

UNIVERSIDADE CANDIDO MENDES – CENTRO (UCAM)
FACULDADE DE DIREITO CANDIDO MENDES (FDCM)

Gabriela Mencari Osorio

A MEDIAÇÃO E SUA APLICABILIDADE
COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
UM ESTUDO COMPARADO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
NO RIO DE JANEIRO E EM BUENOS AIRES

Rio de Janeiro

2018

Gabriela Mencari Osorio

A MEDIAÇÃO E SUA APLICABILIDADE
COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
UM ESTUDO COMPARADO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
NO RIO DE JANEIRO E EM BUENOS AIRES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes - Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Hélio Borges

Rio de Janeiro

2018

Gabriela Mencari Osorio

A MEDIAÇÃO E SUA APLICABILIDADE
COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS
UM ESTUDO COMPARADO DO INSTITUTO DA MEDIAÇÃO
NO RIO DE JANEIRO E EM BUENOS AIRES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Candido
Mendes - Centro, como requisito parcial à
obtenção do título de bacharel em Direito.

Rio de Janeiro, _____ de _____ de _____.

Nota ()

Prof. Hélio Borges – Orientador

Prof. Fernando Moreira Reis

Dedico este trabalho à minha família, em especial ao meu pai, Roberto Reis Osorio, por realizar e viabilizar este sonho. Não somente pelo suporte financeiro, mas pela construção de meu caráter, por se empenharem em consolidar-me como uma boa cidadã.

Dedico esta pesquisa, e todos os objetivos e conquistas alcançados em minha jornada de vida, a meus pais, que através de seu amor incondicional me transformam a cada dia, a minha irmã e melhor amiga, Roberta Mencari, por jamais me deixar desamparada e sempre acreditar em meu potencial, a minha tia e eterna amiga, Vanja Reis, que sempre me motivou e incentivou a continuar lutando, perseverando e superando cada obstáculo, e a minha adorável avó, Therezinha Osorio, pelo carinho, dedicação e cumplicidade, por tudo o que fizeram, fazem e ainda farão por mim, contribuindo a todo instante para a realização de meus sonhos.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por tudo que me concede dia após dia, pela luz, força, sabedoria, oportunidades, talentos e vida concedidos a mim no decorrer de minha vida. Agradeço pela viabilização da conclusão de meu projeto monográfico, permitindo assim, que conclua mais uma etapa em minha jornada acadêmica, através da certeza que vigora na caminhada por mim escolhida.

Agradeço às amizades construídas ao longo de todo o curso e aos amigos que me apoiaram em todo o processo, juntamente, com os que mesmo não integrando áreas da minha vida acadêmica, me apoiaram de outras formas e me injetaram ânimo, não me permitindo fraquejar.

Dentre todos os agradecimentos, ensejo posição de destaque aos meus mestres e professores, orientadores, mentores e formadores de profissionais, dos quais me relacionei e convivi ao longo dos anos de vida, carregando muitos comigo durante a jornada. Pois sem o ensinamento, educação, dedicação e vigor desses profissionais, e sua crença em um mundo melhor, composto por profissionais e seres humanos de qualidade, nada disso seria possível. Sendo assim, gostaria de ressaltar o grande mestre, professor, e orientador, o Sr. Hélio Borges, que em muito vem contribuindo para o meu crescimento profissional e intelectual, me incentivando a percorrer caminhos produtivos e honrosos, trazendo-me o interesse pelo mundo acadêmico e pelo universo dos estudos.

À Universidade Cândido Mendes, que através de sua qualidade de ensino, corpo docente e serviços prestados, viabilizou a realização do sonho de tornar-me bacharel em Direito.

RESUMO

O trabalho monográfico apresenta-se como análise comparativa entre o instituto da mediação, existente no ordenamento jurídico brasileiro e de Buenos Aires, bem como a forma em que o instituto é utilizado em cada um destes lugares, trata-se portanto, de um trabalho de direito comparado, que objetiva demonstrar as diferenças, semelhanças e alguns dos principais pontos que sustentam sua existência em ambos os ordenamentos jurídicos. Propõe-se a conceituar o instituto demonstrando a forma como é utilizado no Estado do Rio de Janeiro, levando em consideração sua inserção no Código de Processo Civil. Além disso, avaliado a Lei nº 13.140/2015 (Nova Lei de Mediação) e a Resolução 125 de 2010 do CNJ. E de outro lado, pretende-se a observação do mencionado instituto na Argentina, em especial em Buenos Aires, onde a mediação tem existência há cerca de 20 anos, através da Ley nº 24.573 de 1996, regulamentado desde então pelo Decreto nº 1467/201, a fim de explicar o porque de sua relevante utilização, no intuito de se demonstrar sua inserção no sistema jurídico brasileiro, indicando sua fundamentação teórica e jurídica demonstrando de que forma o instituto é utilizado, como foi positivado em cada um destes locais a fim de demonstrar os devidos resultados pretendido e alcançado pelo mesmo. Sua pretensão enquanto trabalho acadêmico de teor monográfico é analisar e contrastar, de forma limitada, o instituto da Mediação, a fim de compreender sua relevância para o mundo jurídico e influência no direito brasileiro e portenho.

Palavras-chave: Mediação. Mediação no Rio de Janeiro. Mediação em Buenos Aires. Direito comparado. Ordenamentos jurídicos. Direito internacional.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	7
2	O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO.....	9
2.1	O Instituto da Mediação	9
2.2	O Mediador	10
2.3	Características da Mediação.....	11
2.4	Objetivos da Mediação.....	13
3	O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO RIO DE JANEIRO	14
3.1	Origem do Instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro	14
3.2	Característica da Mediação no Rio de Janeiro	15
3.3	Objetivos da Mediação no Rio de Janeiro.....	17
3.4	Críticas ao Instituto da Mediação no Rio de Janeiro.....	18
4	O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO EM BUENOS AIRES	20
4.1	Origem do Instituto no Ordenamento Jurídico Portenho	20
4.2	Características da Mediação em Buenos Aires	21
4.3	Objetivos da Mediação Buenos Aires	23
4.4	Críticas ao Instituto da Mediação em Buenos Aires	24
5	COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS.....	26
5.1	Diferenças entre o Instituto da Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires	26
5.2	Semelhanças entre o Instituto da Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires.....	27
5.3	Controvérsias na Utilização do Instituto da Mediação em ambas	28
6	CONCLUSÃO	30
	REFERÊNCIAS.....	31

1 INTRODUÇÃO

Os conflitos existem desde a formação da civilização humana. Com o passar do tempo, se fez necessária a criação de um Estado, que através da prestação jurisdicional, seria capaz de solucionar os conflitos, garantindo a paz social, preservando os interesses coletivos em detrimento dos individuais e possibilitando assim a coexistência entre os homens. Porém, devido ao crescimento económico e populacional desmedido, problemas sociais, falta de acesso à educação, desestruturação das instituições estatais, a má distribuição de renda e os mais diversos problemas existentes, decorrentes da globalização, os litígios se tornaram cada vez mais recorrentes, alcançando em alguns países números inimagináveis de demandas judiciais que tornam os sistemas judiciais cada vez mais ineficientes.

