de Mediación requerirá el pago de una matrícula anual. La falta de acreditación del pago de la matrícula durante dos (2) años consecutivos dará lugar a que el órgano de aplicación excluya al matriculado del Registro Nacional de Mediación.

Regularizada la situación, la reincorporación del mediador al registro se producirá en el período consecutivo siguiente.

ARTICULO 43. - Quedará en suspenso la aplicación del presente régimen a los juzgados federales en todo el ámbito del territorio nacional, hasta tanto se implemente el sistema en cada uno de ellos, de las secciones judiciales en donde ejerzan su competencia.

ARTICULO 44. - Procedimiento disciplinario de los mediadores. El Poder Ejecutivo nacional incluirá en la reglamentación de esta ley el procedimiento disciplinario aplicable a los mediadores, centros de mediación, profesionales asistentes y a las entidades formadoras inscriptas en los registros.

ARTICULO 45. - Prevenciones y sanciones

Los mediadores matriculados estarán sujetos al siguiente régimen de prevenciones y sanciones:

a) Llamado de atención;

b) Advertencia;

c) Suspensión de hasta un (1) año en el ejercicio de su actividad como mediador;

d) Exclusión de la matrícula.

Las sanciones aplicadas serán anotadas en el legajo correspondiente del profesional sancionado. El Poder Ejecutivo nacional establecerá por vía reglamentaria las causas sobre las que corresponde aplicar estas prevenciones y sanciones. Las sanciones se graduarán según la seriedad de la falta cometida y luego del procedimiento sumarial que el Poder Ejecutivo nacional establezca a través de la respectiva reglamentación.

El mediador no podrá ser excluido del Registro de Mediadores por causas disciplinarias sin previo sumario, el que se desarrollará aplicándose las normas que dicte la autoridad de aplicación.

ARTICULO 46. - Sentencia penal. En todos los casos que recaiga sentencia penal condenatoria por delito doloso de un mediador, será obligación del tribunal o juzgado interviniente comunicar al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos la pena aplicada, con remisión de copia íntegra del fallo recaído y la certificación de que la misma se encuentra firme, siempre que le constare la condición de mediador del condenado.

ARTICULO 47. - *Prescripción de las acciones disciplinarias.* Las acciones disciplinarias prescribirán a los dos (2) años de producidos los hechos que autoricen su ejercicio. Cuando hubiere condena penal, el plazo de prescripción de las acciones disciplinarias de esta ley será de seis (6) meses a contar desde la notificación al Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos dispuesta por el artículo 46 de la presente ley.

ARTICULO 48. - *Fondo de financiamiento.* Créase un fondo de financiamiento que solventará las erogaciones que irroque el funcionamiento del sistema de mediación, conforme lo establezca la reglamentación.

ARTICULO 49. - *Integración del fondo de financiamiento.* El fondo de financiamiento se integrará con los siguientes recursos:

- a) Las sumas previstas en las partidas del presupuesto nacional;
- b) Las donaciones, legados y toda otra disposición a título gratuito hecha en beneficio del fondo;
- c) Los aranceles administrativos y matrículas que se establezcan reglamentariamente por los servicios que se presten en virtud de esta ley;
- d) Las sumas resultantes de la multa establecida en el artículo 28 de la presente ley.

ARTICULO 50. - *Administración del fondo de financiamiento.* La administración del fondo de financiamiento estará a cargo del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, en los términos que surjan de la reglamentación que se dicte.

ARTICULO 51. - *Caducidad de la instancia de mediación.* Se producirá la caducidad de la instancia de la mediación cuando no se inicie el proceso judicial dentro del año a contar desde la fecha en que se expidió el acta de cierre.

ARTICULO 52. - Sustitúyese el artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación por el siguiente:

Artículo 34: *Deberes.* Son deberes de los jueces:

1. Asistir a la audiencia preliminar y realizar personalmente las demás diligencias que este Código u otras leyes ponen a su cargo, con excepción de aquellas en las que la delegación estuviere autorizada.

En el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes.

En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.

2. Decidir las causas, en lo posible, de acuerdo con el orden en que hayan quedado en estado, salvo las preferencias establecidas en el Reglamento para la Justicia Nacional.

