



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

RENATA MAYUMI SANOMYA

**DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO
QUE TANGE ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Londrina
2014

RENATA MAYUMI SANOMYA

**DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO
QUE TANGE ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito Negocial
apresentada na Universidade Estadual de
Londrina como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa
Cachapuz.

Londrina
2014

**Catálogo elaborado pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da
Universidade Estadual de Londrina**

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

S228d Sanomya, Renata Mayumi.

Da possibilidade de aplicação da mediação no que tange às relações empresariais / Renata Mayumi Sanomya. – Londrina, 2014.
100 f.

Orientador: Rozane da Rosa Cachapuz

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2014.

Inclui bibliografia.

1. Direito econômico – Teses. 2. Mediação (Direito) – Teses. 3. Globalização – Teses. 4. Responsabilidade social da empresa – Teses. I. Cachapuz, Rozane da Rosa. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 345.78

RENATA MAYUMI SANOMYA

**DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NO QUE
TANGE ÀS RELAÇÕES EMPRESARIAIS**

Dissertação de Mestrado em Direito Negocial
apresentada na Universidade Estadual de
Londrina como requisito parcial à obtenção do
título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Rozane da Rosa
Cachapuz
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof^a. Dr^a. Tania Lobo Muniz
Universidade Estadual de Londrina – UEL

Prof. Dr. Osmar Vieira
Centro Universitário Filadélfia – UNIFIL

Londrina, 07 de agosto de 2014.

AGRADECIMENTOS

A professora, orientadora e amiga Rozane da Rosa Cachapuz, pela boa vontade e orientação nesta pesquisa; pela constante disponibilidade; pela amizade.

A professora Tânia Lobo Muniz, pela disposição em me auxiliar e avaliar.

Ao professor Osmar Vieira, por ter gentilmente aceitado o convite para fazer parte da minha banca.

À minha família, pelo incentivo e apoio incondicionais, fundamentais nesta trajetória.

Ao meu namorado, Rafael, por todo apoio, carinho e compreensão durante todo esse período.

Aos amigos, João Carlos, Heloisa e Cinthia pela amizade, assim como pela presença na minha vida durante essa etapa.

Aos amigos ganhos no mestrado, especialmente minha amiga Laeti Fermino Tudisco, pelos bons momentos e pelo apoio proporcionados durante esses anos.

À UEL, minha escola e eterna casa.

“A verdadeira viagem de descobrimento não consiste em procurar novas paisagens,
mas em ter novos olhos.”

Marcel Proust

SANOMYA, Renata Mayumi. **Da possibilidade de aplicação da mediação no que tange às relações empresariais**. 2014. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

RESUMO

A globalização e os efeitos decorrentes desse fenômeno modificaram a maneira de vislumbrar o direito, demonstrando a necessidade de mudanças no ordenamento jurídico para torná-lo capaz de acompanhar a dinamicidade do mundo global e tutelar as relações transfronteiriças e interdisciplinares. A ideia de utilização adequada da mediação como meio alternativo de solução de conflitos se mostra um excelente instrumento na tentativa de melhorar o acesso à ordem jurídica justa, imperativo de assento constitucional. O cenário brasileiro atual encontra-se marcado pela crise vivenciada pelo Poder Judiciário, o que ocasiona desprestígio e insegurança, porquanto a demora desarrazoada tem o condão de permitir o fenecimento do bem da vida pretendido. As repercussões em questão afetam a seara empresarial, cujo papel alcançado no Estado contemporâneo é de indiscutível destaque. Reconhece-se a empresa como importante agente do desenvolvimento econômico, já que promove a circulação de riquezas, gera recursos, empregos e tributos, proporciona serviços à população, além de estimular a concorrência, trazendo benefícios aos consumidores, à sociedade e ao Estado, seja de forma direta ou indireta, o que fomenta também a inovação tecnológica. Surge, então, a importância de conceitos como função social da empresa e ética empresarial, assim como o reconhecimento de uma responsabilidade social a ser cumprida. A noção de atividade empresária transcende a expectativa de lucro e passa, agora, a se justificar na medida em que traz retornos positivos à sociedade. No âmbito empresarial, os impactos da lentidão da prestação da tutela jurisdicional são incomensuráveis, representando prejuízo para as empresas, além de gerar óbices para o desenvolvimento econômico e para a inserção do Brasil no mercado global, objetivos tão almejados na contemporaneidade, razão pela qual se justifica a implementação da mediação e o desenvolvimento da presente pesquisa.

Palavras-chave: Globalização. Acesso à ordem jurídica justa. Análise econômica do direito. Mediação. Atividade empresarial.

SANOMYA, Renata Mayumi. **The possibility of application of mediation in regard to business relationships**. 2014. 100 p. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2014.

ABSTRACT

Globalization and its effects changed the way to envision law, demonstrating the need for changes in the legal framework to make it able to follow the dynamics of the global world and protect the border and interdisciplinary relationships. The notion of appropriate use of mediation as an alternative mode of dispute resolution seems to be an excellent tool in an attempt to improve access to fair legal system, a constitutional imperative. Nowadays, Brazil finds itself in a crisis experienced by the Judiciary, which causes discredit to the Judiciary and insecurity, since its unreasonable duration has the effect of causing the extinction of the good sought. These repercussions abound in the ambit of business activity, whose role reached in the contemporary State is undisputed highlight. Companies moves the Economy, as they promote the circulation of wealth, generate resources, jobs and payment of taxes, provides services to the population, besides providing competition, creating conveniences for consumers, society and the State, directly or not, and encouraging further technological innovation. Arise, then, paradigms of social function of business and business ethics, as well as the recognition of a social responsibility to be fulfilled. The idea of entrepreneur activity transcends the expectation of profit and is now justified because also brings positive returns to society. In the business context, the impacts of judicial delay are incommensurate, representing damage to businesses, besides generating obstacles for economic development and to the insertion of Brazil in the global market, a current desired goal, which justifies the implementation of the mediation and the development of this research.

Keywords: Globalization. Access to fair legal system. Economic impacts. Mediation. Business activity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
1 A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO E NA ECONOMIA	11
1.1 A SOCIEDADE GLOBAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO	11
1.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA	17
1.3 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	23
2 MEDIAÇÃO: UM INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MEIO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA	32
2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS	32
2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO	38
2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO	44
2.4 A IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO MEDIADOR	47
2.4.1 O processo de aprendizagem da mediação	50
2.4.2 Objetivos e funções do mediador	53
2.5 A CARÊNCIA DE NORMAS REGULAMENTADORAS DA MEDIAÇÃO	57
3 GLOBALIZAÇÃO, MEDIAÇÃO E AS EMPRESAS	64
3.1 EMPRESAS E A FUNÇÃO SOCIAL	64
3.1.1 O surgimento das empresas	66
3.1.2 Função Social: generalidades e aplicação às empresas	69
3.1.3 Princípios gerais da atividade econômica	74
3.2 QUESTÕES ÉTICAS E A ÉTICA EMPRESARIAL	79
3.3 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA SEARA EMPRESARIAL	84
CONCLUSÃO	91
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico teve sua história marcada por profundas alterações que fizeram com que se modificasse também a forma de vislumbrar o Direito, dependendo da época em que a humanidade se encontrava. O próprio significado da palavra Direito se delineou de diferentes formas, segundo os elementos valor, norma e fato, sendo estes considerados elementos fundamentais.

Considerando sua transformação, desde tempos remotos até os dias atuais, pode-se perceber como o Direito sofreu influências ocasionadas pelo fenômeno da globalização. A valorização dos direitos fundamentais, a solidificação de um Estado Democrático de Direito e uma sociedade cada vez mais consciente dos seus direitos demonstram a necessidade de reformulação do ordenamento jurídico como um todo.

Nesse contexto, o Direito tornou-se um meio para se buscar a justiça e possibilitar a concretização dos direitos materiais. Ocorre que a efetiva prestação jurisdicional, embora almejada há muito tempo, não foi alcançada com o decorrer dos anos, haja vista que a morosidade ainda permaneceu de forma latente. Daí surgiu o seguinte questionamento: como é possível amenizar as diferenças presentes na sociedade, as quais são fruto das disparidades econômicas e sociais, além da constante insegurança e descrédito, por parte dos cidadãos, no Poder Judiciário?

O verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa revela-se como uma resposta adequada à pergunta supra. Isso porque somente o proferimento de decisões justas, adequadas e emitidas dentro de um lapso temporal razoável seria capaz de proporcionar uma prestação da tutela pleiteada e a satisfação dos anseios sociais. Insta salientar que o atendimento a esses direitos se encontram perfeitamente alinhados com o que preceitua a Constituição Federal e o Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, a globalização e todas as mudanças dela decorrentes, alteraram a maneira de se conceber o Direito. Esse processo que modificou as relações humanas, tornando-as transfronteiriças e multidisciplinares, provocou também a interação das comunidades humanas, a troca de conhecimento em escala mundial, novos fluxos e redes de atividades, gerando uma interação entre o Direito e a Economia nunca antes vivenciada.

Em razão disso, vê-se o aumento da relevância que o Direito representa para Economia e vice-versa. Assim sendo, novos paradigmas foram observados, fazendo com que no início do século XXI, economistas, estudiosos e operadores do Direito analisem a urgência de se construir um Poder Judiciário forte e eficaz para incentivar e viabilizar os investimentos no Brasil.

Dentro dessa nova conjuntura sócio-econômica multifacetada e com muitos centros de decisão, o Judiciário brasileiro tem como desafio assegurar a operacionalidade e funcionalidade do sistema jurídico, fazendo com que as empresas e os investidores se sintam seguros ao realizar suas transações. Ademais, conflitos pluridimensionais, que envolvem uma multiplicidade de pessoas e que se caracterizam pela complexidade e dinamicidade, precisam contar com normas e regulamentos eficazes para suprir suas necessidades.

Sob outro aspecto, como os mecanismos tradicionais não tem se mostrado suficientes na prestação dessa tutela, cada vez mais se discute a possibilidade de implementação dos chamados meios alternativos de solução de conflitos. Nesse sentido, discute-se, principalmente, os benefícios trazidos com o instituto da mediação. Devido às suas características e objetivos, este importante instrumento auxiliar do Poder Judiciário tem demonstrado que sua adequada utilização poderia acarretar inúmeras proficuidades à sociedade.

Além de ter como principal escopo a pacificação social, a mediação é capaz de promover relacionamentos cooperativos, prevenindo futuras controvérsias e preservando os laços já existentes. Dessa forma, por ser um método que demanda menos gastos e com menor desgaste entre as partes, a mediação encontra-se em harmonia com os direitos fundamentais e com as expectativas da sociedade moderna e global.

Destarte, essa aplicação assídua da mediação ganha mais espaço quando se trata da seara empresarial, em que as relações demandam maior celeridade, menor custo e onde se faz muito importante a manutenção das relações sociais. A atividade empresarial, tal qual se configura atualmente, busca incessantemente aliar a lucratividade à ética e aos princípios que regem a atividade econômica, devendo as empresas cumprir com a sua função social.

Para que o uso desse meio alternativo e sua implementação sejam concretizados é essencial que exista um regulamento específico e a criação de um Código de ética no sentido de orientar tanto os usuários que optem pela mediação

como aqueles que estarão no comando de todo processo. A segurança proporcionada por uma legislação adequada e voltada para regulamentar o procedimento poderia fazer com que a sociedade modificasse o costume arraigado da conflituosidade pela cultura conciliatória.

Deste modo, o que se pretende analisar nesta dissertação é quanto o modelo tradicional de jurisdição pode receber auxílio do instituto da mediação, como já acontece em diversos países, alicerçado no acesso a uma ordem jurídica justa e na pacificação social, sob o enfoque da integração que deve ocorrer entre o Direito e a Economia, haja vista a importância que as empresas e as atividades empresariais assumem no cenário econômico mundial em razão da geração de riquezas e circulação de bens e serviços.

1 A GLOBALIZAÇÃO E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO E NA ECONOMIA

A globalização é um fenômeno marcante da era moderna e que vem acarretando profundas alterações no Direito e na Economia. Todas as características que marcam a globalização – dinamicidade, complexidade, inovação - tornam possível a percepção da necessidade de adaptação das outras ciências a essa nova realidade.

Em razão disso, o presente capítulo irá abordar a globalização, a sociedade global contemporânea, as mudanças que já foram sentidas no ordenamento jurídico e as que ainda precisam acontecer para que a economia e, mais especificamente, as empresas se sintam seguras e estimuladas a investir no Brasil.

Para tanto, é imprescindível assegurar o acesso à ordem jurídica justa e uma prestação efetiva da tutela jurisdicional, ou seja, o Poder Judiciário precisa garantir que os empresários tenham suas controvérsias solucionadas de forma célere, justa e adequadas, atendendo à dinamicidade que exige a sociedade atual.

A partir dessas discussões nasce a ideia de utilização da mediação como meio extrajudicial de solução de conflitos, que se mostra uma excelente alternativa na tentativa de amenizar essa crise vivenciada pelo Poder Judiciário e de proporcionar maior eficácia e segurança ao setor empresarial.

1.1 A SOCIEDADE GLOBAL E O ORDENAMENTO JURÍDICO

Nos tempos primitivos, o homem era governado por regras de ordem moral, religiosas e jurídicas elaboradas por chefes e sacerdotes. Sua intuição inicial do Direito, portanto, foi uma imagem de valor, sendo as primeiras formas de compreensão da convivência humana atribuídas a dádivas das divindades e não como produto da própria experiência histórica do ser humano.

Essa cultura mítica, muito presente entre os gregos, considerava o Direito em termos axiológicos, atribuindo esse ideal de Justiça à própria divindade. Para eles, era necessário invocar poderes supremos para assegurar o cumprimento de uma obrigação. Apenas com o passar do tempo, aos poucos, o Direito foi se

desvinculando desses elementos mitológicos e se humanizando, para encontrar no próprio homem as razões de sua origem.

Em um momento posterior, os juristas romanos passaram a admitir o Direito como uma norma ordenadora da conduta (intuição normativa) e formularam a possibilidade de uma Ciência do Direito como ordem normativa, tornando Justiça e Direito elementos inseparáveis e integrantes do conjunto da experiência jurídica (REALE, 1994, p. 508).

Apenas no decorrer do século passado, o Direito passou a ser visto como fato social e histórico, alcançando *status* de objeto de ciência autônoma nos trabalhos sociológicos e históricos dos séculos XIX e XX¹. Explica Miguel Reale (1994, p. 506):

O Direito, como fato, como acontecimento social e histórico, só foi objeto de ciência autônoma muito mais tarde, em tempos bem chegados a nós, no decorrer do século passado. Trata-se, portanto, de uma ordem de pesquisas muito recente no patrimônio da cultura universal.

Nesse período, portanto, ocorre a promulgação da Constituição Federal de 1988, como forma de superação do positivismo jurídico vigente até então. Esse novo momento constitucional, caracterizado pela tentativa de diminuição da dominação das minorias² e pela ruptura com o eurocentrismo³, reconhece o atual diploma como um verdadeiro e efetivo instrumento de transformação social. Além disso, esse período também se caracterizou pela mudança de paradigmas político e jurídico, pois uma Constituição “não deve ser tão somente uma matriz geradora de processos políticos, mas uma resultante de correlações de forças e de lutas sociais em um dado momento histórico do desenvolvimento da sociedade (FAGUNDES;

¹ Eis aí, portanto, através de um estudo sumário da experiência das estimativas históricas, como os significados da palavra Direito se delinearão segundo três elementos fundamentais: - o elemento *valor*, como intuição primordial; o elemento *norma*, como medida de concreção do valioso no plano da conduta social; e, finalmente, o elemento *fato*, como condição da conduta (REALE, 1994, p. 509).

² Poucas vezes, na história da religião, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos urbanos (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 377).

³ Essa colonização e dependência da cultura jurídica latino-americana da época ao modelo hegemônico eurocêntrico de matriz romano-germânica não se realizaram somente no âmbito geral das “ideias jurídicas”, mas, igualmente, em nível de construções formais de Direito público, particularmente da positivação constitucional (FAGUNDES; WOLKMER, 2011, p. 375).

WOLKMER, 2011, p. 373). Sobre a Constituição, Antônio Carlos Wolkmer e Lucas Machado Fagundes ensinam (2011, p. 373):

Enquanto pacto político que expressa a pluralidade, ela materializa uma forma de poder que se legitima pela convivência e coexistência de concepções divergentes, diversas e participativas. A Constituição em si não só disciplina e limita o exercício do poder institucional, como também busca compor as bases de uma dada organização social e cultural, reconhecendo e garantindo os direitos conquistados de seus cidadãos.

Portanto, considerando a conjuntura social atual que prima pela valorização de direitos fundamentais inseridos em um Estado Democrático de Direito⁴, pautada em uma economia globalizada e dinâmica, demonstra-se a relevância que essas novas tendências representam para o desenvolvimento de uma sociedade cada vez mais alinhada com a justiça e a paz social. Essa evolução e globalização da sociedade, traços permanentes da contemporaneidade, operam relevantes transformações no mundo jurídico e na forma de vislumbrar o Direito.

Para dar continuidade ao estudo da sociedade global e seu impacto no ordenamento jurídico, cabe, primeiramente, discorrer brevemente acerca do termo globalização. Não se trata de um fenômeno novo e nem de fácil conceituação. “Pelo contrário, é um conceito plurívoco, comumente associado à ênfase dada pela literatura anglo-saxônica dos anos 80 a uma nova economia política das relações internacionais” (FARIA, 2004, p. 59).

Na tentativa de esclarecer esse fenômeno, pode-se dizer que ele vem sendo “amplamente utilizado para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados” (FARIA, 2004, p. 59). A respeito do assunto, José Eduardo Faria (2004, p. 59) explica:

Entre os processos mais importantes destacam-se, por exemplo, a crescente autonomia adquirida pela economia em relação à política; a emergência de novas estruturas decisórias operando em tempo real e com alcance planetário; as alterações em andamento nas condições de competitividade de empresas, setores, regiões, países

⁴ Trata-se de um Estado resultante de um determinado padrão histórico de relacionamento entre o sistema político e a sociedade civil, institucionalizado pelo intermédio de um ordenamento jurídico-constitucional desenvolvido e consolidado em torno de um conceito de poder público em que se diferenciam a esfera pública e o setor privado, os atos de império e os atos de gestão, o sistema político-institucional e o sistema econômico, o plano político-partidário e o plano político-administrativo, os interesses individuais e o interesse coletivo (FARIA, 1998, p. 6).

e continentes; a transformação do padrão de comércio internacional, deixando de ser basicamente inter-setorial e entre firmas e passando a ser eminentemente intra-setorial e intrafirmas; [...]