Nesse contexto, Brasil, mais especificamente o Estado do Rio de Janeiro e Buenos Aires desenvolvem, contemplam e admitem os mais diferentes meios de promover maior eficácia e eficiência do sistema judicial, eis que surge o instituto da mediação, no intuito de instaurar um método efetivo para a resolução dos conflitos de forma pacífica e definitiva e conseqüentemente a redução dos números de ações em andamento no judiciário. O procedimento se baseia na pacificação e solução do conflito realizado de forma voluntária entre as partes, juntamente com o mediador, um terceiro imparcial que tem por objetivo aproximar as partes para que juntas retomem o diálogo e possam assim resolver o conflito de forma rápida, justa e efetiva.

O capítulo 3, que trata do instituto da mediação em Buenos Aires, objetiva apresentar sua origem, demonstrando a opinião de alguns autores que estudam o assunto. Também tem como foco, o apontamento de críticas ao instituto, demonstrando suas características, sua importância e objetivos no ordenamento jurídico portenho como forma de promover uma justiça mais célere e eficaz, com menor número de processos em andamento no poder judiciário. A obra utilizada como tese central deste capítulo é *Mediaión*. “Disseño de una práctica”, escrita por Caram, nesse sentido, faz-se necessário levantar suas características e fazer uma breve explicação para que possamos posteriormente contrastar com o instituto da mediação no Rio de Janeiro, que é o objetivo deste trabalho. É também neste capítulo, que se apresenta o olhar dos advogados sobre a forma como é utilizado o método com a finalidade de mitigar e diferenciar quaisquer dúvidas sobre o instituto a fim de promover maior entendimento sobre o tema abordado.

Em seguida, o capítulo 4 propõe um estudo acerca do mesmo instituto no Rio de Janeiro, contemplando sua origem e as hipóteses apresentadas por alguns autores, dentre eles

o Luis Alberto Warat para o seu surgimento no ordenamento jurídico brasileiro. O capítulo também se incumbe de apresentar as características e objetivos na implementação e aplicação do instituto, apresentando também suas críticas a fim de viabilizar um aprofundamento no entendimento de seu acolhimento em nosso sistema jurídico.

Por fim, cabe ao capítulo 5 o contraste entre os institutos, transcorrendo por suas diferenças, semelhanças e críticas, para concluir a tese apresentada ao longo do trabalho monográfico. Sendo assim, o capítulo tem a função de efetivamente realizar o comparativo pretendido, utilizando como base, as teses apresentadas nos capítulos que o precedem.

O presente trabalho monográfico pretende analisar o instituto da mediação utilizado no Rio de Janeiro e em Buenos Aires, a fim de compreendê-los e explicá-los, realizando uma comparação entre os mesmos, salientando suas semelhanças e diferenças, para melhor entendimento de sua aplicação, que, segundo alguns autores promete ser a “salvação” da Justiça.

2 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO

2.1 O Instituto da Mediação

O termo “mediação” procede do latim *mediare*, que significa intervir, dividir ao meio.

A palavra mediação evoca o significado de centro, de meio, de equilíbrio, compondo a ideia de um terceiro elemento que se encontra entre os conflitantes, não sobre, mas entre eles. Por isso, a mediação é vista como um processo em virtude do qual um terceiro (o mediador) ajuda os participantes de uma situação conflitiva a tratá-la, o que se expressa em uma solução aceitável e estruturada de maneira que permita ser possível a continuidade das relações entre as pessoas involucradas no conflito (HAYNES, 1993, p. 11)

Na definição de Francisco José Cahali:

a mediação é um dos instrumentos de pacificação de natureza autocompositiva e voluntária, no qual um terceiro, imparcial, atua, de forma ativa ou passiva, como facilitador do processo de retomada do diálogo entre as partes, antes ou depois de instaurado o conflito (CAHALI, 2013, p. 63)

Acrescenta ainda Augusto Cesar Ramos (2001, p. 78) os seguintes pontos acerca da mediação: “rapidez e eficácia de resultados; a redução do desgaste emocional e do custo financeiro; garantia de privacidade e sigilo; redução da duração e reincidência de litígios; facilitação da comunicação etc”.

Nesse sentido, podemos entender, considerando-se os conceitos e considerações doutrinárias acima mencionadas, a mediação como um método alternativo de resolução de conflitos, onde as partes, auxiliadas por um terceiro, imparcial denominado mediador, atua com o objetivo de orientar o diálogo entre as partes, para que elas de maneira voluntária possam chegar a um acordo evitando assim a judicialização, oferecendo ainda mais celeridade processual e conseqüentemente menos desgaste emocional e financeiro dos envolvidos.

Segundo Fernando Horta Tavares, em sua obra A Associação Brasileira de Mediadores:

A mediação é um procedimento ágil, econômico, flexível, particularizado, em cada caso, possibilitando às partes manterem autonomia e controle do procedimento; viabiliza acordos onde todos ‘ganham’, adivinho daí um sentimento de justiça, possibilita dispor pendências do passado e promover um reposicionamento para a construção de um futuro mais harmônico, evitando desgastes, novas ações judiciais e aumento do conflito. (HORTA TAVARES, 2009, p. 30)

Sendo assim, tem a mediação o poder de transformar o conflito em diálogo, já que estimula a resolução dos conflitos pelas próprias partes de forma pacífica e ou amigável chegando a um acordo benéfico para todos os envolvidos, na medida em que saem todos vencedores, pondo fim a “cultura do litígio” que proporciona uma grande “batalha” onde no final se tem vencedores e vencidos.

2.2 O Mediador

O mediador é um terceiro, imparcial que ocupa um cargo no qual se incumbe de intermediar duas partes distintas e normalmente com interesses diversos e conflitantes, incitando o diálogo, funcionando como um verdadeiro técnico da comunicação, para que as partes, juntas e voluntariamente possam chegar a um acordo capaz de satisfazer a pretensão de todos os envolvidos no conflito.

Neste sentido, corrobora Haynes:

Trata-se de uma ‘gestão ativa de conflitos pela catálise de um terceiro’ através de uma ‘técnica mediante a qual são as partes mesmas imersas no conflito que tratam de chegar a um acordo com a ajuda do mediador, terceiro imparcial que não tem faculdades de decisão’. (2001, p. 78)

Além disso, o mediador deve ser capacitado para o exercício da função, é através dessa capacitação que aquele que atuará como mediador de conflitos, aprenderá as técnicas necessárias para exercer sua função com ética e eficiência.

A figura do mediador, não possui papel central, normalmente seu papel é secundário, possui poder de decisão limitado e não pode impor decisão.

Deste modo, Lia Regina Castaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto destacam:

O mediador deve ter a humildade de reconhecer que são as partes as mais recomendadas a encontrarem uma solução para o conflito, uma vez que são elas as mais interessadas. No entanto, como diante de uma situação conflituosa é mais difícil encontrar racionalmente a melhor solução, temos a importante figura do mediador, como harmonizador da relação dos conflitantes. (2007, p. 20)

Sendo assim, ao mediador cabe detectar o que deu origem ao conflito em questão, observando a personalidade dos envolvidos para orientar o diálogo afim de obter êxito na solução do conflito encontrando a melhor maneira de fazê-lo de acordo com os interesses e necessidades das partes.