3. Dictar las resoluciones con sujeción a los siguientes plazos:

a) Las providencias simples, dentro de los tres (3) días de presentadas las peticiones por las partes o del vencimiento del plazo conforme a lo prescripto en el artículo 36, inciso 1) e inmediatamente, si debieran ser dictadas en una audiencia o revistieran carácter urgente;

b) Las sentencias interlocutorias y las sentencias homologatorias, salvo disposición en contrario, dentro de los diez (10) o quince (15) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado;

c) Las sentencias definitivas en juicio ordinario salvo disposición en contrario, dentro de los cuarenta (40) o sesenta (60) días, según se trate de juez unipersonal o de tribunal colegiado. El plazo se computará, en el primer caso, desde que el llamamiento de autos para sentencia, dictado en el plazo de las providencias simples, quede firme; en el segundo, desde la fecha de sorteo del expediente, que se debe realizar dentro del plazo de quince (15) días de quedar en estado;

d) Las sentencias definitivas en el juicio sumarísimo, dentro de los veinte (20) o treinta (30) días de quedar el expediente a despacho, según se trate de juez unipersonal o tribunal colegiado. Cuando se tratase de procesos de amparo el plazo será de diez (10) y quince (15) días, respectivamente.

En todos los supuestos, si se ordenase prueba de oficio, no se computarán los días que requiera su cumplimiento.

4. Fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia.

5. Dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código:

I. Concentrar en lo posible, en un mismo acto o audiencia, todas las diligencias que sea menester realizar.

II. Señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades.

III. Mantener la igualdad de las partes en el proceso.

IV. Prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

V. Vigilar para que en la tramitación de la causa se procure la mayor economía procesal.

VI. Declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes.

ARTICULO 53. - Sustitúyese el artículo 77 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente:

Artículo 77: Alcance de la condena en costas. La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito, mediante el cumplimiento de la obligación, incluyendo los del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal.

No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles.

Si los gastos fuesen excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente.

Los peritos intervinientes podrán reclamar de la parte no condenada en costas hasta el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios que le fueran regulados,

sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 478.

ARTICULO 54. - Sustitúyese el artículo 207 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente:

Artículo 207: *Caducidad.* Se producirá la caducidad de pleno derecho de las medidas cautelares que se hubieren ordenado y hecho efectivas antes del proceso, dentro de los diez (10) días siguientes al de su traba, si tratándose de obligación exigible no se interpusiere la demanda o no se iniciare el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria, según el caso, aunque la otra parte hubiese deducido recurso. Cuando se hubiera iniciado el procedimiento de la mediación, el plazo se reiniciará una vez vencidos los veinte (20) días de la fecha en que el mediador expida el acta con su firma certificada por el Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos, con la constancia de que no se llegó a acuerdo alguno o que la mediación no pudo efectuarse por algunas de las causales autorizadas. Las costas y los daños y perjuicios causados serán a cargo de quien hubiese obtenido la medida, y ésta no podrá proponerse nuevamente por la misma causa y como previa a la promoción del proceso; una vez iniciado éste, podrá ser nuevamente requerida si concurrieren los requisitos de su procedencia.

Las inhibiciones y embargos se extinguirán a los cinco (5) años de la fecha de su anotación en el registro que corresponda, salvo que a petición de parte se reinscribieran antes del vencimiento del plazo, por orden del juez que entendió en el proceso.

ARTICULO 55. - Sustitúyese el artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente:

Artículo 360: *Audiencia preliminar.* A los fines del artículo precedente el juez citará a las partes a una audiencia, que presidirá, con carácter indelegable. Si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia, debiéndose dejar constancia en el libro de asistencia. En tal acto:

1. Invitará a las partes a una conciliación o a encontrar otra forma de solución de conflictos que acordarán en la audiencia. El juez podrá, si la naturaleza y el estado del conflicto lo justifican, derivar a las partes a mediación. En este supuesto, se suspenderá el procedimiento por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes. Vencido este plazo, se reanudará el procedimiento a pedido de cualquiera de las partes, lo que dispondrá el juez sin sustanciación, mediante auto que se notificará a la contraria.

2. Recibirá las manifestaciones de las partes con referencia a lo prescripto en el artículo 361 del presente Código, debiendo resolver en el mismo acto.

3. Oídas las partes, fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba.

4. Recibirá la prueba confesional si ésta hubiera sido ofrecida por las partes. La ausencia de uno de todos los absolventes, no impedirá la celebración de la audiencia preliminar.

5. Proveerá en dicha audiencia las pruebas que considere admisibles y concentrará en una sola audiencia la prueba testimonial, la que se celebrará con presencia del juez en las condiciones establecidas en este capítulo. Esta obligación únicamente podrá delegarse en el secretario o en su caso, en el prosecretario letrado.