Contudo, considerando a velocidade na transmissão das informações e a crescente complexidade das interações transnacionais, o significado desse termo possui uma dimensão e significado cada vez mais expressivo na atualidade.

Com relação à globalização e o sistema jurídico, salienta José Eduardo Faria (2004, p. 39):

Dada a impressionante rapidez com que muitos dos conceitos e categorias fundamentais até agora prevalecentes na teoria jurídica vão sendo esvaziados e problematizados pelo fenômeno da globalização, seus códigos interpretativos, seus modelos analíticos e seus esquemas cognitivos revelam-se cada vez mais carentes de operacionalidade e funcionalidade.

Dentro dessa nova conjuntura sócio-econômica multifacetada e com vários centros de decisão, o direito positivo vem encontrando dificuldades para editar normas capazes de satisfazer os anseios dessa sociedade global. Regras que até então conseguiam assegurar a operacionalidade e funcionalidade do sistema jurídico, revelam-se agora lentas e insuficientes para dirimir conflitos de caráter pluridimensionais.

Esses conflitos que ultrapassam os limites territoriais físicos, abrangendo uma multiplicidade de pessoas, que recebem influência de diferentes setores da sociedade e influenciam outros, tem como melhor exemplo as relações que se consolidam na seara empresarial. Tais relações são marcadas pela dinamicidade, complexidade, multidisciplinaridade, características que se alinham com a necessidade de mudanças no ordenamento jurídico.

Ante o desafio de obter respostas cada vez mais rápidas e eficientes a questões econômicas, administrativas, comerciais e financeiras complexas não previstas pelo ordenamento jurídico, viu-se a necessidade de substituição de um direito fechado e formal por um sistema normativo marcado pela multiplicidade de regras, variabilidade de fontes e mutabilidade de estruturas normativas, que leve em consideração a crescente complexidade da realidade sócio-econômica (FARIA, 1998, p. 7-8).

Infelizmente, resta inegável afirmar que apenas os instrumentos jurídicos tradicionais já não conseguem regular satisfatoriamente os conflitos surgidos no âmbito de uma economia globalizada e o despreparo na administração de conflitos pluridimensionais acabam ocasionando uma considerável redução do poder de intervenção e controle do Estado.

Nesse diapasão, pode-se observar que a atualidade encontra-se atrelada a transformações profundas e instantâneas. Neste contexto transformativo social, tem-se a percepção de que o Direito, de igual sorte, alterou-se, mas ainda clama por mudanças (PARAÍSO, 2006, p. 14).

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

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

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

Ineficiência e inoperância, em razão especialmente de legislação desatualizada, excesso de formalidades procedimentais, elevado número de recursos processuais, a falta de recursos materiais, entre outros motivos, fazem com que o Judiciário brasileiro vivencie uma crise de proporções devastadoras, trazendo conseqüências negativas para a economia e, conseqüentemente, para o país.

Sobre o tema, assevera Gregório Assagra Almeida (2003, p. 68):

O direito processual deve ser concebido como instrumento de transformação da realidade social. É necessário hoje, portanto, o seu enfoque dentro do contexto social; só assim será possível alcançar a sua legitimidade instrumental com a observância dos valores principiológicos do Estado Democrático de Direito.

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

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

Essa nova realidade, torna indispensável a criação de instrumentos e o aprimoramento daqueles já existentes, para que a tutela jurisdicional seja realizada de maneira célere, justa e adequada. A busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, mais dirigido a satisfazer o interesse público que a desvirtuá-lo em nome da lei e, especialmente, de torná-lo mais aberto à participação popular.

Esses novos desafios de uma economia globalizada⁵ e de uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos (SOUZA, 2009, p. 69) enfatizam a necessidade e os benefícios advindos da utilização dos meios alternativos de solução de conflitos. Tais instrumentos, desde que usados de maneira adequada e de acordo com os princípios éticos, teriam a precípua função de acarretar um efetivo alcance da justiça e da pacificação social, tendo como fundamento a inegável necessidade de que a solução dos conflitos deve se dar de forma cada vez mais econômica, eficiente e no sentido de diminuir os desgastes psicológicos decorrentes das ações judiciais, pois só assim atenderiam às necessidades do mundo empresarial.

Somente com base nesses fundamentos - economia, celeridade e pacificação social - o ordenamento jurídico estaria em consonância com os ditames democráticos e com os rumos de uma sociedade globalizada e transfronteiriça, sendo capaz de acompanhar as inúmeras transformações ocorridas em escala mundial⁶ e cumprir com seu principal papel, ou seja, garantir o acesso a uma ordem jurídica justa.

1.2 A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA

Considerando a nova realidade global e o aumento na quantidade e complexidade dos conflitos empresariais é importante analisar o impacto que as relações transfronteiriças geram para a Economia. Todas as questões analisadas quando se tratou do Poder Judiciário e suas deficiências influenciam na maneira dos empresários enxergarem o Brasil.

⁵ ... por *globalização* se entende basicamente essa integração sistêmica da economia em nível supranacional, deflagrada pela crescente diferenciação estrutural e funcional dos sistemas produtivos e pela subsequente ampliação das redes empresariais, comerciais e financeiras em escala mundial, atuando de modo cada vez mais independente dos controles políticos e jurídicos ao nível nacional... (FARIA, 2004, p. 52).

⁶ Pois, por um lado, ocorre há anos uma globalização de dimensões múltiplas que de modo nenhum se restringe aos mercados econômicos e financeiros. Pelo contrário, ela se estende a três dimensões: a uma “comunidade global da violência” (com respeito a guerras, ao crime organizado e aos danos ambientais); a uma “comunidade global da cooperação” (no tocante à economia e às finanças, ao mercado de trabalho, ao turismo e, sobretudo, também à educação, ciência e cultura); por fim, a uma “comunidade global em termos de destino” (no que se refere a grandes movimentos migratórios, a catástrofes naturais e ao subdesenvolvimento de amplas regiões do mundo) (HÖFFE, 2003, p. 116).

Como conseqüência, percebe-se também que os Estados-nação se mostram cada vez mais débeis, ineptos e ineficientes quando se trata da condução autônoma e independente de suas economias, ou seja, “são cada vez menos capazes de geri-las e controlá-las como se fossem sua *propriedade exclusiva*” (FARIA, 2004, p. 53).

Até pouco tempo, o cenário social, político, econômico e cultural podia ser mensurado pelo poder atribuído aos Estados-nação para realizar objetivos e implementar políticas públicas por meio de decisões e ações livres, autônomas e soberanas. Atualmente, o que se observa é um cenário interdependente, com atores, lógicas, racionalidades, dinâmicas e procedimentos que se inter cruzam e ultrapassam as fronteiras tradicionais, chegando ao ponto de ignorar as próprias identidades nacionais (FARIA, 2004, p. 14).

Durante muito tempo, o crescimento econômico não foi acompanhado pela melhora das estruturas políticas e administrativas, que se mantiveram arcaicas e ineficazes, o que trouxe conseqüências irreversíveis para o País. Os diferentes desafios advindos dessa sociedade moderna precisam ser enfrentados, pois os problemas sociais e econômicos sempre existirão.

Ao se discutir o tema “crise da Justiça” um dos principais pontos ressaltados é, sem dúvidas, a questão da duração dos processos judiciais, não se tratando este de exclusividade dos brasileiros, mas de um problema universal. A demora na prestação jurisdicional e todos os males dela decorrentes – custos elevados, desgaste e insatisfação dos jurisdicionados, descrença no Poder Judiciário – tem como uma de suas conseqüências mais graves o entrave ao desenvolvimento da Economia.

O tempo razoável de duração para cada demanda não pode ser determinado e inflexível, pois cada situação dependerá das peculiaridades envolvidas. Também não se defende prestação imediata de tutela, sem a devida apreciação das provas e alegações colhidas na fase de instrução. Exige-se um tempo mínimo para atendimento aos princípios constitucionais e observação da verdade, tendo em vista que a formação da cognição judicial deve ser adequada e justa. Contudo, como é sabido, o prolongamento excessivo desse tempo processual gera prejuízos muitas vezes irreversíveis às partes⁷.

⁷ Dispensa comentários o seguinte trecho, trazido por José Augusto Delgado, de autoria de Benjamin Franklin: “em minhas viagens, uma vez vi um cartaz chamado ‘Os dois homens da lei’. Um deles

Sobre o assunto, João Carlos Leal Júnior (2013, p. 4):

A patente lentidão do Poder Judiciário brasileiro é matéria de discussão exaustiva na doutrina, assim como a necessidade de conjugação de medidas para a efetivação dos direitos buscados judicialmente, sendo insofismável que um processo que se estende por anos não compraz a nenhuma das partes litigantes, gerando insegurança e desprestigiando o sistema legal.

Dados fornecidos pelo Conselho Nacional de Justiça (2011, p. 36) corroboram a insuficiência do Poder Judiciário no que se refere ao contingente de processos existentes, o que contribui para o cenário de morosidade no Brasil: em 2010, ingressaram na Justiça Estadual 17,7 milhões de processos. O grupo dos maiores tribunais formado por São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Rio Grande do Sul responde por 62% dos casos novos. No 2º grupo composto por onze tribunais de médio porte ingressaram 28% dos processos da Justiça Comum ao passo que no 3º grupo, com doze tribunais, iniciaram apenas 10% do total de casos novos no período.

Assim, segundo João Carlos Leal Junior e Tânia Lobo Muniz (2012, p.539-552):

A lentidão no trâmite processual causa desprestígio ao Judiciário e macula o fundamento existencial da tutela pretendida, porquanto sua duração desarrazoada, ocasionalmente, tem o condão de permitir o fenecimento do bem da vida pleiteado. Essa situação afronta o direito fundamental à razoável duração do processo e o direito humano de acesso à justiça, o que impõe a necessidade premente de tomada de medidas pelo Poder Público voltadas à alteração deste quadro.

Resta inegável ser a demora processual um dos principais fatores de desprestígio e crise do Poder Judiciário brasileiro. Para que o processo cumpra sua função é necessário não apenas que permita o acesso à ordem jurídica justa, mas também que isso se dê em um lapso de tempo considerado razoável, pois ninguém discorda que justiça tardia não é verdadeira justiça (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 86). Não basta, portanto, que o direito material atenda às

estava pintado de um lado do cartaz, numa postura melancólica, coberto de farrapos, segurando um pergaminho que dizia: 'Perdi minha causa'. O outro estava desenhado saltitando de alegria, do outro lado do quadro, com as palavras: 'Ganhei meu processo'. [...] O homem derrotado estava triste e pobre; o vitorioso, alegre, mas estava nu em pêlo (sic), quer dizer, sem a prestação jurisdicional. *A demora do processo e as dores por ele deixadas foram tão grandes que, embora aparentemente houvesse um vencedor, ambos eram vencidos [grifo nosso]*" (DELGADO, 2003, p.11).

expectativas dos cidadãos se o sistema de solução de controvérsias, naquele Estado, é moroso – e, por conseguinte, ineficiente.

Enquanto essa solução do conflito não é alcançada, aumenta para as partes os sentimentos de incerteza, insatisfação e ansiedade. Esse é um cenário de verdadeira tortura, não apenas para os litigantes, mas também para os demais envolvidos, entre eles, advogados e juízes, que vêem os processos se arrastarem durante anos sem qualquer perspectiva de conclusão.

José Augusto Delgado (2003, p. 10), ao falar da demora processual e seus reflexos para os envolvidos:

Digo sempre que os processos têm olhos, ouvidos, esperanças e desgastes emocionais. Os conflitos ali presentes vivem a gritar não somente nas tardes dos nossos gabinetes, onde permanecem guardados em nossos armários, mas ecoam em nossos ouvidos, sonhos, madrugadas e no ambiente das nossas famílias do mesmo modo que ecoam no ambiente das famílias das partes e dos operadores do Direito.

Vivendo essa era pós-moderna e considerando a realidade do mundo globalizado, não há mais como aceitar que um processo permaneça tempo demasiado sem solução. Assim, um dos maiores e mais difíceis desafios do Estado democrático de Direito é justamente conseguir oferecer a todos, e de forma equânime, “uma justiça confiável, independente, imparcial e dotada de meios que a faça respeitada e acatada pela sociedade” (SCHNEIDER, 2013, p. 467).

Nessas constatações residem a importância da integração entre o direito e a economia. O desenvolvimento econômico depende dos mais variados fatores, entre os quais merece especial destaque o desempenho do Judiciário. Por isso, é necessário fazer essa análise interdisciplinar dos fatos sociais e seus reflexos na contemporaneidade.

Considerando a interdependência entre essas ciências, cabe ao legislador formular normas jurídicas⁸ de forma racional e que se mostrem eficientes o bastante para que não se transformem em verdadeiros entraves ao desenvolvimento econômico e social do País. Cabe ao Poder Judiciário, ainda, proporcionar

⁸ O Direito, por sua vez, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá levar em conta os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação dos recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados (ZYLBERSZTAJN; SZTAJN, 2005, p.3).

segurança jurídica⁹ e a eficiência do seu sistema, permitindo que o País tenha competitividade frente à nova economia global.

Com relação à influência que o direito exerce na economia, afirma Ana Maria Jara Botton Faria (2007):

O sistema judicial quanto eficiente produz subsídios para o desenvolvimento social, favorecendo uma eficaz arrecadação tributária, melhores serviços públicos, infra-estrutura eficiente bem como gerar empregos para todos, incentivando os investimentos, tanto os internos como os externos, produzindo o crescimento econômico e a redução das taxas de juros.

Corroborando as idéias acima, estudos recentes demonstram que um desempenho confiável do judiciário, a evolução dos tribunais e a existência de um sistema judicial imparcial são alguns requisitos considerados essenciais para investidores ao decidir onde investir, o que influencia diretamente no desenvolvimento social e econômico (FARIA, 2007).

Resta inegável, portanto, que a existência de um Judiciário célere e eficiente é capaz de trazer inúmeros benefícios de ordem econômica para o País. Por isso, os investidores só irão realizar investimentos caso sintam que há segurança e seriedade suficiente para implementar suas atividades, de modo que a atividade econômica busca sempre evitar conflitos judiciais imprevisíveis e intermináveis.

Outro fato importante é que a existência de uma economia insuficiente gera investimento e desenvolvimento deficitários, o que faz com que o Estado precise injetar uma maior quantidade de recursos públicos em infra-estrutura, deixando em segundo plano o aspecto social, penalizando determinadas camadas da sociedade e contribuindo para a desigualdade social (FARIA, 2007).

O que se percebe é que a demora do judiciário em solucionar conflitos não condiz com as necessidades da economia global, pois o ritmo em que se dão as disputas judiciais não chega nem perto da agilidade com que se gerenciam as atividades econômicas, principalmente dentro das empresas. Essa morosidade acaba causando a diminuição do interesse dos investidores, o que repercute negativamente no desempenho da economia

⁹ A segurança proporcionada pelo judiciário eficiente serve de regulador da atividade econômica, viabilizador dos instrumentos da ordem econômica, protegendo o mercado do ataque de especuladores, da competição desleal, dos cartéis e monopólios; situações cada vez mais comuns em razão da globalização (FARIA, 2007).

Por isso, muitas vezes, essas deficiências do judiciário podem prejudicar a economia em vários aspectos; reduz a abrangência da atividade econômica, desestimula investimentos de longo prazo e a utilização do capital disponível, distorce o sistema de preços ao introduzir fontes de risco adicionais nos negócios e diminui a qualidade da política econômica (NETO BALBINOTTO, 2004).

Assim, passada essa fase inicial do desafio da transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo, o que se encontra hoje é a fase das mudanças jurídicas e institucionais necessárias para assegurar o funcionamento efetivo dessa economia globalizada¹⁰. E quanto mais rápida e acentuada essa globalização, maior o impacto transformador que ela exerce sobre os sistemas políticos e normativos (FARIA, 2004, p. 14-15).

Conforme Jürgen Habermas (1995, p. 89-99):

Com a internacionalização dos mecanismos financeiros, de capitais e de trabalho, os governos nacionais têm sentido crescentemente o descompasso entre a limitada margem de manobra de que dispõem e os imperativos decorrentes basicamente não das relações de comércio em nível mundial, mas das relações de produção tramadas globalmente. [...] A administração e a legislação nacionais não têm mais um impacto efetivo sobre os atores transnacionais, que tomam suas decisões de investimentos à luz da comparação, em escala global, das condições relevantes de produção.

A ordem econômica, por estar incorporada no diploma constitucional, estabelece como um dos deveres estatais a intervenção no domínio econômico a fim de garantir o efetivo cumprimento dos princípios arrolados no artigo 170¹¹.

¹⁰ A economia se globalizou, hoje a ordem internacional exige adequações rápidas, eficazes, uma legislação atualizada e atenta às modificações do mercado, da tecnologia, do desenvolvimento. As relações econômicas, os mercados estão diretamente vinculados à regulação democrática das leis, surgindo assim a necessidade de um Judiciário operante, célere, eficaz e eficiente (FARIA, 2007).

¹¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Considerando esses princípios, espera-se um Estado intervencionista, regulador da ordem econômica e social, capaz de reconhecer o valor das empresas e da atividade econômica para o desenvolvimento tecnológico, econômico e social do país, essencial para o alcance de sua emancipação (LEAL JUNIOR, 2012, p. 18).

Ademais, considerando o que foi ponderado sobre a relação entre economia e direito, adiante será estudada a questão do acesso à justiça e as consequências que o desrespeito aos valores fundamentais acarreta, sempre lembrando que o descrédito no Poder Judiciário diminui o interesse e as possibilidades de investimentos no Brasil e levam ao enfraquecimento da economia.