Neste contexto, a figura do mediador representa, segundo André Gomma de Azevedo:

Uma pessoa selecionada para exercer o múnus público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades. O mediador, uma vez adotada a confidencialidade, deve enfatizar que tudo que for dito a ele não será compartilhado com mais ninguém, excetuado o supervisor do programa de mediação para elucidações de eventuais questões de procedimento. Observa-se que uma vez adotada a confidencialidade, o mediador deve deixar claro que não comentará o conteúdo das discussões nem mesmo com o juiz. Isso porque o mediador deve ser uma pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem e eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa fé na mediação. (2012, p. 60)

Desde modo, fica claro que o mediador, ao desempenhar a sua função, deverá ser neutro, sendo a imparcialidade uma das principais características do trabalho que desenvolve. Em hipótese alguma poderá impor soluções, nem mesmo emitir sua opinião. Na mediação as partes, através de suas convicções é que solucionam o conflito, ou seja, são as protagonistas das decisões, sendo o mediador apenas um facilitador.

2.3 Características da Mediação

A prática da mediação, tem como uma de suas principais características a economia financeira. Através de um procedimento mais rápido e simples o Instituto permite que as partes economizem em relação as custas processuais, honorários advocatícios e outros gastos que se fazem presentes desde a distribuição de uma ação judicial até seu término que podem durar anos a fio. Além disso, há uma grande economia por parte do Estado, que ao evitar a judicialização, ou até mesmo ao reduzir o tempo de tramitação de uma ação, reduz todos os gastos necessários ao funcionamento da máquina pública, como gastos com pessoal, material utilizado para o desenvolvimento de um processo entre outros.

Além da economia financeira relatada acima, há também uma economia no que tange ao tempo em que as partes despendem para solucionar o conflito, que é evidentemente mais curto, visto que se trata de um procedimento com menos formalidades, trazendo mais praticidade e celeridade a resolução do conflito pelo meio consensual do que o judicial.

Além das características já mencionadas, a mediação tem como uma de suas características mais marcante a reaproximação das partes. Por meio do estímulo ao dialogo realizado na sessão de mediação, as partes se permitem encontrar juntas, e de forma voluntária a melhor maneira de resolver o conflito de forma pacífica. Com a orientação de um

mediador, se busca o real motivo que ensejou o conflito em questão, para que juntas possam decidir sozinhas suas questões. Desta forma as partes encontram o reequilíbrio de suas relações.

Vale ressaltar que a mediação não tem como finalidade encontrar uma decisão capaz de dar fim ao conflito por inteiro, podendo se satisfazer pelo simples reestabelecimento da comunicação entre as partes, que antes restava interrompida pelo conflito.

O fim da mediação é exatamente responsabilizar os conflitantes pelo tratamento do litígio que os une, a partir de uma ética da alteridade, encontrar, com o auxílio de um mediador, uma garantia de sucesso, aparando as arestas e divergências, compreendendo as emoções reprimidas e buscando um consenso que atenda aos interesses de todos e conduza à paz social (TORRES, 2005).

Vale dizer que a autonomia das decisões também figura como característica da mediação. Cabe somente a aqueles que de alguma forma deram origem ao conflito sua decisão, na mediação as partes têm total controle sobre o processo. O mediador, apesar de ser figura indispensável às sessões de mediação não detém qualquer poder de decisão.

O procedimento mediatório abre espaço para a oralidade, sendo pautado pelo princípio da informalidade. Quase todas as intervenções na técnica da mediação são realizadas através do diálogo, diferentemente do procedimento adotado nos processos judiciais, que é em sua maioria formal e escrito.

Importa frisar que segundo Fernanda Tartuce, existem duas lógicas processuais, a saber:

Na lógica de julgamento inerente à via contenciosa, as partes atuam em contraposição, disputando posições de vantagens; a análise dos fatos foca o passado e um terceiro é chamado a decidir com caráter impositivo. Diversamente, na lógica consensual (coexistencial / conciliatória) o clima é colaborativo: as partes se dispõem a dialogar sobre a controvérsia e a abordagem não é centrada apenas no passado, mas inclui o futuro como perspectiva a ser avaliada. Por prevalecer a autonomia dos envolvidos, o terceiro não intervém para decidir, mas para facilitar a comunicação e viabilizar resultados produtivos. (2015, p. 4)

Deste modo, fica claro a intenção do instituto que privilegia a lógica consensual em detrimento da lógica judicial. Na primeira, se estimula a colaboração entre as partes, que se dispõem a encontrar uma decisão que seja favorável a ambas, saindo da mediação todos “vencedores”. Já na segunda, temos a atuação dos envolvidos de forma contraposta, como uma “batalha” onde saem vencedores e vencidos, estimulando assim a cultura do litígio.

2.4 Objetivos da Mediação

O objetivo da mediação é a manutenção da paz social através da solução dos conflitos entre as partes de forma pacífica, com o intuito de encontrar uma decisão satisfatória a todos promovendo uma justiça mais célere, econômica e conseqüentemente, capaz de atenuar

Segundo a Professora Lília Maia de Moraes Sales:

A mediação apresenta-se, pois, com o objetivo de oferecer aos cidadãos participação ativa na resolução de conflitos, resultando no crescimento do sentimento de responsabilidade civil, cidadania e de controle sobre os problemas vivenciados. Dessa maneira, apresenta forte impacto direto na melhoria das condições de vida da população – na perspectiva do acesso à justiça, na conscientização de direitos, enfim, no exercício da cidadania. (2001, p. 78)

Fica claro então que a expectativa da mediação é de encontrar respostas melhores aos conflitos, através da participação daqueles que estão ligados a um conflito na busca por uma decisão que satisfaça seus interesses, de forma a preservar s laços preexistentes entre eles.

3 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO RIO DE JANEIRO

3.1 Origem do Instituto no Ordenamento Jurídico Brasileiro

Ao realizarmos uma análise acerca da mediação no sistema jurídico brasileiro, podemos observar que a autorização, bem como os incentivos ao uso da prática da mediação está previsto em diversos dispositivos legais, começando pelo preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988;

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (BRASIL, CF/88)

Não obstante, na própria Constituição em seu Artigo 4º, inciso VII, esta a prevê a solução dos conflitos como um princípio que rege as suas relações internacionais.

Além disso, a mediação também foi objeto do II pacto Republicano, assinado em 1304.2009 em que constava dentre os compromissos assumidos pelos três poderes o de [...] fortalecer a mediação e a conciliação estimulando a resolução de conflitos por meios autocompositivos, voltados a maior pacificação social e menor judicialização.

Dentre as recentes reformas legislativas, está a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que foi considerado o marco legal da mediação no Brasil, criada com o objetivo de regulamentar o tratamento os conflitos através de métodos consensuais, por meio da implementação de políticas públicas de pacificação social. Através dessa resolução, foi criada os juizados de resolução alternativa de conflitos.

Após a promulgação da Constituição, mais precisamente na data de 10.11.1988, foi apresentada a primeira proposta para a regulamentação do instituto no Brasil, através do projeto de Lei nº 4.827/1988. O referido projeto foi fundido com outro projeto de Lei, que deu origem ao projeto substitutivo (PLC 94/2002), tal projeto aguardou sua aprovação final até 12.07.2011, quando retornou sem efeito.

Na sequência, foi apresentado e aprovado o projeto de Lei nº 7169/2014 em 02/06/2014.

Logo após, a Lei de mediação, que vigora até a presente data foi aprovada através do nº 13.140/2015, que passou a vigorar em 26/12/2015.

Por fim, o código de Processo Civil, através da Lei 13.105/2015, instituiu meios consensuais de tratar conflitos, privilegiando e estimulando a mediação, haja vista a constante recorrência do vocábulo no novo código de processo civil, onde o mesmo aparece 22 (vinte e duas) vezes, enquanto que o código anterior não menciona tal palavra nenhuma vez.