6. Si correspondiere, decidirá en el acto de la audiencia que la cuestión debe ser resuelta como de puro derecho con lo que la causa quedará concluida para definitiva.

ARTICULO 56. - Sustitúyese el artículo 500 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente:

Artículo 500: *Aplicación a otros títulos ejecutables.* Las disposiciones de este título serán asimismo aplicables:

1. A la ejecución de transacciones o acuerdos homologados.
2. A la ejecución de multas procesales.
3. Al cobro de honorarios regulados en concepto de costas.
4. Al acuerdo instrumentado en acta suscripta por el mediador, con la certificación de su firma, salvo en el supuesto en que se hayan controvertido derechos de menores e incapaces. En estos casos, el representante legal con intervención del ministerio pupilar, deberá requerir previamente, la homologación del acuerdo al juez anteriormente sorteado o al que sea competente de acuerdo a la materia. Tales actuaciones estarán exentas del pago de la tasa de justicia.

ARTICULO 57. - Sustitúyese el artículo 644 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, por el siguiente:

Artículo 644: *Sentencia.* Cuando en la oportunidad prevista en el artículo 639 no se hubiere llegado a un acuerdo, el juez, sin necesidad de petición de parte, deberá dictar sentencia dentro de cinco (5) días, contados desde que se hubiese producido la prueba ofrecida por la parte actora. Admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa y la mandará abonar por meses anticipados, desde la fecha de interposición de la mediación.

Las cuotas mensuales a que se refiere este artículo, como también las suplementarias previstas en el siguiente, devengarán intereses desde la fecha fijada en la sentencia para el pago de cada una de ellas.

ARTICULO 58. - Hasta el cumplimiento del término establecido en el artículo 63 de la presente ley, el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio se llevará adelante con los mediadores inscriptos en el registro creado por la Ley 24.573.

ARTICULO 59. - Dentro de los noventa (90) días de publicada la presente en el Boletín Oficial, los mediadores inscriptos en el registro creado por la Ley 24.573, deberán manifestar su voluntad de mantener su inscripción en el Registro Nacional de Mediación que crea esta ley, de la manera que disponga la reglamentación que dicte el Poder Ejecutivo nacional.

ARTICULO 60. - Toda documentación relativa a mediadores o entidades formadoras que hubiesen renunciado o se los haya dado de baja en los diversos registros que crea esta ley o anteriores a ella, podrá ser destruida luego de transcurrido un (1) año desde la notificación del acto administrativo, sin que se haya reclamado su devolución y caducará todo derecho a objetar el procedimiento al cual fuera sometida y su destino posterior.

ARTICULO 61. - Los recursos remanentes del fondo de financiamiento creado por Ley 24.573 pasarán a formar parte del fondo de financiamiento creado por la presente ley.

ARTICULO 62. - *Derogaciones.* A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, deróganse los artículos 1º a 31 de la Ley 24.573, y las Leyes 25.287 y 26.094.

ARTICULO 63. - *Vigencia.* Esta ley comenzará a aplicarse a partir de los noventa (90) días de su publicación en el Boletín Oficial.

ARTICULO 64. - Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS QUINCE DIAS DEL MES DE ABRIL DEL AÑO DOS MIL DIEZ.

- REGISTRADA BAJO EL N° 26.589.

JULIO C. C. COBOS. - EDUARDO A. FELLNER. - Enrique Hidalgo. - Juan H. Estrada.

ANEXO B - Acordada nº 7.276

Acordada nº 7.276

En Montevideo, a catorce de febrero de mil novecientos, noventa y seis, estando en audiencia la Suprema Corte de Justicia, integrada por los Señores Ministros, doctores don Juan M. Mariño Chiarlone - Presidente- Don Jorge Angel Marabotto Lugaro, Don Luis Alberto Torello Giordano, Don Raúl Alonso De Marco y Don Milton H. Cairoli Martínez con la asistencia del Secretario Letrado, doctor Ricardo C. Pérez Manrique,

DIJO:

Vistos: ante la propuesta del Sr. Ministro Dr. Luis Torello Giordano la Corte por Resolución 591 del 19/XII/1994 en autos "Torello, Luis A. Dr. Presidente de la Suprema Corte de Justicia. Estudio de medios para incentivar la eficacia de la conciliación", Ficha A 998/94 resolvió impulsar la creación de Juzgados de Conciliación a cuyos efectos se remitió oportunamente el respectivo Proyecto de Ley a la Asamblea General.