1.3 ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A velocidade dos meios de comunicação, a industrialização e o desenvolvimento, enfim, todas estas mudanças ocasionaram o aumento desenfreado dos tipos e quantidade de relações sociais, modificando a noção de justiça e ética dos cidadãos¹². Esse novo paradigma da eficiência, já disposto de maneira explícita na Constituição Federal de 1988, tornou-se sinônimo de concreção substancial de justiça a ser buscada pelo Poder Judiciário brasileiro.

A partir dessa premissa, cada vez mais, tem-se sentido a necessidade da existência e desenvolvimento de um Direito multidisciplinar e condizente com a realidade vigente, que seja capaz de atender aos anseios e expectativas sociais. Nesse contexto, os direitos fundamentais ganham cada vez mais notoriedade. A era globalizada e todas as mudanças decorrentes desse fenômeno fizeram aumentar a relevância que esses direitos, tão significativos para a vida humana, possuem dentro de uma sociedade consciente e humanizada.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

¹² Poderoso impulso que as telecomunicações estão imprimindo no processo de transformação dos costumes mundiais está levando, também, a grandes e inevitáveis mudanças nas estruturas políticas, sociais e econômicas de praticamente todas as nações. [...] A democracia da informação, através das comunicações, universaliza o conhecimento, que permite comparar o que é bom e o que é ruim para os homens, em cada País, o que excita a mente e induz a movimentos coletivos, difíceis de serem evitados, de luta pelo direito de liberdade de escolha (BRANDÃO, 1997, p.124).

Considerando a necessidade de alteração na maneira de se interpretar o Direito, os direitos fundamentais passam a merecer lugar de destaque no ordenamento jurídico, por serem elementos inalienáveis e inerentes à condição humana cuja finalidade é proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões (LEAL JUNIOR, 2012, p. 27).

Por constituírem a estrutura básica do Estado e da sociedade, José Afonso da Silva (2004, p. 182-183) define os direitos fundamentais como prerrogativas e instituições concretizadas em “garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

A evolução da sociedade fez com que a doutrina, ao longo da história, os classificasse em gerações, sendo que a essência dos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações correspondem ao lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira geração surgiram no final do século XVIII e realçam o princípio da liberdade. São os direitos civis e políticos que nasceram como uma resposta do Estado liberal ao Estado absoluto. São exemplos o direito à vida, à propriedade e à liberdade, entre outros. Os direitos de segunda geração ressaltam o princípio da igualdade entre os homens. São os direitos sociais, econômicos e culturais que surgiram das transformações trazidas pela Revolução Industrial. Já os de terceira geração, também conhecidos como transindividuais¹³, consagram os princípios da fraternidade e da solidariedade. Exemplos dessa categoria são o direito à paz, ao desenvolvimento, ao meio ambiente sadio, dentre outros.

Após a análise do novo momento constitucional contemporâneo, que ainda se encontra em processo de aprimoramento e constantes mudanças, resta inegável a importância de reforçar e realizar de forma concreta os valores insculpidos na Constituição Federal, entre os quais merecem estudo mais aprofundado o direito ao efetivo acesso à justiça.

Tradicionalmente, o direito ao acesso à Justiça, surgido na década de 1960, era conhecido como o direito de ação para defesa dos direitos individuais. Posteriormente, com o advento da Constituição Federal de 1988 seu significado foi ampliado, à via preventiva, para englobar a ameaça e fazer constar em texto

¹³ Expressam-se esses direitos de cidadania, sobretudo, pelos meios em que se assegure o acesso de cada indivíduo às conquistas tecnológicas, integrando-se as oportunidades de aquisição dos instrumentos necessários a uma vida com dignidade humana propiciada pelo conforto oferecido por tais conquistas (BRITO, 1997, p. 264).

expresso que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão.

O denominado direito de acesso à justiça foi primeiramente reconhecido apenas como direito de acesso ao Poder Judiciário, ou seja, mero direito de ação, bastando oportunizar as pessoas que tivessem suas pretensões examinadas pelo Estado-juiz para que o aludido direito já fosse tido por satisfeito. No entanto, seria insatisfatório e reducionista considerar o direito em apreço nestes moldes (LEAL JUNIOR, 2012, p. 31).

Por isso, em uma Constituição cujo preâmbulo abriga a intenção de instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos, e elege a justiça como um dos valores supremos de uma sociedade que se pretende fraterna e pluralista, o mero direito de ação não satisfaria os objetivos do Estado (NALINI, 1997).

Cabe ressaltar também que a conscientização da sociedade acerca da possibilidade de acesso à justiça aumentou significativamente, além de sofrer profundas e expressivas alterações. Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, com a ampliação do rol de direitos, observa-se crescente aumento da quantidade e complexidade dos litígios. De acordo com o Banco Nacional de dados do Poder Judiciário, enquanto que em 1990 o Judiciário recebeu 3,6 milhões de processos, na década de 2000 esse volume ultrapassou o patamar de 20 milhões de ações (SCHNEIDER, 2013, p. 466).

Dentro desse novo contexto, trata-se da garantia de que o sistema jurídico, além de dever/ser igualmente acessível a todos, também possui a obrigação de produzir resultados justos, assim entendidos como aqueles substancialmente eficazes. O acesso à justiça pode ser encarado “como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 68).

A Constituição da República Federativa do Brasil¹⁴ não apenas disciplina e limita os poderes do Estado, mas tem como principal escopo reconhecer e

¹⁴ A Constituição de um Estado Democrático de Direito tem por fito “veicular consensos mínimos, essenciais para a dignidade das pessoas e para o funcionamento do regime democrático, e que não devem poder ser afetados por maiorias políticas ocasionais”. Tais consensos envolvem a garantia de direitos fundamentais, a separação e a organização dos poderes constituídos (funções do Poder, que, em realidade, é uno) “e a fixação de determinados fins de natureza política ou valorativa”. Além disso,

assegurar os direitos conquistados pelos cidadãos. Nesse sentido, em seu artigo 1º, *caput*, preconiza valores pertencentes ao Estado Democrático de Direito, entre os quais: i) soberania; ii) cidadania; iii) dignidade da pessoa humana; iv) valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e v) pluralismo político.

A promulgação do atual diploma constitucional significou a redemocratização do Estado, trazendo em sua essência os anseios dos variados segmentos do povo brasileiro e assumindo inúmeros compromissos voltados à transformação concreta da vida dos cidadãos. A Constituição atual acompanhou o fenômeno verificado mundialmente e passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico pátrio, de forma que todos os demais atos normativos devem a ela se adequar (LEAL JUNIOR, 2012, p. 13-15).

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

Com esse dispositivo quis a Constituição Federal responsabilizar o Estado para que atue no sentido de tornar a tramitação processual mais célere, assegurando uma razoável duração dos mesmos, possibilitando um factível alcance da justiça. Com isso, introduziu a efetividade e celeridade da tutela jurisdicional como verdadeiro direito fundamental.

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

Apesar das dificuldades para definir a expressão “acesso à justiça”, Cappelletti e Garth (1988, p. 8) assim o fazem:

é seu objetivo “garantir o espaço próprio do pluralismo político, assegurando o funcionamento adequado dos mecanismos democráticos. (BARROSO, 2003, p. 88-90).

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 seus 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.

Ocorre que, “a problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata de apenas possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”. (WATANABE, 1988, p.128). O Estado detém o dever de prestar uma tutela jurisdicional adequada ao cidadão, proporcionando efetividade as pretensões dos demandantes, demonstrando aos jurisdicionados que possui condições de oferecer uma resposta adequada, em um espaço de tempo razoável, motivando-os a buscar a solução do conflito por meio do Poder Judiciário. (KLIPPEL, 2008, p. 58).

Acesso à justiça significa acesso¹⁵ a um processo justo, que possibilite, além de outras nuances, a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Sobre a ordem jurídica justa, Kazuo Watanabe (2011b, p. 385) assevera que:

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

Ainda, para José Antônio Pancotti (2002, p. 69-70):

É assegurar não apenas no plano jurídico, mas através de mecanismos efetivos, o exercício do direito de ação e da defesa: a) seja eliminando dificuldades de ingresso em juízo, com assistência jurídica integral e gratuita; admitindo ações coletivas, como mandados de segurança coletivos e ações civis públicas; b) seja pela observância da disciplina legal dos atos processuais, com garantia da ampla defesa e do contraditório, do devido processo legal; c) seja

¹⁵ O “acesso” não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 10).

na justiça das decisões, isto é, julgamento com base nas provas, com subsunção dos fatos à norma, interpretação do direito positivo com vistas à finalidade social do direito; d) seja na utilidade das decisões, dando a cada um o que é efetivamente seu.

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

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

Assim, a ideia de acesso à justiça diretamente atrelada ao mero acesso aos tribunais não mais representa uma realidade satisfatória nos dias de hoje. Pelo fato desse modelo tradicional não ser capaz de, por si só, efetivar a concretização da justiça, atualmente, é preciso uma visão mais ampla, por meio do redimensionamento da importância dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição Federal.

Sobre o assunto, José Antônio Pancotti (2002, p. 36) assevera:

Garantir o acesso do cidadão à justiça, enfim, não significa a mera admissão ao processo ou a facilitação de ingresso em juízo, pois é indispensável que se assegure “**acesso à ordem jurídica justa**”.

Tendo em vista que, hodiernamente, a demora na entrega do bem da vida pretendido constitui um dos maiores óbices à concretização do acesso à ordem jurídica justa, torna-se imprescindível uma mudança na postura dos legisladores e dos operadores do direito, ampliando as formas de solucionar os conflitos por meio da implementação assídua dos meios alternativos de solução de conflitos.

Cappelletti e Garth (1988, p. 20) apontam como principais óbices do acesso à justiça i) *as custas judiciais*, eis que a resolução de litígios pelo Estado é demasiadamente dispendiosa na maior parte das sociedades modernas; ii) o *excesso de tempo*, isto é, a morosidade do Estado em julgar e concretizar o comando judicial, decorrente de uma grande variedade de fatores; e iii) *a ausência de técnicas/instrumentos adequados à tutela de determinados interesses/direitos*.

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

Considerando essa gama de direitos e garantias em âmbito constitucional, e levando-se em conta a frequente existência de conflitos de interesses na sociedade e o monopólio estatal da Jurisdição, é imprescindível que o processo civil se articule de forma ágil e eficaz, a fim de proporcionar efetivo acesso à justiça aos jurisdicionados (LEAL JUNIOR, 2012, p. 18).

Assim, segundo João Carlos Leal Junior (2012, p. 30):

Nesse panorama, o direito de acesso à justiça mostra-se importante não só pelo fato de se tratar de direito fundamental, mas, também, por determinar a existência de mecanismos para tutelar adequadamente qualquer direito que se faça violado, ou mesmo ameaçado. Uma vez arrolado como direito fundamental, cumpre ao Estado brasileiro emprestar eficácia a ele na maior medida possível.

Dessa forma, para que a finalidade constitucional seja atingida na sede ordinária de resolução de conflitos – a Jurisdição –, impõe-se que o processo judicial se desenvolva por meio de uma cognição adequada e que tenha razoável duração em seu trâmite, evitando o perecimento do direito, acarretado pela morosidade da prestação jurisdicional (LEAL JÚNIOR, 2012, p. 34).

O processo civil, assim, tem como escopo atender os valores democráticos e pluralistas previstos na lei fundamental e prestar tutela jurisdicional de forma efetiva, adequando-se ao que impõem os princípios constitucionais. Nesses termos, o princípio do acesso à justiça, com a configuração atual, requer um Estado-juiz justo,

ativo, célere e efetivo, de forma a garantir a aplicação adequada do direito objetivo visando obter, com isso, a neutralização dos conflitos sociais (LEAL JÚNIOR, 2012, p. 19).

Tem-se, então, que o acesso à justiça não se limita à dimensão puramente formal. Ao revés, propugna pela “efetividade dos direitos materiais e a concretização das garantias processuais constitucionais” (PAROSKI, 2006, p. 226), de forma que seja concedida concretamente a tutela jurisdicional *adequada, tempestiva e efetiva* ao litigante cuja razão o ordenamento jurídico reconhecer. Enfim, efetividade, adequação e *tempestividade* são características essenciais ao provimento jurisdicional que possibilitam a concretização do acesso à justiça (LEAL JÚNIOR, 2013, p. 5).

Essa nova realidade da sociedade contemporânea, mais dinâmica e consciente dos seus direitos e necessidades, tem aumentado significativamente as discussões acerca dos mecanismos auxiliares da justiça e das implicações que o seu uso acarretam para o ordenamento jurídico e, conseqüentemente, para a economia.

O fato dessa tutela jurisdicional não estar sendo suficiente no provimento adequado e satisfatório do verdadeiro acesso a uma ordem jurídica justa faz com que se repense a utilização de meios alternativos, especialmente a mediação, pelo fato de suas características e objetivos se mostrarem alinhados com os valores constitucionais e com os objetivos do mundo empresarial.

O aumento do número de casos solucionados extrajudicialmente e a conseqüente diminuição da quantidade de processos sujeitos à apreciação do Poder Judiciário pode representar uma significativa redução da carga de trabalho e maior rapidez no proferimento das decisões, viabilizando um acesso à justiça concreto e efetivo.

O leque de possibilidades que o uso adequado da mediação traz - entre os quais se destacam decisões céleres, justas, com custos reduzidos e que realmente atingem o cerne do problema aventado - demonstra como esse acesso à justiça se mostra mais próximo da realidade almejada quando se idealiza a implementação desse instituto.

Além disso, a forte presença da “cultura da adversariedade” e a existência infundada de inúmeros recursos e incidentes processuais de cunho meramente procrastinatórios, ainda nos dias atuais, geram o abarrotamento do Poder Judiciário

e extrema lentidão na prestação jurisdicional, o que constitui verdadeiro óbice da justiça, da eficiência e do desenvolvimento econômico.

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

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

Conclui-se do exposto que a busca por meios alternativos de solução de conflitos atende, sobretudo, a um ditame democrático, caracterizado pela necessidade de dar efetividade aos direitos fundamentais e de prover a sociedade de um aparato administrativo mais célere e menos burocrático, dirigido a satisfazer os interesses do mundo contemporâneo e da realidade brasileira.

Enfim, a mediação é um instrumento que tem como característica o alcance da paz social por meio do efetivo alcance da Justiça, razão pela qual, seguindo o recorte metodológico proposto, será esmiuçada no capítulo seguinte. A promoção desta forma de resolução de conflitos, ainda, merece especial enfoque dentro do contexto empresarial, devido à relevância destas operações em razão do fenômeno globalizacional e do natural aumento de litígios nesse ramo do ordenamento.

2 MEDIAÇÃO: UM INSTRUMENTO ALTERNATIVO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMO MEIO DE ACESSO À ORDEM JURÍDICA JUSTA

Devido às suas características, a mediação deve ser encarada como uma alternativa eficaz no que se refere ao alcance do acesso a uma ordem jurídica justa. Os benefícios advindos da sua adequada utilização, entre os quais celeridade, redução dos custos e maior acessibilidade, diminuição dos desgastes, possibilidade de continuidade das relações e manutenção do diálogo, demonstram seu alinhamento com a dinamicidade que requer a sociedade global.

Em razão dessas características, nesse capítulo, cabe analisar a evolução dos métodos de solução de conflitos até chegar à configuração que se encontra nos dias de hoje, o surgimento da mediação, suas finalidades e princípios norteadores. Também se mostra pertinente revelar a importância que o mediador possui na condução e conclusão do processo de mediação, fazendo um estudo do processo de aprendizagem, dos objetivos e funções do mediador, sendo esta peça fundamental para o seu sucesso.

No intuito de aprofundar o estudo da mediação, o último tópico do capítulo aborda o fato de que, apesar da existência de artigos esparsos que citam a mediação, ainda há a ausência de uma legislação específica que possa regulamentar o instituto e nortear os operadores do direito e usuários no caso de sua utilização, ampliando a segurança e preferência por esse meio tão eficaz de solução de controvérsias.

2.1 NOÇÕES HISTÓRICAS

O homem, por sua própria natureza, tende a se defender quando acredita estar sob ameaça. A formação da vida em sociedade e os inevitáveis conflitos sociais decorrentes das relações humanas fez surgir a necessidade de regulamentação para viabilizar essa convivência. No início, prevalecia a lei do mais forte, ou seja, admitia-se o uso da força para determinar aquele que seria o vencedor em detrimento do mais fraco.

Sobre essa época ensinam Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2010, p. 27):

Nas fases primitivas da civilização dos povos, inexistia um Estado suficientemente forte para superar os ímpetos individualistas dos homens e impor o direito acima da vontade dos particulares: por isso, não só inexistia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, como ainda não havia sequer as leis (normas gerais e abstratas impostas pelo Estado aos particulares). Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter, haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. A própria repressão aos atos criminosos se fazia em regime de vingança privada e, quando o Estado chamou a si o *jus punitivis*, ele o exerceu inicialmente mediante seus próprios critérios e decisões, sem a interposição de órgãos ou pessoas imparciais independentes e desinteressadas. A esse regime chama-se autotutela (ou autodefesa) e hoje, encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou o mais tímido.

Longe de alcançar os parâmetros estabelecidos pela dignidade da pessoa humana, esse método de resolução de conflitos conhecido como autotutela inevitavelmente levaria ao caos, pois sua aplicação se orienta em sentido diametralmente oposto da consecução da justiça. Por isso, apesar de restarem resquícios dessa modalidade no atual ordenamento jurídico brasileiro – legítima defesa, estado de necessidade, entre outros – o Código Penal, em seu artigo 345¹⁶, é taxativo ao proibir expressamente a autotutela.