Pelo o acima exposto, fica claro o interesse, cada vez maior quanto ao instituto, não somente com o objetivo de desafogar o judiciário, incentivando a sua desjudicialização para tornar a justiça mais célere, sendo essa apenas uma das maiores consequências do objetivo central trazido pela mediação, que se baseia na preocupação com o conflito.

Busca então a resolução dos conflitos pelas próprias partes, sendo as únicas responsáveis pelas decisões que tomam, evitando que voltem a judicializar não só o conflito em questão na sessão de mediação, mas também os futuros que possam vir a ocorrer. Nesse sentido, a mediação deve ser instituída apenas como uma resolução de conflitos quantitativa, e sim, que seja qualitativamente mais eficaz.

3.2 Característica da Mediação no Rio de Janeiro

A Lei de Mediação, prevê e autoriza, em seu artigo 3º, o procedimento nos casos de conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis nos casos em que seja admitida transação: “Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”.

Nos casos acima descritos, em que seja possível a prática da mediação, a mesma deverá ser pautada pela informalidade, pela voluntariedade, no que tange a autonomia das partes no procedimento e a confidencialidade, diferentemente dos atos judiciais, que são pautados pela publicidade.

A mediação no ordenamento jurídico brasileiro pode ocorrer de forma judicial ou extrajudicial, pública ou privada, sendo mais comum a modalidade incidental, como uma fase processual, tendo em vista que o novo código de processo civil, tornou obrigatória a mediação, em alguns casos, conforme preceitua o artigo 334 do dispositivo. Além disso, o artigo 319, VII, do mesmo dispositivo, traz como requisito da petição inicial o autor optar ou não pela mediação, sendo a ausência, caso de indeferimento da mesma.

O artigo 12- C, da Resolução 125 do CNJ, regulamenta as Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação. Para que possam realizar as sessões de mediação, faz-se necessário

seu cadastro, bem como o dos mediadores que nelas atuarão, no respectivo tribunal, ou conforme disposto no artigo 167 do Código de Processo Civil, no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, sendo esse cadastro facultativo para a realização das mediações pré-processuais.

As sessões de mediação mais comuns, aquelas que acontecem quando já há um processo judicial tramitando no poder judiciário, tem como locus, o próprio tribunal, que através da resolução 125 do CNJ, criou os núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos e os centros judiciários de solução de conflitos e cidadania (centros ou Cejuscs) previsto no artigo 8ª da resolução. Além disso, o CPC/2015 disciplina também a criação de câmaras de mediação pela União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.

Quanto a figura do mediador, para que possa exercer tal função, deverá ser graduado em qualquer curso superior com pelo menos dois anos de duração e além disso, de acordo com a Lei da Mediação (Lei nº 13.140/2015), como a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), o mediador deve realizar um curso de capacitação, oferecido por entidade credenciada, conforme previsto pelo CNJ juntamente com o Ministério da Justiça.

Vale ressaltar que há uma vedação parcial à pratica da mediação por advogados, conforme disciplinado pelo artigo 167, § 5ª da Lei, 13.105/2015. O novo Código de Processo Civil permite a atuação do advogado como mediador, porém em seu § 5º afirma que os advogados que estiverem inscritos no cadastro nacional dos tribunais para atuar como mediador o advogado estaria impedido de exercer a advocacia nos juízos que desempenhe a função de mediador: “[...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? [...]”. (TARTUCE, 2015, p. 14)

Este impedimento configura um óbice a atuação dos advogados como mediadores, fazendo com que a adesão seja baixa, além de atrapalhar a atuação dos advogados, que no exercício de sua função não poderá sequer acompanhar um cliente em uma sessão de mediação.

Importa mencionar que de acordo com a pesquisadora Bárbaa Lupetti, os mediadores atuantes, em maioria exercem um trabalho voluntário, apesar de o §4ª, do artigo 12 da resolução 125 do CNJ prever a remuneração do trabalho exercido pelo mediador, que seria de acordo com uma tabela a ser fixada pelo tribunal respeitando os parâmetros estabelecidos pela comissão permanente de acesso à justiça e a cidadania do plenário.

Vale ressaltar que o papel do advogado, que é tão importante quanto o do mediador para a realização da mediação, tendo em vista que, normalmente o advogado é a figura que

detém a confiança de seu cliente, podendo interferir positivamente. Isso porque ainda vivemos na “cultura do litígio”, onde as pessoas muitas vezes não têm nem mesmo conhecimento de técnicas heterocompositivas de resolução de conflitos. Nesse sentido, o advogado é o primeiro a ter contato com o cliente/mediando e nessa oportunidade pode sugerir o uso de tais métodos, estimulando assim a mediação.

Além disso, a figura do advogado é de extrema importância durante a sessão de mediação. O Código de processo Civil inclusive exige a presença do advogado durante as sessões. Cabe exclusivamente ao advogado esclarecimentos jurídicos a seu cliente, haja a vista a impossibilidade dos mediadores que além não serem advogados, sendo tecnicamente hipossuficientes para tanto, não podem intervir na mediação.

3.3 Objetivos da Mediação no Rio de Janeiro

O instituto da Mediação vislumbra, o restabelecimento da comunicação com as partes, tendo com principal telos o estímulo a comunicação entre as partes para que elas possam juntas, de forma amigável encontrar uma solução que seja positiva para ambos, afim de resolver o conflito.

Neste sentido, é imprescindível que o mediador use das técnicas da mediação para retomar o diálogo entre as partes, antes de tentar chegar a um acordo. Por essa razão a mediação deve ser vista como uma oportunidade de reformulação do diálogo entre as pessoas, não só como uma alternativa para a solução dos conflitos.

Deste modo, seria a mediação capaz de preservar o relacionamento entre os mediandos. Com isso se faz possível a solução de fato dos conflitos existentes. Através de uma ação judicial, se tem uma sentença que resolve a controvérsia, mas que na maioria dos casos não resolve o conflito em sua origem fazendo com que mesmo conflito ressurja em forma de futuras ações a tramitar no judiciário.

A mediação não pode ser vista apenas com o um meio de gerar celeridade processual. Essa poderá ser uma de suas consequências, mas sua função primordial é dar autonomia aos conflitantes para decidir seus conflitos responsabilizando-os por suas escolhas. Em se tratando de “desafogar o judiciário”, talvez o principal ganho a partir da mediação seja a prevenção de novos conflitos que se dará pelo tratamento adequado do litígio atual, evitando que este retorne ao judiciário ou à central de mediação na forma de um novo conflito. (SPENGLER, 2017, p. 69)

Pelo acima exposto, a mediação pode funcionar como uma prevenção aos conflitos. As partes passam a entender e exercer a autocomposição de seus conflitos de forma pacífica e harmônica sem a intervenção da justiça.

Sendo assim a mediação busca a pacificação social, através de todas as técnicas acima mencionadas que são qualitativamente mais eficientes. Há uma possibilidade muito maior de as partes cumprirem acordos feitos por si próprias do que uma sentença imposta por um juiz.

Além de tudo, uma das finalidades da mediação, que vem como consequência do supracitado é a celeridade processual e a redução das demandas que tramitam no poder judiciário.

3.4 Críticas ao Instituto da Mediação no Rio de Janeiro

Com o advento da resolução 125/2010, do CNJ, a regulamentação das Leis 13.140/2015 (Lei de mediação) e 13.105/2015 (Código de Processo Civil), fica claro que a justiça brasileira não mediu esforços para implementar e incentivar o uso das técnicas de mediação no país.