A la vez la Corporación suscribió con el Ministerio de Salud Pública el convenio de autos, mediante el cual dicha Secretaría de Estado cede al Poder Judicial el uso de locales en centros de salud barriales.

Se entiende conveniente con los recursos disponibles poner en marcha una experiencia piloto de mediación a la espera de la aprobación del Proyecto de Ley a que se hiciera referencia.

Los objetivos de la experiencia, que tendrá un plazo no inferior a seis meses, serán: facilitar a los justiciables un medio opcional para la autocomposición de sus conflictos, asesorados por personal especialmente capacitado para ello, que actuará en locales de fácil acceso al público, generando las condiciones necesarias para una solución no jurisdiccional de aquellos.

A tales efectos se tendrá en cuenta el informe elaborado por técnicos del SAYPS y elevado oportunamente a la Corporación.

Por lo expuesto la Suprema Corte de Justicia RESUELVE:

1.- Crear cinco Centros Piloto de Mediación los que funcionarán en los locales cuyo uso ha sido cedido por el Ministerio de Salud Pública. Los mismos serán atendidos en carácter de mediadores por aquellos técnicos del SAYPS, de las Defensorías de Oficio y los egresados del Centro de Estudios Judiciales que voluntariamente se ofrezcan para actuar en calidad de tales.

2.- En dichos Centros se practicará la mediación en relación a los conflictos que en forma voluntaria sean puestos por las partes a consideración de los mediadores.

3.- La Coordinación operativa del funcionamiento de los Centros estará a cargo de las Dras. María del Carmen Ruecco, María Cristina Hernández e Ivonne Carrión.

Los coordinadores deberán proponer el régimen de distribución de tareas y de funcionamiento, además elevar informes periódicos de evaluación de la experiencia a la Corporación.

El relacionamiento con la Corte se efectuará a través del Sr. Secretario Letrado Dr. Ricardo C. Pérez Manrique.

4.- Las citaciones se efectuarán por medio de la Oficina Central de Notificaciones, la que deberá arbitrar los medios necesarios para el más ágil

cumplimiento de su cometido.

5.- La Dirección General de los Servicios Administrativos proporcionará los recursos humanos y materiales necesarios.

6.- Comuníquese, circúlese y publíquese.

ANEXO C - Ley n° 17.707: Poder judicial**Ley n° 17.707: Poder Judicial**

Artículo 11.- Exceptúase de lo dispuesto en el inciso 1° del artículo 2° de la Ley N° 16.995, de 26 de agosto de 1998, la mediación que se realiza por los órganos del Poder Judicial.

ANEXO D - Ley nº 16.995: Conciliación previa a los juicios sustitución del artículo 294 del código general del proceso

Ley nº 16.995: Conciliación previa a los juicios sustitución del artículo 294 del código general del proceso

Artículo 2º.- En todo procedimiento de conciliación en sede judicial o administrativa, mediación o arbitraje, cada parte deberá estar asistida por abogado desde el comienzo hasta su culminación. No se requerirá firma letrada ni asistencia letrada en la audiencia en los asuntos cuya cuantía sea inferior a 20 UR (veinte unidades reajustables). Los asuntos no susceptibles de estimación pecuniaria requerirán firma en la presentación y asistencia letrada en la audiencia.

ANEXO E - Circular n° 128/2009

República Oriental del Uruguay Poder Judicial Servicios Administrativos

CIRCULAR N° 128/2009

REF.: REGLAMENTACIÓN CENTROS DE MEDIACIÓN

Montevideo, 6 de noviembre de 2009.

A LOS SEÑORES JERARCAS:

La Dirección General de los Servicios Administrativos, cumple en librar la presente a fin de llevar a su conocimiento la Acordada n° 7664, referente a la **reglamentación de la organización y funcionamiento de los Centros de Mediación**, la que a continuación se transcribe:

“Acordada n° 7664

En Montevideo, a los cuatro días del mes de noviembre de dos mil nueve, estando en audiencia la Suprema Corte de Justicia, integrada por los señores Ministros doctores don Jorge T. Larrieux Rodríguez -Presidente-, don Leslie Van Rompaey Servillo, don Daniel Gutiérrez Proto, don Jorge Ruibal Pino y don Jorge Omar Chediak González, con la asistencia de su Secretaria Letrada doctora Martha B. Chao de Inchausti;