Passada essa fase, surge a autocomposição dos interesses. Segundo esse método, ambas as partes, no todo ou em parte, reconheciam o direito alheio, ainda que essa ação representasse o sacrifício do seu próprio interesse. Com relação a esse período, Rozane da Rosa Cachapuz e Wilson Euclides Guazzi Massali (2011, p. 167):

[...] é a forma pela qual as partes, com ou sem a interferência de um terceiro, chegam a um consenso quanto ao conflito, resolvendo-o, seja através de concessões mútuas, reconhecimento do pedido da parte adversa ou renúncia ao direito objeto da controvérsia. [...] A autocomposição pode ser espontânea ou induzida. A primeira ocorre

¹⁶ Art. 345: Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite: Pena – detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

quando as partes envolvidas no conflito encontram, sem o auxílio ou interferência de terceira pessoa, um caminho apto à solução do litígio. A segunda é aquela onde a pacificação é obtida mediante a intercessão de outrem, alheio ao conflito, como são exemplos o conciliador e o mediador.

Assim, de acordo com esse método autocompositivo o conflito era solucionado sem a presença do exercício coercitivo ou imposição de vontades de um sobre o outro, o que se mostrava um método eficiente na composição de controvérsias, pois refletia a disposição dos envolvidos de chegarem a um acordo.

Finalmente, os indivíduos preferiram buscar a solução dos seus conflitos por meio da heterocomposição. De acordo com essa forma, não caberia mais as partes envolvidas buscar uma solução, mas essa tarefa passaria a ser desempenhada por um terceiro, alheio ao conflito. Esses árbitros, então, deveriam ser pessoas de confiança mútua, pois sua decisão vinculava as partes ao seu cumprimento.

Em um primeiro momento, a escolha desse árbitro se verificava entre sacerdotes ou anciãos, caracterizando a modalidade de heterocomposição arbitral. Mais tarde e à medida que o Estado foi se fortalecendo perante os particulares, surgiu a modalidade de heterocomposição jurisdicional estatal, “fruto do poder que é conferido ao Estado para dizer coercitivamente o direito, o que faz através do Poder Judiciário” (CACHAPUZ; MASSALI, 2011, p. 167-168).

A atividade desenvolvida pelo magistrado, em que ocorre a análise das pretensões e a consequente resolução dos conflitos denominou-se jurisdição. O fato das partes serem substituídas pelos juízes estatais através da função jurisdicional acaba com a possibilidade de se fazer justiça com as próprias mãos. Assim, caso exista um conflito, o direito impõe que se chame o Estado-juiz, o qual irá dizer a vontade do ordenamento jurídico de acordo com cada caso concreto.

Após essa breve análise histórica acerca do desenvolvimento dos métodos de solução de conflitos, percebe-se que a função precípua do direito é harmonizar as relações entre os indivíduos no intuito de garantir a concretização dos valores humanos. A vida não é estanque, sendo quase impossível que as relações humanas sejam sempre resolvidas de maneira consensual. Muito pelo contrário, na maioria das vezes, e por mais afinidade e afeto que exista nas relações interpessoais, algum dissenso, algum conflito, se mostrará presente (VASCONCELOS, 2008, p. 19).

Nesse ponto, portanto, reside a importância de se compreender os motivos que geraram o conflito e tentar desenvolver soluções, se possível autocompositivas,

para acabar com o confronto e a violência que dele podem suceder. Contudo, diante da ineficiência e inoperância do Poder Judiciário na prestação da efetiva tutela jurisdicional, ressurgiu a discussão acerca dos benefícios advindos da implementação das chamadas vias alternativas ao processo.

O instituto da mediação possui marco teórico no ano de 1976, na Escola de Direito da Universidade de Harvard, onde se realizou um estudo que ficou conhecido como *Multidoor Courthouse* – Tribunal ou Fórum de Múltiplas Portas. Segundo essa proposta, “um Tribunal poderia receber demandas por programas distintos, pois além do processo judicial tradicional haveria os meios alternativos, tais como a conciliação, mediação e arbitragem. “Somente em último caso o problema seria solucionado por meio de sentença judicial” (AMARAL, 2008, p. 109-110).

Com esses estudos iniciou-se um processo que tinha como principal escopo tornar a mediação uma teoria, com mecanismos e técnicas de comunicação para a sua implantação institucional como forma de solução de conflitos, nascendo assim o primeiro modelo de mediação, um dos mais conhecidos do mundo (BRAGA NETO, 2010, p. 63).

Tendo em vista que a insatisfação constitui um fator anti-social, não só no Brasil, mas em muitos outros países¹⁷, busca-se a eliminação desses conflitos da vida em sociedade através dessas formas alternativas de resolução de conflitos.

Por meio da análise do grau de aplicação da mediação e das políticas de incentivo em países como Estados Unidos, França, Canadá, Argentina e Inglaterra percebem-se as vantagens advindas do seu uso em ordenamentos estrangeiros e os motivos que ensejaram essas modificações, sendo que tais exemplos podem servir de referência para o Brasil.

Analisando essas questões, explica Rogério Favreto (2009, p. 17):

Possivelmente uma das maiores dificuldades para implementar uma nova política pública consiste não apenas em apresentar novas propostas, mas também em criar condições para sua expansão e em desenvolver mecanismos de aferição da efetividade dessas práticas. No caso específico da mediação no Brasil, o desafio consiste principalmente em encontrar formas de replicar os bons resultados de projetos-piloto de mediação judicial para que estes estejam disponíveis a todos os usuários do Poder Judiciário que tenham

¹⁷ A Law Society da Inglaterra e do País de Gales, em 2005, emitiu uma “sugestão de práticas” recomendadas no sentido de que os advogados devem considerar rotineiramente se as ações de seus clientes podem ser substituídas por ADR. A Comissão Europeia também adotou a mediação e propôs uma diretiva sobre o assunto. (ANDREWS, 2009, p. 270).

interesse em fazer uso dessa forma de resolução de disputas – universalizando, assim, tal prática.

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

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

A existência de tão diversos e peculiares instrumentos revela a sofisticação e riqueza de opções decorrentes da vasta experiência americana no que se refere à manipulação desses mecanismos, ensejando profunda reflexão sobre em que medida o ordenamento jurídico brasileiro pode se beneficiar dessas experiências (TARTUCE, 2008, p. 185).

Embora na França também não haja previsão legal que discipline o instituto da mediação, ele se desenvolveu na década de 80 e sempre foi utilizado em conjunto com o Judiciário. O desenvolvimento desse mecanismo e sua institucionalização, ainda que de forma primária, deu origem aos conciliadores e fez surgir um pensamento norteador da mediação no país. Assim, segundo Déborah Lúcia Lobo Muniz (2009a, p. 317):

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

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

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

Os estudos acerca da mediação na Inglaterra e às políticas de incentivo à sua utilização merecem especial atenção devido às inovações trazidas pelas Regras de Processo Civil de 1998 (CPR). Nesse particular, a propósito, vê-se que, na atualidade, o ordenamento jurídico inglês dá prioridade absoluta para as *alternative dispute resolution* (ADR), o que faz com que haja drástica diminuição do número de processos tramitando no Poder Judiciário¹⁸.

O novo Código alterou de forma significativa a cultura litigiosa dos tribunais ingleses, reconhecendo-se o potencial da mediação para concretização de acordos. Nesse sentido, logo no início das CPR, prevê-se, como dever do juiz, “encorajar as partes a utilizar mecanismos alternativos de solução de conflitos, se o juiz considerar isso apropriado, e facilitar o uso do respectivo meio.” (Regra nº 1.4, 2, e)¹⁹.

Além disso, fatores econômicos vêm influenciando o aumento considerável pela escolha das vias alternativas, transformando o processo judicial na última opção para os litígios ingleses. Essa aversão aos altos custos é sentida tanto no caso das empresas privadas como no caso do governo, que precisa conter os gastos públicos²⁰.

¹⁸ Andrews (2009) aponta que, especialmente no que tange a conflitos de cunho empresarial, a técnica de gerenciamento do processo pelo juiz é feita na Inglaterra de forma a encorajar o uso de meios alternativos de solução de conflitos e evitar, com isso, que o processo tramite lentamente.

¹⁹ O juiz inglês, nesta senda, pode proceder à suspensão do processo e direcionamento do litígio para outras formas de solução, especialmente mediação. Trata-se de mecanismo de fomento às partes à utilização (ou ao menos reflexão sobre) de um método extrajudicial para a resolução do conflito.

²⁰ Na Inglaterra, estudo publicado na revista *LordChancellor* em 2001, demonstra que um conflito trabalhado pela mediação é valorado em \$550.00 *pounds*, ao invés de \$1.656.00 *pounds* nos processos judiciais (média calculada pelo *Legal AidFund*). (PARAISO, 2006, p. 70).

Percebe-se, assim, a importância do estudo da evolução que se deu no campo do direito no que diz respeito aos métodos de solução de disputas e como se deu o surgimento da mediação. Tudo isso, sem deixar de mencionar a relevância que o instituto vem alcançando também quando se trata do direito alienígena, para vislumbrar como esse instrumento pode causar uma melhora da tutela jurisdicional nacional.

2.2 ASPECTOS CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO

A mediação torna possível a análise do problema por meio da ótica valorativa do outro, ou seja, através da valorização dos anseios individuais dos supostos combatentes, de modo que as próprias partes envolvidas encontrem soluções viáveis para seus problemas, tornando o conflito uma situação construtiva a ser gerenciada²¹.

Desta forma, a mediação representa um meio alternativo de solução de controvérsias na medida em que se insere em um modelo consensual onde não existe a característica de conflituosidade do modelo tradicional de jurisdição²², permitindo a preservação e o aperfeiçoamento das relações sociais.

Nesse sentido, o instituto da mediação se apresenta como um importante instrumento de solução de disputas, capaz de promover o diálogo entre as partes e a resolução consensual, sendo seu principal objetivo a pacificação social. Desde que conduzido da maneira adequada, o conflito pode proporcionar o crescimento pessoal, profissional e organizacional dos litigantes, tornando-se um verdadeiro meio de conhecimento, amadurecimento e aproximação entre indivíduos de forma a impulsionar relevantes alterações quanto à ética e à responsabilidade profissional (AZEVEDO, 2009a, p. 28).

²¹ Além do problema imediato que se apresenta, há outros fatores que pautam um conflito, tais como o relacionamento anterior das partes, as suas necessidades e interesses, o tipo de personalidade das partes envolvidas no conflito, os valores das partes e a forma como elas se comunicam. Muitos desses fatores considerados secundários por alguns operadores do direito estão, na verdade, na origem do conflito e, por isso, devem ser levados em conta na solução do problema (AZEVEDO, 2009b, p. 55).

²² É costume arraigado da sociedade brasileira tratar das controvérsias como uma disputa entre partes em busca de uma decisão (modelo conflitual - ganha/perde), mesmo que gere prejuízo aos laços fundamentais e eventualmente afetivos existentes entre elas (BACELLAR, 1999, p. 128)

Desta forma, Fisher, Kopelman e Schneider (1996, p. 21) asseveram:

[...] abandona-se o foco em soluções estáticas e parte-se “em direção a uma atitude que põe ênfase no poder do desenvolvimento”. Nela, as diferenças são reconhecidas, aceitas e entendidas como necessárias, não para se imporem umas às outras, mas para construir a diversidade saudável que produz, aperfeiçoa e traz a paz.

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

Ainda, segundo Acland (1993, p. 18):

A mediação aplica-se a substancial parte dos conflitos (familiares, trabalhistas, societários, religiosos, étnicos, político-partidários, ambientais, etc.) porque, em essência, eles constituem conflitos de longa duração, entre pessoas que deverão manter algum tipo de relacionamento futuro; pode ser utilizada em um ambiente formal para dirimir querelas multimilionárias, ou [...] para solucionar um problema com os vizinhos.

Para os especialistas em psicologia jurídica Osmir Fiorelli e Rosana Cathya Ragazzoni Mangini (2011, p. 392) a mediação busca promover: a) o deslocamento de emoções negativas para positivas; b) a facilidade para migrar das posições enunciadas para fazer emergir os reais interesses dos participantes; c) a concentração nas emoções positivas; d) o desenho do futuro com base no sucesso das ações relacionadas com essas emoções.

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

Para Verônica Cezar Ferreira (2007, p. 168), a mediação proporciona a formação de vínculos mais rapidamente, contando ainda com a vantagem de ser menos dispendiosa e desgastante “porque as pessoas são levadas a agir

cooperativamente, diante das opções realistas, e não a fazer acusações desmedidas ou exigências baseadas em posicionamento pessoal rígido, favorecendo a flexibilidade e a criatividade”.

Considera-se, assim, que a expansão do instituto vem acontecendo de forma exponencial, e, de acordo com os ensinamentos de Eliane Aparecida Stahl (2000, p. 24) se deve aos seguintes aspectos:

a) o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos; b) a participação democrática em todos os níveis sociais e políticos; c) a legitimidade reconhecida ao indivíduo de participar e de ter controle das decisões que afetam sua vida diretamente; d) a necessidade de um suporte ético aos acordos particulares; e) uma maior tolerância à diversidade possibilitando um diálogo mais aberto; f) a crescente insatisfação com o processo autoritário de tomada de decisão; g) o descompasso entre os interesses genuínos das partes e os acordos impostos; h) o alto custo dos processos adversariais.

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

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

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

A mediação tem em vista o acordo pela liberdade da escolha e consensualidade, possibilitando, dessa maneira, a pacificação social e a continuidade de relacionamentos futuros por meio da prevenção de possíveis controvérsias. Entretanto, enfatiza-se que o acordo constitui um resultado da mediação e não o seu objetivo primordial. “A mediação objetiva a facilitação do diálogo, solucionando e prevenindo conflitos, pacificando e incluindo. O acordo pode vir ou não, desde que o diálogo tenha efetivamente ocorrido” (SALES, 2007, p. 34).

Assim sendo, Tarso Genro (2009, p. 14) assevera:

Por meio da mediação, o conceito de Justiça apresenta-se em uma de suas acepções mais básicas: a de que a Justiça da decisão é um valor adequadamente estabelecido em razão de um procedimento equânime que auxilie as partes a produzir resultados satisfatórios considerando o pleno conhecimento delas quanto ao contexto fático e jurídico em que se encontram. Portanto, na mediação a Justiça se concretiza na medida em que as próprias partes foram adequadamente estimuladas à produção de tal consenso e, tanto pela forma como pelo resultado, estão satisfeitas com seu termo.

Conforme já discutido, a mediação pode ser utilizada nos mais diversos tipos de conflitos, pois o instituto aplica-se às “situações em que se evidenciam crônicos e determinantes componentes emocionais do conflito e existe a intenção, a conveniência ou a necessidade de se dar continuidade ao relacionamento entre os envolvidos” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 63).

Levando em consideração todas as características da mediação é possível perceber o quanto sua utilização poderia preservar e, até mesmo fortalecer determinadas relações. Diferentemente do que se percebe nas disputas judiciais, a possibilidade de continuidade das relações, a satisfação de ambas as partes, a redução da adversariedade e da conflituosidade, o incentivo ao diálogo, são situações que favorecem especialmente a resolução dos conflitos empresariais.

As relações empresariais muitas vezes envolvem contatos sociais permanentes e que precisam ser continuamente restabelecidos e preservados, pois somente desta forma se alcança o sucesso. Essa manutenção de boa convivência e parceria é essencial para que se construa e concretize uma estrutura sólida capaz de suportar a pressão do mercado, a concorrência e a evolução. A existência de uma boa atmosfera de trabalho, funcionários satisfeitos e um convívio harmônico, aumentam significativamente as chances de prosperidade dos grandes conglomerados empresariais.

Também a celeridade e o menor custo se mostram verdadeiros aliados quando se trata desses conflitos, tendo em vista que o mundo dos negócios não pode esperar infinitamente para que uma situação se resolva nem desperdiçar seus recursos desnecessariamente com questões judiciais.

Além disso, a possibilidade de resolução por meio de acordos convencionados pelas próprias partes, em que a decisão será consensual certamente será sempre mais proveitosa. Nesses casos, portanto, resta evidente que a mediação, devido as suas características e objetivos é o melhor instrumento

na tentativa de alcançar essas metas, principalmente quando comparada aos métodos jurídicos tradicionais.

Contudo, cabe lembrar que esse mecanismo não pode ser encarado como uma solução milagrosa para enfrentar os problemas do Poder Judiciário, mas sim, como um reforço capaz de complementar os mecanismos judiciais já existentes, tendo como finalidade a busca pelo bem comum²³ e a concretização do acesso à justiça²⁴.

Assim sendo, esse importante meio de solução de controvérsias jamais deve ser visto como um mecanismo para acelerar a solução dos conflitos ou para desafogar a estrutura do Judiciário, pois sua principal missão é a viabilização da verdadeira justiça por meio da promoção do entendimento entre as partes envolvidas, especialmente nos casos onde há questões com alta carga emocional.

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

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

O Poder Judiciário enfrenta sérias dificuldades para implementar uma cultura alternativa ao processo judicial. Tal fato se constata pela conduta dos operadores do direito, que, no Brasil, têm uma formação voltada para a solução contenciosa dos conflitos, optando sempre pela demanda judicial e pelo proferimento de uma sentença imperativa dada pelo representante do Estado.

²³ Afirma-se que o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem-comum nessa área é a *pacificação com justiça* (CINTRA; DINAMARCO; GRINOVER, 2010, p. 31).

²⁴ E, se é verdade que a igualdade de todos perante a lei, igualdade efetiva – não apenas formal – é o ideal básico de nossa época, o enfoque de acesso à justiça só poderá conduzir a um produto jurídico de muito maior “beleza” – ou melhor qualidade – do que aquele de que dispomos atualmente (CAPPELLETTI, GARTH, 1988, p. 165).

Com relação ao assunto, Luciane Moessa de Souza (2009, p. 79) salienta que a formação jurídica do advogado brasileiro é baseada na cultura do litígio:

Nós, operadores jurídicos somos formados apenas para litigar, temos a cultura adversarial, do enfrentamento, não somos treinados a ouvir, para dialogar, para identificar as prioridades e os reais interesses. Somos acostumados a pensar que, necessariamente, alguém vai ganhar e alguém vai perder. [...] o advogado que resolver se dedicar a esta atividade terá que rever seus paradigmas, suas técnicas e passar por profunda transformação profissional.

A existência dessa característica cultural aliada ao elevado custo financeiro constituem verdadeiros óbices no que diz respeito à acessibilidade do sistema a todos os titulares de direitos, sendo indiscutível a necessidade de superação desses obstáculos de ordem econômica e social que impedem a realização do efetivo acesso à ordem jurídica justa²⁵.