Apesar disso, muitas são as críticas que correm em torno da aplicação do instituto. Dentre as principais delas está o fato de que para alguns não alcançou o objetivo pretendido. Isso porque, segundo juristas houveram falhas nas normas criadas e ou editadas bem como no entendimento que tem sido adotado pelos tribunais para resolver tais questões.

Além disso, há uma grande crítica, no que tange a forma como o instrumento está sendo utilizado. Segundo a doutrina majoritária está sendo aplicada a mediação com o objetivo de reduzir o número de ações que tramitam no poder judiciário.

Neste sentido, Ada Pellegrini traz a seguinte reflexão:

A sociedade pode aderir, mas se o instrumento não funciona, não adianta. O que acontece depois do acordo? As partes pacificaram de fato? O problema da mediação não é quantitativo, é qualitativo. Não quero saber quantas mil mediações foram feitas, mas o que aconteceu depois. O conflito teve fim? (2018, p. 108)

Diante do exposto fica a dúvida quanto a efetividade do instituto no que se propõe; sanar os conflitos de forma definitiva, incentivando o diálogo entre as partes como forma de prevenção de novos litígios e assim alcançar a paz social, sendo a celeridade e a redução das demandas apenas uma consequência trazida pela mediação.

Além disso, há críticas em relação ao modo como o instituto vem sendo utilizado no Brasil. De acordo com a doutrina majoritária a mediação não deve ter o objetivo simplesmente desafogar o Judiciário, mas de mudar a “cultura do litígio”. Isso porque, não há que se falar em método de solução de conflitos quando o mesmo é realizado da mesma forma como são os litígios ou mesmo como são os outros métodos auto compositivos como a conciliação, que tem outro propósito.

Segundo Kazuo Watanabe (2018, p. 198): “O Judiciário ainda está utilizando a mediação e a conciliação como meio alternativo para reduzir estoque de processos. É preciso adotar uma nova cultura, que encontre meios adequados de solução de conflitos, e não alternativos”.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini criticou o Projeto de Lei 7.169/2014: “A tardia ressurreição das nossas práticas conciliativas está ameaçada. O marco regulatório da mediação judicial não é esse projeto de lei”.

De acordo com a professora supracitada as normas dispostas na Lei 7.169/2014 não são compatíveis as previstas no novo código de processo civil que versam sobre o mesmo assunto.

Além disso, recaem críticas ao denominado "marco da mediação", a resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, isso porque os centros de mediação nele previstos não foram implementados em sua maioria e os poucos que surgiram não funcionam como deveriam.

4 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO EM BUENOS AIRES

4.1 Origem do Instituto no Ordenamento Jurídico Portenho

A adoção do instituto da mediação em Buenos Aires, tal como conhecemos hoje, se deu através de uma experiência na Cidade de Buenos Aires nos anos 90, momento em que foi lançada a R.A.D (Resolução Alternativa de Disputas), criada com profissionais da justiça, que propuseram ao Ministério de Justiça um Plano Nacional de Mediação, que seria interligado com o Tribunal, no qual seriam criados centros de mediação comunitárias e institucionais no interior de organismos não governamentais.

Na oportunidade, foi discutido também a incorporação da R.A.D nas escolas e nos currículos das universidades, em especial aquelas que oferecem o curso de direito. Esse plano foi cumprido integralmente.

Em 1995, com a sanção e promulgação da Ley nacional nº 24.573, que vigora desde abril de 1996 nos Juizados Nacionais e Federais Cíveis e comerciais da Capital Federal, houve a disseminação do instituto que tem existência há mais de 20 anos na cidade.

A Lei em comento, foi responsável por instituir a mediação extrajudicial e obrigatória. A criação de tal Lei, além de ter impulsionado os métodos conhecidos como A.D.R y R.A.D (*Alternative Dispute Resolution ou Resolución Alternativa de Disputas*), que engloba os mecanismos alternativos para resolução de conflitos com o objetivo de evitar a judicialização, nos quais se enquadra a mediação.

No ano de 2010, foi então sancionada outra Lei sobre a mediação de conflitos; Ley 26.589, regulamentada pelo Decreto nº 1467/2011, que tornou a mediação um sistema legal definitivo e não mais um instrumento experimental, sendo previsto para toda a Justiça Nacional Federal e os órgãos que a compõe.

Vale ressaltar que tal sistema de mediação instituído na cidade de Buenos Aires tem ligação com o tribunal de justiça regional, mas não sendo ele responsável por sua administração, cabendo esta somente ao Ministério de Justiça e Direitos Humanos da Nação, sendo eles os incumbidos para formação dos mediadores e as habilitações daqueles que desejem atuar na área da mediação.

Cabe ainda relatar que a nova Lei de mediação se manteve com as mesmas características do procedimento criado pela Ley 24.573 em 1995, tendo trazido apenas algumas inovações com o objetivo de aperfeiçoar o instituto pré-existente.

4.2 Características da Mediação em Buenos Aires

A República Federativa da Argentina é um país que tem como organização judiciária um sistema federal de governo, que contém 24 províncias, e sua capital, Buenos Aires é considerada uma cidade autônoma desde a reforma da Constituição de 1994.

Buenos Aires faz parte das 24 unidades da Federação, sendo assim é uma província e possui uma constituição própria, um governo autônomo e seus próprios legisladores.

Deste modo, a forma como a mediação é tratada em Buenos Aires difere de outras províncias, já que, ainda que devam se subordinar a algumas matérias às Leis Nacionais, tem autonomia própria. Há por exemplo, províncias que possuem Lei própria acerca da Mediação.

Deste modo a mediação na província portenha é uma fase pré-processual, ou seja, funciona como requisito de admissibilidade da ação. Neste sentido, ainda que não haja acordo as partes têm o dever de comprovar, através da ata obtida na sessão de mediação sua realização para que a petição inicial possa ser distribuída, dando origem a uma ação judicial. Este procedimento é a regra, tendo apenas como exceção os casos previstos no artigo. 5º, da Lei 26.589/2010.

Quanto a matéria, estão sujeitos à mediação obrigatória os casos relativos às áreas cíveis e comerciais. De acordo com a Ley 24.573/95, em seu artigo 2º há casos em que a mediação não poderá ocorrer, como por exemplo nas causas penais ou relativas ao direito do trabalho entre outras.

As mediações na região podem ser públicas ou privadas. As sessões ocorrem preferencialmente em locais não governamentais, portanto fora do judiciário. As públicas acontecem em regra na *Dirección Nacional de Mediación y Promoción de Métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e Direitos Humanos do Poder Executivo Federal, e o *Consultorio Jurídico Gratuito*, vinculado à *Facultad de Derecho da Universidad de Buenos Aires (UBA) - Departamento de Práctica Profesional*, já as privadas acontecem normalmente em escritórios de advocacia.

Vale ressaltar que nos locais supracitados, onde ocorrem as mediações públicas, estas são gratuitas e oferecidas à aqueles que comprovem hipossuficiência financeira, por tanto não sendo capazes de arcar com o custo da mediação sem prejudicar seu próprio sustento e as privadas são pagas.

Tendo em consideração que a mediação na Cidade de Buenos Aires é obrigatória e em regra pré-processual, imprescindível para a distribuição processual, não oferecer gratuidade á

aqueles que não detêm recursos financeiros para arcar com tal procedimento seria restringir o acesso à justiça, que deve alcançar a todos.