DIJO

I) que es necesario reglamentar la organización y funcionamiento de los Centros de Mediación del Poder Judicial;

II) que los Centros de Mediación del Poder Judicial, creados como experiencia por la Suprema Corte de Justicia en su Acordada n° 7276, fueron atendidos en forma voluntaria por asistentes sociales y funcionarios del Poder Judicial, abogados y escribanos que previa capacitación actuaron como mediadores, hasta el año 2002;

III) que la actividad de los Centros fue reglamentada en una primera instancia por la Acordada que los creó, en cuanto establece: quiénes podrán atenderlos; el carácter de voluntariedad de la mediación; sobre quiénes recae la coordinación y las tareas asignadas a la misma, entre otras consideraciones;

IV) el 13 de octubre de 1997, por Resolución n° 304/07, esta Corporación dispuso la organización de una Oficina Coordinadora de Centros de Mediación, encargada de todo lo atinente al funcionamiento de los Centros;

V) la Acordada n° 7389 reglamenta la actividad que cumplen los funcionarios en los Centros de Mediación, siempre dentro del régimen de voluntarios;

VI) a partir de la creación por el art. 452 de la Ley n° 17.296, de los cargos presupuestados de mediador, esta situación se ve modificada: el cargo se desempeña en régimen de 40 horas semanales, y está alcanzado por la incompatibilidad prevista en el art. 252 de la Constitución de la República; todos los Centros trabajan en el mismo horario; las tareas a desempeñar en los Centros se realizan en base al sistema de asignación de destinos; el destino es rotativo de acuerdo a las necesidades del

Servicio y a la evaluación de la Oficina Coordinadora de los Centros de Mediación; los Centros dependen técnica y administrativamente de la Oficina Coordinadora de los Centros;

VII) por los motivos expuestos, la Oficina Coordinadora de los Centros de Mediación ha considerado necesario contar con un “Manual de funcionamiento”, que se adecue a la realidad actual de los Centros , lo que colaborará en la unificación de criterios de funcionamiento, permitirá una percepción más exacta de la tarea que se realiza y dará una imagen cabal de la tarea desarrollada en los mismos por parte de todas las dependencias del Poder Judicial;

ATENCIÓN: a lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 239 ordinal 8ª de la Constitución de la República y 55 numeral 6 de la Ley nº 15.750;

LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA RESUELVE:

1º.- Aprobar el “Manual de Funcionamiento” de los Centros de Mediación, los que tendrán entre sus cometidos:

- Ofrecer a la población el acceso a un método de auto composición de conflictos, que favorezca el diálogo, el entendimiento y la búsqueda conjunta de soluciones a situaciones conflictivas que afectan el relacionamiento de las personas en diferentes ámbitos de su vida.

- Conducir instancias de mediación, promoviendo la confianza en la misma como mecanismo de resolución de conflictos y manteniendo los principios de voluntariedad, confidencialidad y neutralidad.

- Supervisar pasantías de prácticas profesionales de acuerdo a lo establecido en el “Manual para Pasantías en los Centros de Mediación del Poder Judicial” aprobado por la Suprema Corte de Justicia en el año 2008.

- Releva los datos estadísticos primarios de los Centros.

- Brindar un servicio que permita un primer acercamiento del sistema de justicia a los habitantes de barrios populosos, alejados de la zona céntrica del departamento y con escasos recursos económicos.

- Trascender la solución de un conflicto entre dos o más personas potenciando el debate de valores y la organización del esquema social dentro del cual se convive.

- Realizar un programa continuo de difusión de los Servicios brindados a nivel de las organizaciones públicas y privadas ubicadas en las diferentes zonas de influencia de los Centros.

- Contribuir a la reconstrucción de redes sociales y comunitarias a fin de encontrar soluciones a los conflictos cuando comienzan a generarse, evitando que deriven en situaciones violentas.

- Aportar a la construcción de ciudadanía responsable, asesorando sobre derechos y deberes de las personas ante los demás ciudadanos y ante el Estado.

- Realizar un uso racional de los diferentes servicios, derivando a los organismos públicos y privados competentes en cada caso, cuando éste no sean el ámbito adecuado para la problemática planteada, o cuando no sea voluntad de las partes iniciar un proceso de mediación.-

2º.- Comuníquese.-”

Sin otro particular saluda a Ud. muy atentamente.