Infelizmente, esses problemas que enfraquecem a credibilidade do Poder Judiciário e geram danos na economia não dependem apenas de uma atitude do Estado-juiz, mas de todos os envolvidos nas relações jurisdicionais. A idéia, portanto, consiste em modificar a “atual cultura jurídica forjada pelo bacharelismo e mesmo pelo mercado de trabalho do profissional do Direito no Brasil, centrado na lógica da guerra e da beligerância, e não da paz e da composição de interesses” (FAVRETO, 2009, p. 19).

Corroborando essa opinião, Kazuo Watanabe (2011a) estabelece:

É claro que a redução dos processos judiciais é muito importante, mas ela é uma consequência da pacificação das partes conflitantes. Com essa pacificação, abre-se o caminho para a conciliação e para uma mudança de consciência da sociedade sobre como solucionar os seus conflitos de maneira pacífica.

Enfim, para que a sociedade possa utilizar e se beneficiar dos meios extrajudiciais de resolução de conflitos é imprescindível o desenvolvimento de uma nova cultura social que possibilite a compreensão e avaliação desses métodos, de

²⁵ O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados (GENRO, 2009, p. 13).

forma a obter soluções mais rápidas, menos onerosas e efetivas. (CACHAPUZ, 2005, p. 16).

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

2.3 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

Os princípios representam a base do ordenamento, significando o início, o ponto de partida, ou seja, normas elementares que servem como alicerce de um sistema. Atualmente, devido ao alto peso que representam no ordenamento jurídico, são reconhecidos como normas de eficácia suprema.

Para Paulo de Barros Carvalho (2010, p. 191-195) os princípios são normas jurídicas *de posição privilegiada* e portadoras de *valor expressivo*, que aparecem como diretivas iluminadoras da compreensão de setores normativos, “imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fator de agregação num dado feixe de normas”.

Com relação aos princípios, João Carlos Leal Junior (2012, p. 24):

O princípio jurídico não é concebível em estado de isolamento; sempre se apresenta relacionado com outros princípios e demais elementos, formando um todo aprioristicamente concatenado que tem por objetivo a manutenção de um *status* harmônico. Ademais, os princípios são encontráveis por toda a estrutura do ordenamento jurídico, havendo de sede constitucional, legal e, até mesmo, infralegal.

Deste modo, pelo fato de “deterem amplitude maior, sendo, então, os pontos de apoio normativo para a eficiente aplicação do Direito, aos princípios jurídicos deve haver observância, já que sua infringência implica consequências mais gravosas ao sistema do que a desobediência de simples regra – quando de mesmo patamar” (LEAL JUNIOR; PRADO, 2011).

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello com relação aos princípios (1993, p. 445):

[...] disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

Como aponta Picazo (*apud* BONAVIDES, 2002), são os princípios, deste modo, verdades objetivas que nem sempre pertencem ao mundo do ser, mas ao do dever-ser, na qualidade de normas jurídicas, dotadas de vigência, validade e obrigatoriedade. “Servem eles de critério de inspiração às leis ou normas concretas do direito positivo, ao mesmo tempo em que funcionam como normas obtidas mediante um processo de generalização e decantação dessas leis” (LEAL JUNIOR; PRADO, 2011).

A mediação, como instituto baseado em um acordo de vontades e no reconhecimento dos direitos humanos, encontra respaldo em determinados princípios formadores de suas diretrizes básicas, entre os quais merecem enfoque, o da voluntariedade, do consensualismo, da informalidade e o princípio da não adversariedade.

Dessa forma, admite-se que tais princípios tenham como base:

[...] o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, a crença de que o indivíduo tem o direito de participar e ter controle das decisões que afetam a própria vida, os valores éticos que devem nortear os acordos particulares e, finalmente, a tendência a uma maior tolerância às diversidades que caracterizam toda cultura no mundo moderno-contemporâneo (MENDONÇA, 2004, p. 145).

Como na mediação não existe a imposição de uma decisão e as partes devem chegar a um acordo que seja considerado satisfatório, sem o princípio da voluntariedade esse processo torna-se inviável. Tal princípio, portanto, coloca o mediando como protagonista das suas decisões, permitindo que ele decida o destino do conflito de forma pacífica, evitando um confronto judicial desnecessário e desgastante.

Já o princípio do consensualismo encontra-se presente na própria relação entre as partes envolvidas, tendo em vista que alguns dos pilares do instituto da mediação são a liberdade e o poder de decisão atribuído às partes. Nas palavras de Rozane da Rosa Cachapuz (2005, p. 40):

A mediação é consensual, uma vez que nasce do consenso entre as partes envolvidas, sendo a manifestação da vontade o princípio embasador do instituto. [...] Por isso a importância de a solução ser bem observada pelas partes, para que tenham absoluta certeza de que a decisão e a responsabilidade são somente delas.

O instituto da mediação pressupõe o caráter da informalidade, considerando sua característica de flexibilidade em função da vontade das partes. Assim, por favorecer a comunicação, essa inexistência de regras pré-fixadas na condução do procedimento permite a resolução da controvérsia de maneira mais concreta e satisfatória. Para melhor esclarecer o assunto, explica Fernanda Tartuce (2008, p. 213):

No tratamento do conflito, importa adotar a via mais adequada ao desiderato maior de pacificação com justiça. A mediação, enquanto prática para a facilitação do diálogo entre as partes, não tem regras fixas [...]. Tratando-se de técnica em que se busca o restabelecimento da comunicação, muitas vezes o encaminhamento da controvérsia deverá ser conduzido segundo as situações pessoais dos envolvidos e as condições concretas de sua relação.

Pelo fato de não haver a presença do binômio ganha/perde quando da utilização desse meio alternativo de solução de conflitos, o princípio da não adversariedade deve ser respeitado para que se alcance o êxito, obtido pela efetivação do acordo vantajoso para os mediandos. Como decorrência desse princípio, também “é inaceitável a ameaça numa reunião de mediação. Ao ameaçar você está induzindo a outra parte a provar que é mais poderosa. Em vez de uma solução de ganhos mútuos (ganha-ganha), fica-se restrito a um jogo de ganha-perde ou de perde-perde” (VASCONCELOS, 2008, p. 71).

Com relação ao tema, conclui-se que o processo de mediação segue os seguintes princípios básicos (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 61):

O caráter voluntário (os mediandos ali se encontram por livre vontade); o poder dispositivo das partes, respeitando o princípio da

autonomia da vontade, desde que não contrarie os princípios da ordem pública; a complementaridade do conhecimento; a credibilidade e imparcialidade do mediador; a competência do mediador, obtida pela formação adequada e permanente; a diligência dos procedimentos; a boa-fé e a lealdade das práticas aplicadas; a flexibilidade, a clareza, a concisão e a simplicidade, tanto na linguagem quanto nos procedimentos, de modo que atenda à compreensão e às necessidades dos participantes; a possibilidade de oferecer segurança, em contraponto à perturbação e ao prejuízo que as controvérsias geram nas relações sociais; a confidencialidade do processo.

Assim, o fundamento da mediação é o crescimento pessoal dos mediandos, para que estes possam aprender a lidar com as situações conflituosas de suas vidas de maneira mais satisfatória. Tendo como base os princípios basilares que a norteiam, a mediação deve se voltar ao cumprimento de seus objetivos, quais sejam, a obtenção da satisfação das partes e a promoção do autoconhecimento com crescimento cognitivo dos participantes.

2.4 A IMPORTÂNCIA DA FIGURA DO MEDIADOR

A prática da mediação de conflitos requer capacitação e sensibilidade para lidar com as dinâmicas do confronto na busca da melhor solução. A influência que o mediador exerce no processo de mediação é inegável. Em decorrência disso, o desenvolvimento de habilidades pessoais e um treinamento adequado estão entre as noções básicas que integram o preparo dos mediadores.

O instituto da mediação “constitui um processo de transformar antagonismos em convergências, não obrigatoriamente em concordâncias, por meio da intervenção de um terceiro escolhido pelas partes.” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 58).

Na mediação, o terceiro imparcial devidamente capacitado, auxilia as partes a resolverem o conflito (BUITONI, 2006), aliviando as pressões irracionais existentes, para que, então, os envolvidos possam compreender melhor as reais circunstâncias do problema, possibilitando, dessa forma, uma análise equilibrada dos fatos (NALINI, 2008). Vale lembrar que o mediador “não interfere, não impõe e

não intercede em favor das partes, cabendo-lhe apenas facilitar o processo de mediação” (SALES, 2007, p. 204).

Essa imparcialidade representa uma característica fundamental da figura do mediador, considerando seu papel de restaurador do diálogo entre os envolvidos e condutor do processo de mediação, podendo o mesmo se declarar impedido caso verifique que há riscos de parcialidade.

De acordo com o que estabelece esse atributo, no exercício da sua função e no intuito de auxiliar os usuários, cabe ao mediador atuar 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” (AZEVEDO, 2009b, p. 46).

Além de escutar as partes e tentar apaziguá-las, o mediador tem como função ajudá-las a identificar quais são os verdadeiros motivos que ocasionaram a controvérsia, sempre levando em consideração os interesses da parte contrária, para que sejam capazes de transcender a disputa e descobrir uma resolução consensual. “O mediador busca as verdadeiras causas do conflito, que, muitas vezes, nada têm a ver com as causas aparentes” (FIUZA, 2001, p. 96-97).

De acordo com os ensinamentos de Eliane Aparecida Stahl (2000, p. 19):

[...] a mediação pode ser definida como um sistema de negociação assistida mediante o qual as partes envolvidas em um conflito tentam resolvê-lo por si mesma, com a ajuda de um terceiro imparcial, o mediador, que atua como um condutor da sessão, ajudando as pessoas que participam da mediação a encontrar uma solução que seja satisfatória para ambas as partes.

Ainda sobre o assunto, Elena I. Highton e Gladys Stella Álvarez (1995, p. 195):

[...] es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.

Portanto, a mediação admite que, “o justo como valor pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente e que caso estas não consigam atingir

tal consenso, um terceiro as substituirá nessa tarefa indicando, com base na lei, o justo diante de cada caso concreto” (GENRO, 2009, p. 14).

Sendo a principal missão do mediador a gestão dos conflitos, espera-se dele a capacidade de “alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituado, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais” (MOORE, 1998, p. 29).

Com relação ao mediador, Déborah Lúcia Lobo Muniz ensina (2009a, p. 331):

[...] ao mediador assiste o papel de facilitador da comunicação, a ele não cabe defender esta ou aquela parte, mas sim ouvir com isenção, manter-se neutro e imparcial, conduzindo a situação através do emprego de técnicas apropriadas na busca de acordos, que devem ser facilitados por ele, mas não negociados por ele.

A figura do mediador, portanto, mostra-se de fundamental importância no decorrer do processo de mediação. Para que possa realizar satisfatoriamente suas atribuições, o mediador deve possuir algumas características determinantes para uma boa atuação e estar consciente dos objetivos que cercam o instituto, pois o respeito que conquistarem no desempenho do processo será decisivo no estabelecimento e sucesso da mediação.

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

2.4.1 O processo de aprendizagem da mediação

As características do profissional que se propõe a conduzir um processo de mediação²⁶ são de extrema relevância e podem ser melhoradas com o passar do tempo e com o aprendizado. Para se alcançar o mais alto nível de qualidade profissional o mediador precisa se dedicar com muito afinco, desenvolvendo suas habilidades e competências rumo aos níveis de qualidade esperados.

Para chegar a esse nível, contudo, o mediador passa por quatro etapas, conhecidas como estágios de aprendizagem, sendo que, nem sempre conseguem atingir tal nível de excelência. Para melhor compreensão, cabe analisar cada uma dessas etapas separadamente. O primeiro nível é o estágio do iniciante, o que compreende o aprendizado sobre contornos conceituais, teorias, modelos, treinamento, simulações, estudos de casos, enfim, deve o *iniciante* se preocupar em adquirir o conhecimento elementar acerca do funcionamento da mediação.

Concluída essa etapa, dá-se início à fase de *aprendiz*. Nesse momento, a função do mediador é demonstrar suas habilidades e competências, submetendo-se à prática supervisionada com o intuito de entender as necessidades e o potencial da prática da mediação. No terceiro nível, em que existe certo grau de profissionalização, definido como estágio do *praticante*, espera-se certa habilidade do mediador no momento de interação, pois o profissional já é capaz de realizar suas tarefas com a competência exigida.

Gladys Stella Álvarez (2009, p. 40) ensina que nessa fase:

O trabalho do mediador está sustentado por teorias e habilidades. Espera-se que tenha adquirido a habilidade de utilizar o conhecimento e as destrezas no momento da interação, que seja capaz de integrar a teoria e a técnica em uma série de estratégias e intervenções. A capacitação contínua e a clínica de mediação são os meios para enriquecer-se profissionalmente.

²⁶ A administração do conflito pressupõe traçar as estratégias que darão o rumo ao processo a partir da visão de uma meta – a comunicação entre os litigantes – e, a partir desta, estabelecer a tática a ser aplicada, para saber o que fazer e como fazer para atingi-la. (MUNIZ, 2009b, p. 109).

Por fim, na última etapa o profissional atinge a condição de *mestre* ou *artista*²⁷. Como anteriormente salientado, é muito difícil conseguir chegar em tal nível de informação e competência. Assim, não se pode esperar que todos os profissionais concluam as quatro etapas. Aqueles que adquirem tamanho nível de especialização se diferenciam dos demais, pois na maestria “o foco se volta para pensar o conflito e sua resolução de forma criativa e aplicar estes pensamentos nas múltiplas situações que a prática apresenta” (ÁLVAREZ, 2009, p. 41).

Assim, para Gladys Stella Álvarez (2009, p. 40) a maestria:

Requer mais que competência na prática das habilidades essenciais e mais que capacidade para aplicar a teoria de forma consciente e analítica. É a forma como um profissional responde às circunstâncias únicas, aos fatos imprevistos que emergem na prática profissional, o que distingue o *mestre* do *praticante*.

É certo que algumas pessoas já nascem com certas aptidões que irão favorecer este árduo ofício da mediação, contando com um grau de sensibilidade e destreza inato, ou seja, algo que não provêm da experiência e independe de aprendizados externos. Entretanto, como na maioria dos casos isso não acontece, nada impede o conhecimento e aprimoramento das habilidades profissionais. Por isso, após detalhar os estágios da formação de um mediador, importa esclarecer as características que devem estar presentes no perfil desse terceiro condutor do processo.

Embora a boa vontade e o respeito pelo próximo sejam qualidades essenciais, outros requisitos que influenciam diretamente na escolha do profissional precisam ser observados. Um dos indicadores de qualidade diz respeito à resistência ao estresse emocional. Para estar apto a conduzir o processo de mediação, espera-se um autocontrole acima do normal, pois para conseguir apaziguar emoções alheias e, muitas vezes, opostas, o mediador não pode deixar-se afetar com os sofrimentos de uma das partes, com o universo do conflito ou com a realidade dos mediandos. Assim, essa tarefa de filtrar as reclamações e impedir que os sentimentos se tornem um obstáculo à boa condução do processo mostra-se extremamente complexa e desafiadora.

²⁷ Aqueles que praticam a mediação e aspiram a níveis de alta qualidade necessitam examinar seus princípios e valores, questionar suas crenças e práticas de forma tal que os ajude a identificar, conscientemente, o que é essencial, o que deve ser abandonado e o que merece ser investigado (ÁLVAREZ, 2009, p. 41).

Além disso, Moore (1998, p. 61) elenca como primordial no perfil de um mediador que sejam “pacientes, reflexivos e bastante tolerantes”, tendo em vista que as sessões são fartas de agressões, reclamações, insatisfações e comportamentos inadequados que geram o desconforto, a ira e a intolerância em ambas as partes. Sendo uma pessoa dotada de paciência, portanto, conseguirá manter a postura necessária à altura de seu encargo e cumprir satisfatoriamente sua missão.

Dependendo o sucesso da mediação do equilíbrio entre processo e resultado, e sabendo que as partes também esperam alcançar um acordo, não cabe aos mediadores ficarem alheios a este propósito. Visando conquistar esse objetivo Gladys Stella Álvarez (2009, p. 43) ensina que “a mediação de qualidade requer paciência e perseverança, atenção aos detalhes e um claro sentido de direcionalidade”.

Outra característica fundamental é a autoconfiança, que é capaz de despertar nos mediados a confiança que precisam depositar no mediador. Para J. Fiorelli, M. Fiorelli e M. Malhadas Junior (2008, p. 155) o profissional autoconfiante:

Incentiva a participação e se mantém aberto ao diálogo; não se refugia nos termos técnicos; mantém o olhar firme, a fala pausada e direta; estimula o questionamento; demonstra equilíbrio e ponderação; combina ousadia com prudência; exerce plenamente sua sensibilidade; dispensa o recurso a regulamentos que apenas servem para ocultar a insegurança; reconhece os próprios erros, aperfeiçoa-se continuamente, porque não teme rever seus conceitos.

Com relação à imagem pública, vale destacar que para que os usuários tenham segurança e possam confiar no mediador, ele deve contar com uma credibilidade inatacável. Suas ações e condutas, não apenas com relação à profissão, mas também no que concerne a sua vida privada, precisam estar acima de qualquer suspeita ou julgamento. Tanto que “condenação, pronúncia por crime doloso, processo ou afastamento de cargo administrativo, ainda que em âmbito privado, são incompatíveis com a mediação” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 154).

Também a resistência física influencia na qualidade dos processos de mediação. O fato de ter que se submeter a várias sessões, algumas consecutivas, exige do profissional que se mantenha alerta e disposto. O cansaço e a desconcentração não podem interferir negativamente na percepção de detalhes, na

sua sensibilidade, exigindo a plenitude dos seus sentidos. Esse requisito abrange também o estado da saúde psíquica do mediador, ou seja, crises familiares, problemas de ordem interna, a perda de um ente querido são situações que podem provocar distrações involuntárias e prejudiciais.