Vale ressaltar que a mediação pode chegar até os locais citados de três maneiras, sendo a primeira delas através de solicitação das partes, ou seja, são aquelas em que as partes voluntariamente procuram os locais em que há a possibilidade de ser realizada sessão de mediação para solução do conflito. A segunda hipótese trata dos casos em que a lei impõe a mediação prévia e obrigatória, como por exemplo nos conflitos que versem sobre direito cíveis ou comerciais. E a terceira e última forma para se chegar a uma sessão de mediação se faz possível através de determinações judiciais, essa hipótese não é comumente usada e pode ocorrer quando um juiz, no curso do processo decide pela mediação, suspendendo o processo e conseqüentemente encaminhado as partes para um centro de mediação.

Cabe ainda ressaltar que todas as mediações em Buenos Aires são extrajudiciais, ou seja ocorrem fora do processo, até mesmo aquelas que ocorrem por determinação judicial, no curso do processo são extrajudiciais.

Assim esclarece Caram (2006, p. 74): “Ou seja, mesmo quando os casos chegam aos centros de mediação (públicos ou privados) por via judicial, sendo chamados de casos ‘derivados judicialmente’, ainda assim, serão trabalhados extrajudicialmente”.

No que tange à atuação dos mediadores, a Lei de mediação que rege a província da capital portenha privilegia a função do advogado na mediação, sendo os mediadores obrigatoriamente advogados.

Dentro deste esquema, a Ley nº 26.289, em seu artigo 11º, prevê os requisitos a serem cumpridos por aqueles que desejarem exercer a função de mediador. Entre estes estão: ser advogado e exercer tal função por pelo menos três anos, realizar um treinamento para o credenciamento exigido pelo regulamento que prevê um curso com duração de 100h e ser aprovado em um exame de idoneidade.

Ainda neste sentido, a Lei de mediação obriga a presença dos advogados de ambas às partes para a realização da sessão de mediação, tendo sua ausência pena de nulidade.

Segundo alguns autores a figura do advogado nas sessões de mediação é de extrema importância haja vista que sua presença traz confiança à seus mandatários e repercute de forma positiva na solução dos conflitos.

Deste modo preceitua Ana María Bargiela:

Así, un buen mediador debe estar capacitado en una amplia gama de habilidades, entre las que cabría destacar, saber escuchar, ser un buen comunicador, ser capaz de identificar los intereses y necesidades de las

partes, ser imparcial respecto a sus valores y saber guiarlas hacia un acuerdo que respete su capacidad para tomar las decisiones que pretenden.- (...) Dentro de este sistema, el mediador deberá comprender los alcances del acuerdo al que puedan arribar las partes.- En efecto, cuando existe un conflicto entre partes están involucrados los derechos y obligaciones de las mismas y al ser el mediador abogado, sus conocimientos del derecho representan una ayuda importante pues, con la habilidad que este profesional debe tener podrá hacer que las partes comprendan los derechos que les asisten, sobre todo cuando resulte notorio que una de ellas esté obrando con una errónea apreciación legal de su caso. (2013, p. 97)

Além disso, a mediação oferece uma série de vantagens, pois a maioria dos casos se resolve sem que tenham sequer entrado no sistema judiciário, que conseqüentemente proporciona uma economia ao Estado em termos financeiros além de manter a justiça com um número de ações reduzida, que permite o andamento mais célere dos processos que lá tramitam.

Ademais, conferem às partes também uma economia, em relação aos honorários, que são menores pela redução do tempo que levará a sua conclusão, além das custas judiciais que não são necessárias para a realização deste procedimento e o desgaste emocional que é reduzido.

4.3 Objetivos da Mediação Buenos Aires

A mediação é um procedimento pacífico e cooperativo de resolução de conflitos que tem como telos a realização de um acordo célere e sem os custos relativos ao tempo, dinheiro e esforço que um processo judicial demandaria.

Trata-se de um acordo voluntário ao qual se pode chegar através de advogados com o propósito de impulsionar um “acerto” entre as pessoas envolvidas em um conflito, ajudando-as a identificar seus interesses de forma a chegar a uma decisão que seja satisfatória a todos os envolvidos sem a necessidade de recorrer aos Tribunais de Justiça.

Muitos acreditam que a prática da mediação seria capaz de reestabelecer às relações entre as partes mediadas de forma que possam resolver não só o conflito, objeto da sessão de mediação, mas que consigam sanar também os futuros do mesmo modo, conforme relatado em capítulo anterior.

Neste sentido, a mediação, foi instituída na província de Buenos Aires com o objetivo principal de criar uma nova cultura social capaz de fazer “morrer” a antiga “cultura do litígio”, dando espaço agora para um ambiente onde a solução pacífica dos conflitos possa

estabelecer uma comunicação eficaz ajudando as partes a criar soluções flexíveis que possam abranger o interesse de todos.

4.4 Críticas ao Instituto da Mediação em Buenos Aires

Algumas críticas são tecidas sobre a mediação em Buenos Aires, entre elas está relacionada a definição de mediador feita pelo próprio *Consejo General Del Poder Judicial*, que diz: “tanto más útil sería, a nuestro modo de ver, subrayar que el mediador puede desarrollar una conducta activa dirigida a lograr el acercamiento de posturas entre las partes, proponiendo –aunque nunca imponiendo– posibles soluciones al conflicto”.

Isso ocorre porque, na Lei de mediação familiar faculta ao mediador sugerir acordos, o que vai contra a regra fundamental da mediação, que é o que a diferencia da conciliação, a saber o fato de o mediador ser um terceiro imparcial que não pode propor acordos e nem intervir na decisão dos mediados de forma ativa.

Em outras ocasiões a crítica sobre a mediação recai sobre o fato de ser em alguns casos considerada um mecanismo para privatização da justiça.

Neste sentido, preceitua Castaño Giraldo:

en ocasiones se escuchan críticas a la mediación como un mecanismo de ‘privatizar’ la justicia y que podría facilitar el uso de la violencia. Existe total coincidencia con el hecho de que los jueces, con sus sentencias, protegen el interés público y no pueden ser reemplazados por los individuos. Sin embargo, ninguna norma prohíbe al ciudadano resolver sus controversias de manera pacífica y respetuosa cuando esa es su libre voluntad y cuando no afecta los derechos fundamentales. (2011, p. 75)

Sendo certo que não se deve confundir a forma de administração judiciária com a proteção jurisdicional, estando esta sempre relacionada a decisões magistradas, sendo os conflitos, objeto da mediação resolvido pelas próprias partes. Não podemos impor a tutela jurisdicional para a resolução de conflitos, quando as partes voluntariamente optarem por outras vias.

Por fim, recaem críticas acerca do mediador ser obrigatoriamente advogado. Isso porque segundo alguns doutrinadores a participação do advogado durante as sessões de mediação, seria capaz de judicializar a mediação, desviando assim de seu objetivo principal.

Se os advogados de ambas as partes não estiverem bem dispostos e preparados para o “ritmo” de uma sessão de mediação, ela corre o risco de transformar-se em uma verdadeira audiência, inclusive com o exercício do contraditório, isto é, a sustentação de argumentos

jurídicos pelos advogados, em nada diferindo de qualquer audiência presidida por um juiz em um processo judicial convencional. (LUPETTI, 2016, p. 19)

Em Buenos Aires os advogados são desde a faculdade treinados para lidar com os métodos autocompositivos de resolução de conflitos, porém esse treinamento nem sempre garante que o comportamento destes estejam sempre voltados para a “lógica consensual”, sendo por vezes a participação destes profissionais nas audiências de mediação um impedimento para sua realização.

5 COMPARAÇÃO ENTRE OS INSTITUTOS

5.1 Diferenças entre o Instituto da Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires

A diferença mais marcante acerca do instituto da mediação em ambas localidades, está relacionada ao tempo. Enquanto na província de Buenos Aires o instituto tem existência há mais de vinte anos, desde a Ley nº 24.573 de 1996 no Rio de Janeiro ganhou destaque apenas em 2010, tendo sido estimulada recentemente pelo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015.

Conforme relatado em capítulo anterior, a mediação em Buenos Aires é um procedimento pré-processual, que ocorre obrigatoriamente fora do processo, de forma extrajudicial, enquanto que neste Estado, apesar da existência da mediação extrajudicial, normalmente é tratada como um ato processual formal, principalmente com o advento da obrigação das audiências de mediação trazida pelo novo Código de Processo Civil, que deu forma de audiência para a mediação transformando-a em uma fase incidental do processo.

Acreditamos que esse formato incidental interfere no modo como as partes envolvidas no conflito enxergam e vivenciam o procedimento. De fato, a impressão é de que a mediação se torna apenas mais uma etapa dentro do processo judicial, que é formal e baseado na chamada cultura do litígio e de imposição das decisões pelo juiz. Isso se refletiu, em alguns casos observados, na forma como as partes e advogados são convocados para as sessões de mediação. (LUPETTI, 2016, p. 11)

Neste sentido, quando ocorre a sessão de mediação nos moldes acima mencionados a ideia que fica para as partes é de que estão indo a um julgamento o que acaba por descaracterizar a mediação, refutando seu original objetivo.

Em Buenos Aires, uma análise sobre a Lei que instituiu a mediação pré-processual obrigatória, nos permite verificar que a mediação é condição para a ação, haja vista a obrigatoriedade de ter sido realizada a mediação para a distribuição da ação, sendo sua ata indispensável para a judicialização.

Outro ponto em que os institutos se contrastam está relacionado ao local das sessões de mediação. No Rio de Janeiro, normalmente são realizadas no ambiente do judiciário, nos Centros de Mediação do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, enquanto que em Buenos Aires há uma preocupação para o afastamento das sessões de locais que remetam ao litígio como são os Tribunais, por esta razão, são realizadas normalmente na *Dirección Nacional de Mediación y promoción de métodos Participativos de Resolución de Conflictos*, localizado

fora das dependências do judiciário, quando se trata de mediação pública ou em escritórios de advocacia quando se trata a mediação privada.

No que tange a participação do advogado. No Rio de Janeiro, há uma resistência para a participação nas sessões de mediação, ao contrário de Buenos Aires, que a todo tempo estimula a participação dos advogados no procedimento da mediação. Haja vista a obrigatoriedade de o mediador ser advogado.

Além disso a capacitação para o exercício da função de mediador em Buenos Aires e no Rio de Janeiro é diferente. Em Buenos Aires há uma série de requisitos a serem cumpridos, dispensados para o exercício no Rio de Janeiro, já mencionados em capítulo anterior.

5.2 Semelhanças entre o Instituto da Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires

De acordo com o estudo comparativo realizado sobre o instituto fica evidente que suas semelhanças estão intimamente ligadas ao objetivo, que em ambas as localidades é de tentar reaproximar as partes através do diálogo a fim de que as mesmas promovam decisões voluntárias para a resolução dos conflitos de forma definitiva, fazendo com que futuramente não busquem a tutela jurisdicional, conseqüentemente fazendo reduzir o número de demandas judiciais.

O sucesso da mediação não está vinculado à obtenção de um acordo que possa dar fim ao processo, mas sim à melhoria da comunicação, aspecto este ao qual o Tribunal, enquanto instituição, não parece estar tão sensível. (FELIPO, 2014, p. 154)

Pode-se afirmar que o telos da mediação ultrapassa as questões tuteladas pelo judiciário, no qual o objetivo é solucionar a lide. A mediação visa a resolução do conflito com a satisfação de todas as partes envolvidas.

Na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e o derrotado da demanda (substituição do *winner-takes-all* pelo *win-win*), além de garantir-se maior criatividade no processo decisório, com chances de pensar *outside the box* e construir consensualmente a decisão (*tailores decision*). (GABBAY, 2011, p. 47)

A mediação deve ocorrer de modo a permitir que as partes possam decidir seus conflitos através do diálogo para que a decisão, fruto da mediação favoreça todas as partes, evitando assim a frustração de uma delas quanto ao decidido.

5.3 Controvérsias na Utilização do Instituto da Mediação em ambas

De acordo com o relatado acima, deve-se questionar a aplicação prática do instituto, tema do presente trabalho monográfico.

Isso porque, apesar de a mediação ser considerada um avanço para a resolução de conflitos de forma pacífica, dando espaço ao diálogo social, seria esta ainda capaz de superar a crise instaurada no poder judiciário.

Apesar disso, devemos observar que ainda que o discurso daqueles que decidiram pela institucionalização da mediação seja favorável, nos levando a acreditar que a mediação seria então a “salvação” do judiciário brasileiro, temos o dever de avaliar os óbices ao funcionamento prático e eficaz deste instituto da forma como está sendo praticado.

O legislador, com a criação da mediação em ambas localidades e principalmente no Rio de Janeiro com o novo CPC que privilegiou o instituto, dando mais força a mediação, demonstra a iniciativa do legislador que parece ser positiva, porém através de uma análise mais cuidadosa feita neste trabalho monográfico, podemos perceber que o discurso por vezes destoa da prática.

É preciso refletir se a mediação tal como conhecemos nos dias de hoje, na prática condiz com a teoria. Através de pesquisas empíricas realizadas pelos autores já citados anteriormente foi possível notar que a mediação está sombreada pelo judiciário, reproduzindo na maioria das vezes o modelo judicial, esquecendo sua essência e materializando um protótipo de insucesso.

Importante mencionar que a cultura do litígio está arraigada ao povo brasileiro, os advogados são treinados para litigar, suas formações são combativas o que reduz a adesão voluntária, transformando a mediação em mais uma etapa processual que o torna ainda mais longo, custoso e desgastante para as partes tal procedimento.

A formação acadêmica dos operadores do direito assim como o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado se baseia essencialmente na solução contenciosa e adjudicada dos conflitos por meio do processo judicial, caracterizando a chamada “cultura da sentença”, a qual está em contraponto com a “cultura da pacificação”. (WATANNABE, 2015, p. 685)

Em Buenos Aires a “cultura da pacificação” parece já ter se disseminado. O povo bem como os advogados parecem ter se adaptado com a presença da mediação, que lá é incentivada durante toda a formação acadêmica destes.

Apesar disso, importa mencionar que em Buenos Aires a participação dos advogados nas sessões de mediação é obrigatória o que poderia também transformar o procedimento

mediatório em uma sessão de julgamento ou algo bem próximo a isso, podendo quem sabe reduzir também a efetividade da aplicação do instituto.

Com efeito a participação do advogado, sobretudo na condição de mediador, pode promover a “judicialização” da mediação. Não no sentido desta realizar-se em um espaço judiciário. Mas sim ue as categorias propriamente jurídicas e as decisões baseadas em critérios jurídicos passam a predominar no espaço da mediação que, por natureza, pretenderia viabilizar uma outra lógica na administração do conflito. (LUPETTI, 2016, p. 19)

Segundo dados estatísticos fornecido pelo CNJ (Conselho Nacional de Justiça), tendo como ano-base 2015, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro 14% dos processos que tramitavam no judiciário foram solucionados através da mediação. Importante mencionar que estes dados levaram em conta a mediação e conciliação, não tendo ainda disponível dados estatísticos relacionados apenas a mediação. Com o incentivo à mediação presente no Código de Processo Civil que entrou em vigor em 2016 este número pode ter aumentado.