Quanto à curiosidade, isto é, o fato de estar aberto a novas perspectivas e diferentes pontos de vista, faz com que o mediador amplie também o entendimento dos litigantes. Movidos por suas emoções, as partes em conflito tem dificuldade em se colocar no lugar do outro e ouvir informações novas, bloqueando e ignorando qualquer entendimento do conflito²⁸. Quando esse estreitamento da visão ocorre, cabe ao terceiro interventor alertá-los e incentivar a incorporação de outras idéias e a revisão dos fatos.

Segundo os ensinamentos de Tânia Lobo Muniz (2009b, p. 109) o profissional condutor da mediação “tem a função de exercer a gestão do processo, o governo com controle, pois quem quer “conduzir” bem deve saber onde quer chegar, o que quer realizar (governo) e não deve perder o rumo traçado (controle)”.

Dessa forma, pode-se concluir de toda exposição que tanto as questões que cercam os estágios de aprendizagem quanto todas as características que compõem o perfil do mediador demonstram claramente a importância de se treinar e qualificar profissionais competentes na arte de condução do processo de mediação para que o instituto alcance o verdadeiro acesso à ordem jurídica justa, possibilitando a efetiva pacificação social.

2.4.2 Objetivos e funções do mediador

Após discorrer sobre os estágios de aprendizagem e as características do mediador, resta ponderar os objetivos que esse profissional deve ter em mente ao conduzir às partes para uma comunicação cooperativa que melhor possa resolver o conflito.

²⁸ As partes que se encerram em uma visão estreita da disputa e da outra parte bloqueiam toda informação que possa contradizê-las, ignoram tudo que poderia ajudá-las a encarar o conflito com outros olhos e reiteram a visão dos fatos que confirma sua versão. (ÁLVAREZ, 2009, p. 41).

Para tanto, precisa o mediador ater-se aos comportamentos que efetivamente viabilizem uma relação de confiança entre a sua figura e os mediandos e também entre os próprios mediandos, facilitando a condução do processo e um futuro alcance da pacificação social.

Essa administração do conflito, portanto, pressupõe traçar as estratégias que darão o norte para o processo a partir da visão de uma meta – a comunicação entre os litigantes – e, a partir desta, estabelecer a tática a ser aplicada, para saber o que fazer e como fazer para atingi-la (MUNIZ, 2009b, p. 109).

Nesse sentido, em sua atividade, o mediador (MUNIZ, 2009b, p. 109):

[...] encontra como maior dificuldade desarmar o espírito competitivo adversarial das partes, que associam a mediação a um processo litigioso em decorrência da vivência de uma cultura adversarial; nesse contexto, é preciso fazer ver aos envolvidos a necessidade de colaborar no desenvolvimento do processo, para que este alcance o fim almejado.

Cabe ao terceiro interveniente eliminar essa ideia arraigada das pessoas, qual seja, a visão de que sempre haverá um vencedor e um perdedor, que seria condizente com o sistema ganha/perde pertencente aos processos judiciais. É necessário se operar uma verdadeira revolução na mentalidade da sociedade, através da propagação das proficuidades advindas dessa atividade alternativa de solução de conflitos.

Disso tudo decorre a inegável importância do desenvolvimento de profissionais aptos a atuar da forma mais eficiente possível, sempre valorizando os aspectos éticos e as técnicas inerentes específicas da mediação. Sem esses elementos, alcançados com muito treinamento e prática, não conseguirá o mediador fazer com que as partes alcancem suas metas – acesso à justiça, proximidade, informalidade e economia processual (MUNIZ, 2009b, p. 110).

Para que a sociedade realmente acredite e utilize esse tão importante instrumento de composição de conflitos, ele precisa estar dotado de credibilidade, “pois, se a proposta de utilização do mecanismo é a de obter uma verdadeira pacificação, [...] sua má utilização geraria desconfiança em sua factibilidade, colocando obstáculos à sua aceitação e desenvolvimento” (MUNIZ, 2009b, p. 110).

Assim, como primeiro objetivo do mediador, cabe ressaltar a relevância de se estabelecer a comunicação e a cooperação entre as partes. Como já explicado,

repisa-se o fato de que a comunicação objetiva, prática e voltada para os aspectos reais das questões controvertidas é essencial para conduzir à compreensão do problema e posterior formulação de alternativas. Um processo que não obtém dos litigantes a devida abertura para constituição de uma relação construtiva será incapaz de promover a harmonia, impedindo a recepção de novas idéias e impossibilitando a realização do acordo.

Também se pode elencar como objetivo o apaziguamento que incumbe ao profissional da mediação. “Apaziguar é atenuar a confrontação para possibilitar o início e a manutenção da comunicação” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 156). Esse objetivo encontra-se diretamente relacionado com a mudança de foco que a mediação deve buscar, no sentido de promover o deslocamento das emoções negativas para as positivas, tirando o enfoque da confrontação.

Além desses objetivos, alguns estudiosos destacam também a necessidade de equilibrar a mesa de negociação, observando que se trata do objetivo mais complexo do mediador. Nessa seara, coloca-se o equilíbrio relacionado com o princípio da imparcialidade, lembrando que ao mediador jamais compete proferir qualquer tipo de julgamento das partes, sendo sua missão auxiliá-las na busca da melhor solução. Ao discutir esse objetivo, acaba-se enveredando para o fato de que, ao equilibrar, o mediador afasta-se da neutralidade para se aproximar do que estabelece a equidade. Contudo, esse afastamento deve ser controlado, para não se correr o risco de afetar a confiança que as partes precisam ter no mediador.

No que concerne às funções, o mediador possui certas atividades inerentes ao seu processo de trabalho, sendo que estas guardam estreita relação com os objetivos acima ventilados. Em primeiro lugar, como forma de acolher os litigantes, o mediador estabelece os primeiros contatos no intuito de causar impressões favoráveis que possam contribuir positivamente com o desenvolvimento das sessões de mediação. Antes de iniciar as atividades, é primordial determinar a posição física das pessoas e verificar as condições do ambiente para, posteriormente, realizar anotações e registros pertinentes, coletando as informações do caso concreto.

Essa função de organizar e a conseqüente criação de um ambiente adequado são capazes de transmitir a ordem e segurança que devem estar presentes para assegurar a confiança tanto no processo como no profissional da mediação. A outra função “compreende comunicar de forma clara, objetiva, precisa e

correta os procedimentos e objetivos da mediação, certificando-se de que todos compreenderam o que foi transmitido” (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 162). Ainda, sobre essa função J. Fiorelli, M. Fiorelli e M. Malhadas Junior (2008, p. 162):

Esta função também tem por objetivo estabelecer a *hierarquia* dentro da sala e ratificar a autoridade absoluta do mediador na condução dos trabalhos. Tem grande importância na mediação de conflitos entre Organizações, cujos representantes são pessoas acostumadas a comandar, liderar e controlar e podem relutar em se sujeitar à condução do mediador, ainda que involuntariamente.

A participação dos mediandos também precisa ser disciplinada, sempre respeitando a sua integridade física e emocional. Nesse caso, cabe ao mediador administrar as manifestações de emoções e as participações de cada parte, jamais impondo restrições ou coações com caráter inibitório. Toda essa atividade guarda estreita relação com o objetivo de manutenção do equilíbrio, que depende da habilidade do mediador.

Ademais, uma função que possui caráter educativo, consiste na ampliação à compreensão das questões que dizem respeito ao problema. Essa análise aprofundada representa grande utilidade para o estabelecimento de uma sintonia emocional entre todos os integrantes. Além dessa aproximação ser fundamental, possibilita, segundo J. Fiorelli, M. Fiorelli e M. Malhadas Junior (2008, p. 163):

Identificar aspectos emocionais essenciais de cada mediando; permanecer atento ao fato de que “as emoções de um lado geram emoções no outro” [...]; reconhecer a existência de emoções que devem ser explicitadas e ter sua legitimidade reconhecida; liberar as partes da carga psíquica das emoções reprimidas (capital emocional negativo), proporcionando às pessoas a oportunidade de empenhar maior energia (capital emocional positivo) no problema.

Finalmente, as outras duas funções do mediador são: desenvolver soluções de forma cooperada²⁹ e favorecer acordos satisfatórios. Com relação à primeira, deve o mediador fazer com que as partes vejam o problema pela ótica do outro e

²⁹ Essa função inclui o conjunto de procedimentos destinados a: revelar os interesses de cada parte; criar opções compreendidas e aceitas por elas; desenvolver, nos mediandos, novas aptidões para lidar com os problemas; estabelecer comunicação efetiva em torno das opções identificadas e obtenção de acordo. (FIORELLI; FIORELLI; MALHADAS JUNIOR, 2008, p. 164).

possam recuar das suas posições iniciais radicais, ampliando as alternativas de soluções para torná-las mais criativas e efetivas.

Já com relação à segunda função, é sabido que o principal escopo da mediação não é a concretização dos acordos, sendo o real sucesso avaliado por meio da evolução das partes em estabelecer relacionamentos cooperativos. No entanto, não há como desconsiderar o ponto relativo à celebração dos acordos e a responsabilidade dos mediadores ao desempenhar essa função, sendo estes, na realidade, o objetivo principal das partes.

Partindo dessas premissas, demonstra-se quão importante é trabalhar o desenvolvimento do perfil do mediador e das suas características, tendo em vista a influência que exercem sobre o procedimento da mediação e sobre as atitudes a serem tomadas pelos mediandos, modificando, muitas vezes, os meandros da situação controvertida.

2.5 A CARÊNCIA DE NORMAS REGULAMENTADORAS DA MEDIAÇÃO

Para alcançar a configuração que se conhece nos dias atuais, o mundo e a sociedade passaram por diversas mutações e alteraram substancialmente a maneira de lidar e solucionar os conflitos. Essas alterações se mostraram necessárias para acompanhar a evolução da sociedade e da tecnologia.

“O fato de atravessarmos uma época marcada pela complexidade, pela interdependência, pela velocidade das mudanças e das comunicações se faz refletir no quadro de resolução de conflitos” (SOUZA, 2009, p. 69). A cada dia surgem ocorrências mais complicadas, que envolvem emoções, posições antagônicas e radicais que levam a situações de difícil reparação e solução.

Nesse contexto, cada vez mais é possível perceber as vantagens advindas do uso da mediação. A respeito do tema em discussão, esclarece a mediadora Tania Almeida (2006, p. 9-11):

A tendência mundial de privilegiar a atitude preventiva e a celeridade na solução de desacordos contribui para que ratifiquemos como negativa e indesejável a experiência da resolução de divergências por meio da litigância. Em seu lugar, o diálogo ganha importância na

composição de diferenças. O lugar de destaque dos diálogos somente pôde advir depois que o homem precisou abandonar a idéia de certeza e necessitou tornar tênues as fronteiras entre as culturas. Ele não pôde mais deixar de olhar o mundo global e sistemicamente e, portanto, não pôde mais abrir mão de soluções e ações cooperativas, sob pena de ameaçar a própria sobrevivência.

Para Maria Berenice Dias (2009, p. 83) a sentença judicial raramente produz o efeito apaziguador desejado, considerando que as partes se encontram cheias de temores, mágoas e sentimentos confusos. Em regra, não é o que acontece com os casos submetidos à mediação, pois a pacificação do conflito tem como fundamento a vontade das próprias partes, que auxiliadas pelo mediador, chegam por si à solução. Nessas situações, a tendência é o adimplemento voluntário dos acordos.

Contudo, apesar das inegáveis proficuidades ocasionadas pelo uso adequado do instituto da mediação, infelizmente o mundo moderno ainda se encontra em uma situação de atraso, com a falta de uma lei regulamentando a mediação, estipulando regras para seu funcionamento. Isso, infelizmente gera insegurança e acaba travando o desenvolvimento e a devida implementação do instituto.

Embora inexista impedimento constitucional para o uso da mediação e o próprio Preâmbulo da Constituição Federal de 1988³⁰ declare o compromisso do Estado em relação à solução pacífica das controvérsias, é indiscutível a necessidade da criação de normas que estabeleçam diretrizes dos comportamentos e procedimentos a serem adotados tanto pelos operadores do direito como pelos usuários interessados em optar por esse meio alternativo de solução de conflitos.

Além disso, um dos maiores desafios para efetivar uma nova política pública não se resume apenas em criar novas diretrizes, mas principalmente, em instituir mecanismos que contribuam com a sua expansão e efetiva aplicação no mundo prático. No caso específico da mediação brasileira, o foco reside na tentativa de encontrar formas de replicar os bons resultados de projetos-piloto de mediação para que possam estar disponíveis as pessoas que se interessem pelas outras formas de resolução de disputas, ampliando tal prática. “A mediação judicial, além de auxiliar

³⁰ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus a seguinte Constituição Federativa do Brasil.”

as partes a resolverem suas disputas com elevado grau de satisfação, proporciona aos litigantes um aprendizado não verificado no tradicional processo heterocompositivo.”(AZEVEDO, 2012, p. 11)

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

O Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso V³¹ estabelece como política nacional de consumo o incentivo aos meios alternativos de solução de conflitos de consumo.

Também cabe citar o Projeto de Lei da Câmara nº 94 de 2002, de autoria da Deputada Zulaiê Cobra, apresentado em 1988 e remetido ao Senado Federal em 2002. Esse projeto possui inspiração na legislação argentina e teve como objetivo institucionalizar e disciplinar a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Segundo Déborah Lúcia Lobo Muniz (2009a, p. 329-330) o projeto traz, em suas linhas gerais:

O projeto prevê a manutenção da informalidade do instituto, sem condicionar a apresentação de provas, de argumentos ou interesses, porém estipula prazo para o término das negociações. Prevê, ainda, a atuação como mediadores de advogados e algumas exceções, onde outros profissionais poderão exercê-la, obriga que se proceda ao cadastro junto ao Tribunal de Justiça e deixa a fiscalização a cargo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Cabe salientar que a parte do projeto original que tratava da obrigatoriedade da utilização do advogado foi alterada para permitir que profissionais especializados e com uma formação muito mais condizente com as necessidades da mediação pudessem realizar o processo. Quanto à alteração, Jean F. Six (2001, p. 62-63) assevera que o mediador, ao exercer sua função:

[...] é estritamente independente do advogado; ele não tem um trabalho de jurista, nem o de desbastar o terreno para o advogado e

³¹ Art. 4º da Lei 8078/90: A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

V - incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

o juiz. Que um mediador, que não tem poder, receba conselho de um advogado ou de um especialista, sim; que ele saiba que não é sua atribuição realizar uma regulamentação legal, sim, é claro e evidente. Mas é necessário evitar toda confusão, é preciso agir com precisão, de modo que aqueles que se engajam em uma mediação não possam, em momento algum, pensar que o mediador e o advogado, ou o mediador e o juiz, sejam parceiros em convivência [...]

O Congresso Nacional também analisou um projeto de lei sobre mediação que resultou da harmonização do PL 94/2002 e do Anteprojeto de Lei do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Escola Nacional de Magistratura. A última versão aprovada pelo Senado declarou-se, pois, favorável à aprovação do PL 94/02, devido a sua constitucionalidade, juridicidade, oportunidade e conveniência, trazendo somente uma grande modificação, ao dispor sobre a institucionalização e disciplina da mediação apenas na esfera civil, enquanto o Projeto de Lei mencionava conflitos de maneira geral, abrangendo a esfera civil e penal (MATTOS, 2009, p. 126).

Sobre o citado Projeto de Lei em discussão, Adherbal Meira Mattos (2009, p. 128):

Por fim, a versão consensuada do projeto de lei sobre mediação propôs-se a “transformar a cultura do conflito em cultura de pacificação” e eu ora a defendo, por sua coerência, especificidade e forma globalizante. [...] Assim, seja pela versão que defendo ou por qualquer outra, deve o país, sem mais delongas, promulgar sua lei sobre mediação, que se faz necessária internamente e até porque praticamente todos os países latino-americanos já o fizeram.

Outra tentativa de regulamentação da mediação que merece ser citada é a Resolução 125 do CNJ, a qual dispõe: “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação”.

Com a edição dessa Resolução, publicada em novembro de 2010 o Conselho Nacional de Justiça tinha como objetivo concretizar uma política pública de incentivo e aperfeiçoamento dos meios consensuais de resolução de conflitos.

Estabelece também que a conciliação e a mediação são instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, e que a sua apropriada disciplina em programas já implementados nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças.

Segundo André Gomma Azevedo (2012, p. 281):

A criação de uma resolução do Conselho Nacional de Justiça que dispõe sobre a conciliação e a mediação partiu de uma premissa de que cabe ao Judiciário estabelecer a política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses resolvidos no seu âmbito – seja por meios heterocompositivos, seja por meios autocompositivos. Esta orientação foi adotada, de forma a organizar, em todo território nacional, não somente os serviços prestados no curso da relação processual (atividades processuais), como também os que possam incentivar a atividade do Poder Judiciário de prevenção de demandas com as chamadas atividades pré-processuais de conciliação e mediação.

Sobre a Resolução, Watanabe (2011b, p. 389-390) explica:

Desde que seja adequadamente implementada a Resolução, certamente assistiremos a uma transformação revolucionária, em termos de natureza, qualidade e quantidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados em seus problemas jurídicos e conflitos de interesses e com o maior índice de pacificação das partes em conflito, e não apenas solução dos conflitos, isso tudo se traduzindo em redução da carga de serviços do nosso Judiciário, que é sabidamente excessiva e em maior celeridade das prestações jurisdicionais.

Logo, a Resolução 125 representa verdadeiro marco no tocante à implantação de políticas públicas no tratamento dos conflitos no Brasil. Portanto, para Kazuo Watanabe (2011a) “a resolução do CNJ ganha ainda mais importância em se tratando de um país como o Brasil, em que tanto o Judiciário quanto os cidadãos estão acostumados a uma cultura da sentença, da solução de conflitos adjudicada pela autoridade estatal.”

Mais recentemente, está em andamento outro projeto de lei que tenta regulamentar a mediação. Trata-se do PL 7169/2014, do senador Ricardo Ferraço, o qual dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução

de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

Contando com 44 artigos, o diploma representa verdadeiro marco legal e constitui um precedente positivo na história da mediação. Apesar do crescimento da utilização e da constatação dos benefícios trazidos com a mediação, resta inegável a importância da existência de um instrumento criado especificamente para regulamentá-la. “A necessidade de regulamentar a mediação é imperiosa para auxiliar na busca por uma Justiça de mais qualidade e por uma sociedade mais pacífica” (FERRAÇO, 2014).