Enquanto isso, em Buenos Aires, de acordo com dados estatísticos do CNAJ (*Comisión Nacional de Acceso a Justicia*), tendo como ano-base 2015, 87% das causas foram resolvidas através da mediação na etapa pré-judicial, ou seja, antes mesmo da distribuição das ações.

Tendo em consideração a displicência dos números acima demonstrados, paira sobre nós a certeza de que o modelo adotado no Brasil não está sendo eficaz, porém, precisamos lembrar que a mediação não tem como objetivo a redução de números de ações que tramitam no judiciário e sim o verdadeiro fim do conflito, prezando tal instituto pela qualidade e não quantidade. De todo modo, não podemos por hora afirmar que estes conflitos foram definitivamente resolvidos nem mesmo se estas partes voltaram a procurar o judiciário para resolver estes litígios.

Portanto, não conseguimos garantir que a mediação seja melhor ou pior em uma das localidades, mas podemos, através desta análise buscar a progressão da aplicação da mediação.

6 CONCLUSÃO

Conclui-se com o trabalho de pesquisa apresentada, que o instituto da mediação no Rio de Janeiro seria equivalente ao aplicado em Buenos Aires. Aparentemente, em uma análise simples e superficial, poderíamos dizer que os institutos são iguais e se destinam a desempenhar as mesmas funções em seus respectivos ordenamentos jurídicos visto que ambos teriam o objetivo de através da aproximação das partes e da retomada do diálogo fazer com que estas, apenas com o auxílio do mediador, que atuaria com imparcialidade decidam seus conflitos de forma pacífica e definitiva.

Deste modo, temos de um lado as partes que seriam beneficiadas com uma decisão capaz de alcançar os objetivos de ambos, de uma forma mais rápida e bem menos custosa, além de proporcionar a reaproximação daqueles que litigam e por outro lado teríamos o Estado garantindo a justiça e a paz social dos cidadãos com maior economia, além da redução das demandas judiciais e consequente “desafogamento” do poder judiciário.

Porém, ao realizarmos uma análise mais profunda, verificamos que existem poucas semelhanças entre os institutos da mediação aplicados no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Pois que temos de um lado um procedimento judicial de outro extrajudicial, um formal e outro informal, enquanto que em uma vence a chamada “cultura do litígio” em outra parece ter vencido a “cultura da pacificação”.

Por esta razão, foi problematizado neste trabalho a aplicação da mediação, no Rio de Janeiro, que vem sendo tratada de forma idealizada e prestigiada como um grande feito, porém que em sua aplicação pratica não corresponde com seus dispositivos legais, além de parecer ter como real objetivo o desafogamento do poder judiciário.

Do mesmo modo, foi analisado que a mediação disfarçada de processo judicial, gerido e centralizado pelo mesmo, reproduz o modelo de insucesso, transformando-o em um processo ainda mais lento. A mediação tal como conhecemos hoje é capaz de revelar por si só a displicência entre a teoria e a prática, deixando aparente que o objetivo da aplicação do instituto no Rio de Janeiro é apenas reduzir o número de processos, revelando que não há uma preocupação real com os conflitos, presente nos discursos daqueles que legislam.

Apesar disso, não nos cabe fazer um julgamento de valor para dizer se a mediação aplicada no Rio de Janeiro é melhor ou pior do que aquela usada em Buenos Aires, porém podemos a partir deste trabalho, refletir para aperfeiçoar a aplicação da mediação no Brasil.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A mediação no Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Forense, 2016.

ARGENTINA. **Ley n. 24.573, 4 out. 1995**. Mediacion y conciliacion. Disponível em: <[http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/78A76998BC3EAB2B0325718F00463D07](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/78A76998BC3EAB2B0325718F00463D07)>. Acesso em 21 fev. 2018.

_____. **Ley 26.589, de 15 agr. 2010**. Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales. Disponível em: <<https://www.colegio-escribanos.org.ar/index.php/2010/05/07/ley-26-589-mediacion-y-conciliacion>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BAPTISTA, Bárbara Lupetti; MELLO, Kátia; FILPO, Klever; BORZINO, Thais. **Fronteiras entre judicialidade e não judicialidade**: percepções e contrastes entre a mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/repam/article/view/19716>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BARGIELA, Ana. **La Formación del mediador**: el abogado y el mediador de otras disciplinas. Disponível em: <<https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=6531>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 jan. 2018.

_____. **Lei n. 13.140, de 26 jun. 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm>. Acesso em: 21 fev. 2018.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. **Mediación**: diseño de una práctica. Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CNAJ (Comisión Nacional de Acceso a Justiça). **Jaque a la mediación prejudicial obligatoria en materia de familia en la provincia de Entre Ríos**. Disponível em: <<http://www.cnaj.gob.ar/cnaj/verNoticia.do?idNoticia=1031>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 nov. 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

_____. **Manual de mediação Judicial**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79758-quinta-edicao-do-manual-de-mediacao-e-disponibilizada-pelo-cnj>>. Acesso em: 12 fev. 2018.

_____. **Estatísticas**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/conciliacao-e-mediacao-portal-da-conciliacao/perguntas-frequentes/camara-privada/265-acoes-e-programas/programas-de-a-a-z/movimento-pela-conciliacao/13295-estatisticas>>. Acesso em: 21 mar. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A judicialização é a insatisfação do povo com o que não obtém administrativamente**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/>>

17,MI211706,11049+Ada+Pellegrini+Grinover+A+judicializacao+e+a+insatisfacao+do+povo+com>. Acesso em: 21 fev. 2018.

MELLO, Kátia Sento Sé. **Mediação de conflitos e voluntariedade**: olhares cruzados entre Rio de Janeiro e Buenos Aires. Disponível em: <<http://www.revistas.uff.br/index.php/antropolitica/article/view/437/273>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

VALLÉS, Sara López; CÁRDENAS, Carlos Mauricio López. Aproximación a la regulación de la mediación en el derecho internacional. **Revista de Derecho Privado**, n. 51, 2014.

VARGAS, Juan Enrique; GÓMEZ, Francisco Javier Gorjón. **Arbitraje y Mediación en las Américas**. Disponível em: <<http://www.worldcat.org/title/arbitraje-y-mediacion-en-las-americas/oclc/153314301>>. Acesso em: 10 mar. 2018.

WARAT, Luis Alberto. **Mediación, el derecho fuera de las normas**: para una teoría no normativa del conflicto. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/download/11202/9966>>. Acesso em: 21 fev. 2018.

SOUZA, Aiston Henrique de et al. **Manual de Mediação Judicial**. Distrito Federal: CNJ, 2015.

SOUZA, Antonio Donizete Evangelista de. **Manual de mediação e conciliação eficaz para soluções e acordos**. São Paulo: Tony, 2016.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos**: da teoria à prática. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 2017.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; MEDINA, José Miguel Garcia; DIDIER JR, Fredie; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle. **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>>. Acesso em: 19 mar. 2018.

TUCKMANTEL, Raíra. **Mediação e conciliação no novo CPC**. São Paulo: Habermann, 2016.