Apesar de tecer algumas críticas com relação ao Projeto de Lei e admitir a existência de falhas, Kazuo Watanabe (2014) considera ser este um projeto inovador. Além disso, como os meios alternativos ainda estão em fase de organização e ainda carecem de um campo fértil para que possam prosperar é essencial que a sociedade brasileira modifique sua mentalidade para se tornar mais receptiva a esses modos de solução e tratamento de conflitos.

Atualmente, se busca uma prática da mediação com qualidade e, no caso do referido Projeto de Lei, cabe destacar a opinião de Tânia Almeida (PINTO, 2014), convocada para integrar a Comissão de Especialistas da Secretaria da Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, responsável pelo texto-base do PL 7169/14:

Para ter mediação, não é preciso haver lei. Tanto que já é praticada há alguns anos. Acho, no entanto, que para a nossa cultura a legitimação pela lei faz muita diferença. Nesse sentido será muito positivo. A lei cria cultura. Haverá uma prática muito maior da mediação após o advento da lei, porque hoje são poucos que têm acesso a essa informação.

Além do grande avanço que uma lei capaz de regulamentar a mediação representa, a aprovação desse Projeto de Lei trará também muito mais segurança para utilização desse instrumento, ampliando as opções de resolução das situações do cotidiano e evitando a judicialização de questões nas quais o diálogo ainda pode ser efetivo.

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

proporcionarão uma maior credibilidade, aceitação e o conseqüente crescimento de sua utilização.

Tais documentos teriam a precípua função de proporcionar a homogeneidade e segurança necessárias ao bom andamento do processo, além de favorecer a qualidade da comunicação, gerando elevado rendimento de acordos concretizados e uma maior satisfação dos envolvidos, favorecendo a pacificação social.

Além disso, a devida regulamentação e o crescimento na utilização da mediação como meio alternativo de solução de conflitos irá consolidar uma nova fase no Poder Judiciário, tornando-o mais célere e eficiente para sociedade. “E assistiremos, com toda a certeza, à profunda transformação do nosso país, que substituirá a atual “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”, disso nascendo, como produto de suma relevância, a maior coesão social” (WATANABE, 2011b, p. 390).

Nesse diapasão, a relevância dos princípios já elencados, do perfil e preparo do terceiro facilitador do diálogo, e, principalmente, a necessidade de estabelecer limites e padrões de conduta alinhados com a ética e o bem comum são assuntos que merecem maior atenção para que seja possível vislumbrar uma sociedade que utilize cada vez mais e de maneira mais consciente esse importante método alternativo de solução de conflitos.

3 GLOBALIZAÇÃO, MEDIAÇÃO E AS EMPRESAS

Após analisar o contexto globalizado em que o Brasil se encontra e considerando certas falhas que cercam o Poder Judiciário³², foi possível observar as proficuidades que poderão advir da reforma de alguns instrumentos jurídicos, na tentativa de prover a coletividade dos aparatos para efetiva concretização da justiça.

Todos os males de que padece o sistema judiciário, entre eles, a lentidão e o alto custo, dificultam o desenvolvimento das empresas e da economia como um todo. A demora na entrega do bem da vida pretendido e a não consecução da tutela pleiteada geram insegurança e desestimulam os investimentos no Brasil.

Considerando as mudanças ocorridas nas características das empresas, nesse capítulo será estudado como a mediação irá trazer benefícios para a seara empresarial, desde que sua utilização seja adequada e pautada na ética e nos princípios gerais da atividade econômica. Tais apontamentos devem ser sempre trazidos de maneira interdisciplinar, tendo em vista a indiscutível influência que o Direito exerce na Economia e vice-versa.

3.1 EMPRESAS E A FUNÇÃO SOCIAL

As empresas, tal como se conhece atualmente, são instituições relativamente novas no panorama econômico. Constituem autêntica expressão da Revolução Industrial, sendo impressionante o papel de destaque que assumem hodiernamente. Essa relevância tem como pano de fundo o dinamismo e o poder de transformação assumidos pelo regime empresarial.

³² Pesquisa realizada pela Vox Populi em abril de 1999 mostrou que 58% dos entrevistados considerava a Justiça brasileira incompetente, contra 34% que a julgavam competente. Mais significativo ainda, 89% afirmaram ser a Justiça demorada, em contraste com 7% dos entrevistados que responderam ser a Justiça rápida. De fato, uma pesquisa publicada pelo IBGE em 1990 já mostrava que *dois em cada três brasileiros envolvidos em conflitos preferiam não recorrer à Justiça*. Numa outra pesquisa do Ibope em 1993, 87% dos entrevistados diziam que “o problema do Brasil não está nas leis, mas na justiça, que é lenta” e 80% achavam que “a justiça brasileira não trata os pobres e ricos do mesmo modo” (CASTELAR PINHEIRO, 2003, p. 4).

Por se tratarem de “importantes agentes de promoção do desenvolvimento econômico de um país, assim como de seu avanço tecnológico”, (SILVA, 2013a, p. 141) as empresas detêm enorme capacidade criadora, constatada por meio da geração de recursos, empregos e tributos.

Fábio Konder Comparato, ao analisar o tema, (1985, p. 9) ensina que “a atuação mais marcante exercida pela empresa atualmente diz respeito à sua influência na determinação do comportamento de outras instituições e grupos sociais que, há pouco tempo, permaneciam alheios ao alcance da órbita empresarial”³³.

Pelo fato do bem-estar comum estar intrinsecamente ligado a todos os setores sociais e da empresa ser o maior representante da atividade econômica, cumpre destacar as palavras de Érica Guerra da Silva (2013a, p. 141) no tocante ao desenvolvimento da atividade empresarial e a função social da empresa:

A responsabilidade social empresarial diz respeito à postura legal da empresa e o apoio dado à sociedade, significando, dessa forma, uma mudança de atitude voltada para uma perspectiva de gestão empresarial com foco na qualidade dessas relações e na geração do bem-estar de todos.

Sobre o assunto, Renato Ventura Ribeiro (2006, p. 176):

O reconhecimento da empresa como instituição e sua função social implicam novos deveres aos administradores e, portanto, maior responsabilidade. Se anteriormente, nas suas relações meramente privadas e internas com acionistas, já eram identificados problemas, a tendência é o agravamento das tensões com os novos deveres perante terceiros.

As empresas passam a ter papel de proeminência, tendo em vista que a atividade empresarial é capaz de proporcionar circulação de riquezas, produção de mercadorias e prestação de serviços, empregos, pagamento de tributos ao Estado, dentre inúmeras outras vantagens para a coletividade (LEAL JUNIOR, 2010, p. 509).

³³ O autor exemplifica quais são essas instituições que sofrem influência das empresas e explica os motivos dessa influência: “Tanto as escolas quanto as universidades, os hospitais e os centros de pesquisa médica, as associações artísticas e os clubes desportivos, os profissionais liberais e as Forças Armadas – todo esse mundo tradicionalmente avesso aos negócios viu-se englobado na vasta área de atuação da empresa. A constelação de valores típica do mundo empresarial – o utilitarismo, a eficiência técnica, a inovação permanente, a economicidade de meios – acabou por avassalar todos os espíritos, homogeneizando atitudes e aspirações” (COMPARATO, 1985, p.9).

As influências que exercem no mundo contemporâneo e, mais especificamente, no ordenamento jurídico demonstram a conveniência de se aprofundarem os estudos acerca dos contornos e do papel desempenhados pelas empresas³⁴, no sentido de se fazer uma releitura da noção de função social da empresa face às dimensões alcançadas pelo fenômeno empresarial.

3.1.1 O surgimento das empresas

Durante a Idade Média ocorreu uma significativa expansão da atividade comercial. O aumento do número de feiras e comércios ocasionou o agrupamento dos agentes comerciais, formando a classe burguesa, em oposição à nobreza feudal. Contudo, essa atividade comercial se encontrava carente de regulamentação para seu exercício, fazendo emergir as instâncias para a resolução de litígios, conhecidas como juntas de comércio.

Surgem, então, as primeiras nuances de um direito corporativo e profissional que ensejaria, mais tarde, o nascimento do direito comercial³⁵. No início predominava a teoria subjetivista, que considerava comerciante aquele que era matriculado em uma corporação. Gradativamente, esse ramo jurídico foi se desenvolvendo e se consolidando, mas a concepção subjetivista representava um obstáculo ao progresso.

Em razão disso, “formou-se uma noção objetivista, fundada nos atos de comércio, e não mais na figura do comerciante enquanto profissional registrado apenas” (BARTHOLLO; GAMA, 2007, p. 12). Assim, comerciante passou a ser aquele que praticasse atos de comércio profissionalmente e com habitualidade, independentemente da sua filiação com corporações de ofício.

³⁴ Na atualidade, reconhece-se que a palavra “empresa” é empregada em vários ramos do direito (como, por exemplo, no direito do trabalho, direito do consumidor, direito tributário, direito administrativo, direito ambiental, entre outros) com vários significados e acepções distintas, ora referindo-se ao estabelecimento, ao empresário, à atividade desenvolvida, à organização feita, ora sendo compreendida como instituição. Daí a colocação da doutrina no sentido de que o fenômeno empresarial “foi decomposto em sujeito de direito (empresário), objeto (estabelecimento) e fato (atividade). (MUNHOZ, 2002, p. 181).

³⁵ Gladston Mamede registra que o Direito Comercial era o conjunto de normas geradas na prática comercial cotidiana, sendo inicialmente assimilado pelas corporações e comerciantes para, depois, receber a chancela do Estado (MAMEDE, 2005, p.2).

Desde os tempos do Código Comercial francês de 1808, que introduziu a palavra “empresa” na linguagem jurídica, essa expressão sempre teve grande significado para o Direito. Em 1942, os legisladores do Código Civil italiano, apesar de não apresentarem uma definição de empresa, forneceram o conceito de empresário como “aquele que exercita profissionalmente atividade econômica organizada para o fim de produção ou de troca de bens ou de serviços” (DE LUCCA, 2009, p. 317).

A contribuição dos juristas italianos no estudo das empresas é inquestionável. Já no Brasil, foram poucos os autores que se detiveram em um estudo mais aprofundado sobre o fenômeno da substituição da figura do antigo comerciante pela nova figura do empresário. Alfredo de Assis Gonçalves Neto assevera que (2008, p. 65):

O direito de empresa, disposto no Livro II da Parte Especial do Código Civil, substitui as bases anteriores em que se sustentava o direito comercial, calcado no comerciante e nos atos de comércio, e fixa as diretrizes de um novo regime jurídico empresarial. Nele estão as normas que definem o empresário e sua qualificação, algumas condições para o exercício da atividade econômica, as estruturas com que se pode apresentar em forma societária etc. Ainda nesse Livro encontram-se regulados o estabelecimento empresarial e alguns institutos complementares.

Várias legislações adotaram essa posição objetivista, que enxerga a empresa como estabelecimento comercial. Essa situação se manteve até o advento do Código Civil de 2002, que passou a recepcionar a moderna teoria da empresa, ampliando o alcance do direito comercial. A partir desse diploma verificou-se também o reconhecimento pelo legislador “de que a atuação da empresa nos sistemas jurídico e econômico pátrios não se restringe a propiciar lucro ao empresário ou à sociedade empresária” (LEAL JUNIOR, 2010, p. 508).

Segundo Miguel Reale (1999), o caráter estritamente patrimonialista, que sempre caracterizou o direito civil, perde força, de maneira que conceitos como *socialidade*, *coletividade*, *eticidade* e *dignidade* passam a ser evidentemente reconhecidos por legislações infraconstitucionais, para, finalmente, seguir os ditames preconizados pela lei magna.

Daniel Carneiro Machado (2003, p. 12) afirma que o “cerne dessa teoria está nesse ente economicamente organizado que se chama ‘empresa’, a qual pode se

dedicar tanto a atividades eminentemente comerciais como a atividades de prestação de serviços ou agricultura, antes não abrangidas pelo direito comercial”.

Essa orientação se encontra no artigo 966³⁶ do Código Civil, sendo que a doutrina fornece algumas definições de empresa. Para Eduardo Sechi Munhoz (2002, p. 181-182) é a “atividade econômica organizada, exercida profissionalmente para a produção ou circulação de bens e serviços”. Já Waldo Fazzio Júnior (2006, p. 49) assevera que a empresa “é uma atividade e, como tal, pode ser desenvolvida pelo empresário unipessoal ou pela sociedade empresária (...); ambos praticam atividade econômica organizada para a produção, transformação ou circulação de bens e prestação de serviços”.

Bruno Paiva Bartholo e Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2007, p. 12) em seu artigo intitulado “Função Social da Empresa” citam os ensinamentos de Alfredo Lamy Filho (1992, p. 55-56) sobre o assunto:

Alfredo Lamy Filho destaca alguns traços dessa transição, como a progressiva necessidade de capital fixo e as maiores dilatações do tempo de maturação dos investimentos e complexidade das operações econômicas respectivas. O doutrinador também enumera variados motivos pelos quais se torna a empresa um grande centro de questionamento da sociedade moderna, citando, por exemplo, o ideal do desenvolvimento econômico como prioridade básica dos povos e a internacionalização da economia.

A teoria dos atos de comércio foi substituída pela da empresa. Essa passagem da figura do comerciante à do empresário ocorreu lentamente, sendo que grande parte da comunidade jurídica demorou a perceber a complexidade do fenômeno. Visando superar essa visão ultrapassada, torna-se imprescindível a estruturação de um parâmetro orientador do comportamento empresarial, bem como o aprofundamento do estudo da função social da empresa e de suas esferas de atuação.

³⁶Art. 966: Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

3.1.2 Função Social: generalidades e aplicação às empresas

Originário da Filosofia, o conceito de função social se difundiu pelas ciências sociais e, progressivamente, invadiu o universo do Direito, surgindo de forma inicial atrelado à noção de propriedade.

Nos dias atuais, o conceito de proprietário pode ser tido como a visão de um ser social que tem o dever individual de empregar sua propriedade na produção de riquezas sociais, caso queira desfrutar da tutela estatal que protege a posse e o domínio que exerce sobre ela (SILVA, 2013a, p. 142).

A partir dessa perspectiva deixou-se de lado a ultrapassada visão egocêntrica de propriedade na busca de uma participação direta do proprietário, “através do comprometimento consigo próprio e também com o desenvolvimento da sociedade, para que ocorra a satisfação das necessidades materiais de todas as pessoas” (SILVA, 2013a, p. 142).

O conceito de propriedade é relativizado, já que sua legitimidade só pode ser reconhecida a partir do momento que ela cumpre efetivamente sua função social, conforme o que preceitua a justiça social e o princípio da dignidade da pessoa humana (ZANOTI, 2009, p. 91).

É preciso ter em mente que essa noção de função social da propriedade se insere no exercício do direito de propriedade, em benefício dos interesses da sociedade e não apenas para si. O que existe, na realidade, é a conjugação da fruição individual do bem com o atendimento da sua função social, não permitindo que o proprietário utilize da sua condição de titular da propriedade para abusar de seu direito.

Não existem óbices quanto à ação individualista do homem quanto à fruição de seus bens (finalidade individual), desde que seus atos resultem em benefícios para todos (finalidade social), isso porque, como parte dessa comunidade, ele deve explicações a esta sobre a forma com que desfruta de seus bens (interesse público) (ZANOTI, 2009, p. 100).

Assim, função social da propriedade segundo José Afonso da Silva (2004, p. 744):

[...] consiste precisamente na sua aplicação imediata e direta na satisfação das necessidades humanas primárias, o que vale dizer que se destinam à manutenção da vida humana. [...] É este um princípio que se superpõe mesmo ao da iniciativa privada.

Apesar do diploma constitucional de 1969 já conter referência à função social da propriedade, coube à Constituição Federal de 1988 assumir uma postura essencialmente social no que diz respeito ao uso da propriedade, relativizando a garantia do proprietário sobre a sua propriedade.

A vigente Constituição possui dispositivos que se referem ao direito de propriedade tanto no título destinado à disciplina da ordem econômica e financeira (artigos 170, incisos II e III), como na parte que cuida dos direitos e garantias individuais, em seu artigo 5º, incisos XXII, XXIII, XXV, XXVI e XXIX³⁷. Garante, dessa forma, o direito subjetivo do proprietário sobre seu imóvel, o que inclui o direito de usar, gozar e dispor.

No século XX, alterou-se o objeto da garantia constitucional da propriedade. A evolução foi no sentido de conceituar a propriedade em industrial, intelectual e de empresa, onde a propriedade passaria a recair sobre bens produtivos, ou seja, naqueles bens usados para o desenvolvimento do objeto social da empresa. Tomando essa concepção mais ampla de propriedade é que se pode falar em função social da empresa, “que estabelece o poder-dever do proprietário dar uma destinação para a atividade empresarial compatível com o interesse social³⁸” (SILVA, 2013a, p. 144).

Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 107) ensina:

³⁷ 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:

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXIX - a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

³⁸ O interesse social quer significar o empenho da empresa como incentivadora de empregos, da circulação de riquezas e serviços e arrecadadora de tributos, meios pelo os quais dá destinação social aos bens que lhe pertencem (SILVA, 2013a, p. 145).

[...] conclui-se que é possível dizer que a empresa se encontra inserida num ambiente social, deste depende para justificar a sua existência, e com ele deve contribuir, de forma efetiva, para que a dignidade da pessoa humana mantenha a soberania dentre todos os demais princípios contidos no ordenamento jurídico nacional.

É possível dizer, então que a empresa cumpre a sua função social e poderá ser considerada socialmente responsável se for capaz de proporcionar, de forma regular, uma gama de benefícios para a sociedade, objetivando a promoção da dignidade da pessoa humana³⁹ e se comprometendo com a eficácia da aplicação dos recursos financeiros e materiais.

Jussara Assis Ferreira (2005) complementa:

A função social da empresa, assim, surge combinada com ações sociais, inspiradas em direitos nobres, como a tutela do meio ambiente natural e artificial, melhoria do meio ambiente de trabalho e das relações entre empresário e empregados. A atividade empresarial deve atender não só a interesses individuais, mas também aos interesses gerais da sociedade de consumo, de forma que o equilíbrio impere.

Na situação atual é inadmissível que empresários conservadores continuem a agir e desenvolver estratégias que tenham como única e principal finalidade a satisfação material para si e para poucos, incorrendo em “flagrante desrespeito aos princípios humanísticos elementares” (ZANOTI, 2009, p. 116).

Segundo Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 119-120):

Não há expectativa de plena garantia de paz mundial, num ambiente em que um terço da humanidade, aproximadamente dois milhões de criaturas, vive abaixo da linha da pobreza, sendo, por isso, desrespeitada naquilo que é mais valioso para o homem, ou seja, a dignidade, própria de sua condição humana. Não é possível crer em plena paz mundial, se persistirem as agudas diferenças econômicas, tecnológicas, culturais e sociais entre as nações.

Para adensar o conceito de função social da empresa, urge salientar que dele decorrem deveres negativos e positivos para o empresário, atuando o referido artigo 170 da Constituição Federal como norteador nesse quesito. Examinando esse diploma, ainda, pode-se aferir que o ordenamento concede certa margem de

³⁹No caso específico do Brasil, a Constituição Federal tem como base o princípio da valorização da dignidade da pessoa humana, reconhecido como valor supremo da ordem jurídica, e por isso se constitui num dos fundamentos da República Federativa do Brasil (ZANOTI, 2009, p. 122).

liberdade ao indivíduo na consecução de seus interesses particulares, mas restringe essa liberdade ao asseguramento da existência digna a todos⁴⁰.

Para Jussara Assis Ferreira (2005) a atividade empresarial deve se pautar, ainda, por outros valores, específicos, sendo eles os princípios da dignidade, da moralidade e da boa-fé empresarial. O primeiro se constata por meio do exercício da atividade econômica equilibrada e sem abusos. Já pelo princípio da moralidade empresarial, a empresa deve zelar pela qualidade de seus produtos e serviços, cumprindo seus deveres. Por fim, a boa-fé se realiza através da atuação leal, que procura atingir o regular cumprimento do objetivo contratual e a realização do interesse das partes (MARQUES, 2005).

A inobservância da função social implicaria em um desvio no exercício do respectivo direito, recaindo no abuso de direito. Por esse motivo, a empresa deve atender, no contexto do princípio da livre iniciativa, aos demais parâmetros constitucionais que regem o exercício da atividade econômica (BARTHOLO; GAMA, 2007, p. 14).

Sobre o assunto, Érica Guerra da Silva (2013a, p. 146) comenta:

A empresa deve cooperar para que o Estado cumpra com os seus deveres fundamentais através de medidas internas e externas que garantam a produção de lucros, finalidade precípua da atividade econômica organizada, e o convívio adequado com empregados, os fornecedores, os consumidores, a sociedade e o meio ambiente. Ademais, a empresa que atende a sua função social, arrecadando corretamente seus tributos, contribui para que o financiamento do Estado possa atender aos objetivos da República de erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais.

Vale lembrar que o que se pretende é o empenho das empresas no combate às desigualdades sociais⁴¹, apresentando-se os empresários como colaboradores nessa empreitada. Contudo, não se pode escusar o Estado de cumprir suas

⁴⁰A iniciativa econômica privada é amplamente condicionada no sistema da Constituição econômica brasileira. Se ela se implementa na atuação empresarial, e esta se subordina ao princípio da função social, para realizar ao mesmo tempo o desenvolvimento nacional, assegurada a existência digna de todos, conforme ditames da justiça social, bem se vê que a liberdade de iniciativa só se legitima quando voltada à efetiva consecução desses fundamentos, fins e valores da ordem econômica (SILVA, 2004, p. 794).

⁴¹Ao prescrever, por exemplo, a erradicação da pobreza e da marginalização como objetivos fundamentais do Estado brasileiro, a Constituição não está se baseando em condições objetivas, mas num ideal a ser atingido (ZANOTI, 2009, p. 124).

funções, sendo ele o principal responsável pela resolução das questões sociais⁴². Essa observação se baseia no fato de que, tanto as empresas como os investimentos por elas gerados, sofrem com as oscilações das economias nacionais e mundial, não podendo o equilíbrio social ser tão vulnerável a eventuais crises e a falta de estabilidade desse campo.

Em outras palavras, não é correto se exigir, com base na função social, o cumprimento de certos deveres pela empresa⁴³. Viviane Perez (2004, p. 13) exemplifica:

Da mesma forma que não se imagina aplicar o princípio da função social da propriedade para obrigar particulares a oferecer abrigo, em suas próprias residências, às pessoas ditas sem tetos, também a função social da empresa não pode ser manejada para, por exemplo, coagir os empresários a fornecer educação gratuita aos filhos de seus funcionários. No mesmo sentido, também não seria legítimo obrigar determinado empresário a contratar empregados, ou mesmo a não dispensá-los, em detrimento da informatização da linha de produção capaz de garantir um implemento na capacidade produtiva uma ampliação da margem de lucro.

Diante de todos esses fatores, é preciso analisar a atuação das empresas junto à comunidade, não simplesmente respeitando-a, mas, principalmente, agindo ativamente no sentido de ajudá-la. Essa nova consciência deve ser buscada no contexto social em que se inserem as empresas, fortalecendo seu papel e trabalhando em conjunto com o governo e a sociedade civil, na busca da realização da justiça social.

Apesar de ser essencialmente voltada para atingir lucros, a sociedade tem exigido cada vez mais uma postura ética das empresas⁴⁴. Paola Cappellin e Gian

⁴² Para Fábio Konder Comparato, a tese da função social das empresas apresenta hoje o sério risco de servir como mero disfarce retórico para o abandono, pelo Estado, de toda política social, em homenagem à estabilidade monetária e ao equilíbrio das finanças públicas. Quando a Constituição define como objetivo fundamental de nossa República: construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), quando ela declara que a ordem social tem por objetivo a realização do bem-estar e da justiça social (art. 193), ela não está certamente autorizando uma demissão do Estado, como órgão encarregado de guiar e dirigir a nação em busca de tais finalidades.

⁴³ Viviane Perez afirma que a aplicação do princípio da função social da empresa não implica a exigência de prestações de cunho social pelo empresário, mas somente a observância aos princípios constitucionais do artigo 170 da CF/88 (PEREZ, 2004, p. 14).

⁴⁴ Na pesquisa procedida pela Newsweek/Harris, indagava-se aos entrevistados se as empresas deveriam ter como escopo exclusivamente a geração de lucros ou se – paralelamente a tal propósito ou com eventual prejuízo dele – deveriam, igualmente, manifestar alguma preocupação com a comunidade. Consta que 95% das respostas foram no sentido da segunda alternativa. De modo similar, a Pesquisa do Milênio ouviu 25.000 pessoas de todos os extratos sociais, em 23 países. À pergunta sobre qual deveria ser a finalidade das empresas, havia uma escolha entre três respostas

Mario Giuliani (1999, p. 10-11) sustentam que os aspectos éticos assumem relevância significativa na avaliação da eficiência das empresas, pois “a eficiência não é só ‘fazer as coisas bem’, segundo as regras do mercado, mas é ‘fazer as coisas boas’ segundo princípios éticos.

Para Newton de Lucca (2009, p. 329):

A sociedade está a exigir uma nova filosofia de atuação dos empresários. Os novos tempos exigem a postura de empresa-cidadã como fonte de uma nova consciência social, que induza os dirigentes a uma visão holística da humanidade, proporcionando o bem-estar e despertando as pessoas, fazendo-as acreditar nas suas possibilidades como indivíduos e como cidadãos. Toda empresa tem direitos, deveres e obrigações, não se admitindo mais a produção, a comercialização de bens ou serviços sem princípios morais, postura ética e o respeito aos conceitos e preceitos de cidadania.

Conclui-se do exposto, que as afirmações acerca da função social da empresa representam a busca de consolidação das diretrizes e finalidades fundamentais da República Federativa do Brasil, entre os quais “a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, com base nos valores democráticos da cidadania, dignidade da pessoa humana e do humanismo, necessariamente considerados também nas relações privadas” (BARTHOLO; GAMA, 2007, p. 18).

Tendo como fundamento a ser buscada essa eficiência e excelência empresarial, não se mostra mais como condição satisfatória o tradicional cálculo de custo-benefício, representado pelo aumento da produtividade e pelo acréscimo das vendas no mercado. Em todo mundo, o que se percebe é a valorização de dimensões que dizem respeito à vida social, cultural, ambiental e, sobretudo, dos aspectos éticos, sendo estes verdadeiros termômetros na avaliação das empresas.

3.1.3 Princípios gerais da atividade econômica

No início, as Constituições não se preocupavam em tratar questões econômicas. Após a I Guerra Mundial e todas as conseqüências advindas desse

possíveis: somente o lucro; além do lucro, uma responsabilidade em relação à comunidade; ou uma alternativa intermediária. Em dois terços daqueles 23 países, as respostas foram altamente favoráveis a uma finalidade social, além do lucro (DE LUCCA, 2009, p. 332).

marco histórico, os legisladores passaram a ver a importância de se regulamentar as relações econômicas da sociedade por meio de uma intervenção mais significativa do Poder Público.

Essa situação ocorria porque os legisladores não enxergavam a necessidade de se positivar assuntos relacionados à economia, já que este não exercia qualquer influência nos planos da justiça social e da dignidade da pessoa humana. A valorização mais expressiva do conceito de Constituição Econômica ocorreu com a crise do capitalismo de 1929 e, momentos depois, com o advento da II Guerra Mundial.

A Constituição do Brasil de 1934, pela primeira vez, trouxe um capítulo intitulado “Da Ordem Econômica e Social”, trazendo aspectos econômicos e a consequente intervenção do Estado no domínio econômico. Em seu artigo 113, § 17 assegurava a liberdade econômica através da garantia do direito de propriedade, desde que este não entrasse em colisão com interesses sociais e coletivos. Isso representava uma revolução no que se refere a diplomas anteriores, já que estes tinham clara tendência à defesa ilimitada do direito de propriedade.

Contudo, nota-se que essa Constituição tinha caráter impositivo e determinava uma profunda estatização da economia, o que não combina com os ideais de uma constituição econômica. Assim, Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 81):

[...] um sistema econômico equilibrado deve ter, como marco, a coerência entre os interesses econômicos, sociais, jurídicos e mentais, para fomentar crescimento harmonioso, progressista, estimulante e eficaz da sociedade como um todo, até mesmo como forma de atingir as exigências de um Estado de Direito.

Já a Constituição brasileira vigente dedica, em seu Título VII, denominado “Da Ordem Econômica e Financeira”, um capítulo aos princípios gerais da ordem econômica, sendo a mais densa quando se trata de abordagem econômica. Tais princípios, elencados no artigo 170 do referido diploma, garantem ao proprietário e, conseqüentemente, aos empresários, o direito de propriedade e o exercício da livre iniciativa. Em contrapartida, condiciona essa tutela estatal ao efetivo cumprimento da função social. Ao discutir esse tema, cabe discutir as nuances de cada um dos princípios que regem essa atividade econômica e sua importância no ordenamento jurídico.

O primeiro deles é o princípio da livre-iniciativa. Por ser um dos fundamentos da ordem econômica, a liberdade econômica deve buscar a compatibilização entre os interesses econômicos, equilibrando o livre-arbítrio com a intervenção estatal (ZANOTI, 2009, p. 83). Essa liberdade é legítima, ainda que tenha como foco principal o lucro, desde que fundada em ditames da justiça social e dedicada a busca do bem-estar coletivo e ao desenvolvimento nacional.

Além disso, conforme o artigo 173⁴⁵ da Carta Magna somente é permitido ao Estado explorar atividade econômica quando se constatarem circunstâncias imperativas da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo e, ainda, apenas em casos excepcionais e previamente definidos em lei. Isso denota a intenção de afastar o Estado da atividade econômica, impedindo a concorrência com as empresas privadas.

Por outro lado, segundo esse mesmo preceito, deve o Estado exercer seu papel regulador da atividade econômica, visando coibir eventuais excessos típicos desse ramo, que coloca em risco a livre concorrência, a justiça social e a distribuição do poder econômico. Assim, por meio dessa regulamentação da atual Constituição o Estado se afastou de certas atividades como comércio, indústria e prestação de serviços, cedendo esses espaços tradicionalmente por ele ocupados à iniciativa privada.

No que diz respeito ao princípio da livre-iniciativa, Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p.86):

Ou seja, o indivíduo tem o direito constitucional à livre-iniciativa para que, com o seu capital, explore uma atividade econômica, porém deverá desempenhar tal mister em busca do bem comum, e não apenas com individualismo exacerbado, tendo em vista que sua atividade empresarial deverá cumprir sua função social. Há, portanto, um compromisso social do empresário para com a sociedade, pois se de um lado tem o direito a contabilizar lucros em decorrência de sua atividade empresarial, de outro deve pugnar para que seja assegurada uma existência digna, dentro de um quadro de justiça social, ao homem que está inserido no contexto em que ele se ativa.

Outro princípio que rege a atividade econômica é o da valorização do trabalho humano. Juntamente com o primeiro princípio, representa um dos pilares do

⁴⁵ Artigo 173 da Constituição Federal: Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

ordenamento jurídico econômico. Devido à sua importância, também constitui um fundamento do Estado Democrático de Direito e, mais especificamente, da Ordem Econômica.

O trabalho humano, tal como se conhece atualmente, se insere em uma nova dimensão, recebendo a devida valorização como elemento econômico e social, “pois de um lado é fator preponderante para ativação dos meios econômicos e, de outro, constitui-se na fonte geradora de recursos para a manutenção do homem e de sua realização pessoal” (ZANOTI, 2009, p. 89).

Disso se depreende estar essa valorização alicerçada no interesse social e na dignidade da pessoa humana⁴⁶, já que o trabalho viabiliza a sobrevivência material do homem. Para garantir a manutenção dessa valorização faz-se primordial a intervenção do Estado na regulamentação das relações trabalhistas, atuando como contrapeso frente ao inegável desequilíbrio existente entre empregado e empregador.

Já a soberania nacional, elencada no artigo 170, I da Constituição Federal é o meio pelo qual o Estado impõe que nenhuma decisão econômica pode colidir com os interesses nacionais, que se encontram em um plano superior aos interesses privados e externos, ou de entidades estrangeiras.

A obediência a esse princípio, entretanto, devido aos acontecimentos contemporâneos relacionados à seara econômica, deve ser encarada como uma soberania relativizada. Assim, o enfraquecimento das barreiras geográficas, a grande circulação de capitais internacionais e o aumento das relações transfronteiriças, a transnacionalização das empresas e a formação de blocos econômicos, a celebração de tratados internacionais, são exemplos de situações que exigem a adequação das leis dos países aos interesses que ultrapassam seu território (FARIA, 1998, p. 146-149).

Com relação ao princípio da propriedade privada e a sua função social, caberá apenas elencá-lo dentre os princípios que regem a atividade econômica, tendo em vista que tal questão já foi analisada em tópico exclusivo. Corroborando as idéias acima aventadas, portanto, para que se reconheça a legitimidade da

⁴⁶Mas é, sobretudo, uma relação na qual emerge o fator humano, o que lhe dá contornos especiais, pois esse homem precisa não apenas sobreviver, mas também satisfazer necessidades fundamentais de natureza social, emocional, cultural, educacional, de segurança, de lazer, de desenvolver as suas aptidões, de ter paz e justiça, de ter idêntica oportunidade oferecida a todos, dentre outras (ZANOTI, 2009, p. 89).

propriedade é essencial que ela cumpra sua função social, no sentido de realizar a justiça social e respeitando o que preconiza a dignidade da pessoa humana.

Finalmente, encontram-se dentre esses princípios os que atuam na defesa do consumidor e na defesa do meio ambiente. O princípio de defesa ao consumidor se encontra em dois dispositivos constitucionais, tanto no artigo 5º, como no artigo 170, V. Merece tal proteção por se tratar de parte hipossuficiente da relação de consumo, devendo o Estado atuar em sua defesa. Assim, segundo Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 93) o Estado:

[...] posiciona-se na defesa dos interesses daquele, garantindo, assim, a ampliação e proteção do mercado, a preservação da livre concorrência e do direito de outrem, a regulação do mercado interno como forma de evitar o monopólio privado, o controle da política de consumo, o aprimoramento da tecnologia de produção.

Também o meio ambiente saudável e equilibrado representa verdadeira forma de proteção, pelo Estado, dos interesses do indivíduo e da sociedade. A propagação da expressão desenvolvimento ecologicamente sustentado diz respeito à compatibilização que o Estado deve buscar entre o desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente.

Incluem-se no conceito de desenvolvimento sustentado, “eficiência econômica, prudência ecológica e a justiça social, ou seja, se deve pugnar pelo bem-estar do momento presente, porém, com respeito solidário para com as futuras gerações” (ZANOTI, 2009, p. 94).

Sobre o assunto, Luiz Antônio Ramalho Zanoti (2009, p. 95):

Além do mais, a certificação ISO 14000, concedida apenas às empresas que estejam comprometidas com a preservação do meio ambiente, passa a se constituir numa crescente exigência para os compradores de bens e serviços, até mesmo porque não basta produzir e vender com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, mas é preciso conhecer, também, em que condição ética aquele insumo ou serviço chegou até a unidade de produção.

Portanto, conclui-se que o Estado deve agir no sentido de estimular o progresso do país, mas sempre se posicionando como guardião dos princípios que regem a atividade econômica, como forma de respeito à dignidade da pessoa humana. Para tanto, precisa do apoio e conscientização popular e, principalmente,

das grandes empresas para que o desenvolvimento seja alcançado com harmonia e êxito.

3.2 QUESTÕES ÉTICAS E A ÉTICA EMPRESARIAL

Antes de aprofundar o estudo acerca das questões éticas e as circunstâncias da ética empresarial é aconselhável examinar o sentido e alcance da palavra ética. Assim como várias expressões, resta difícil fornecer apenas um conceito preciso da palavra.

Vê-se, portanto, que pode significar o modo habitual de agir, o costume. Também pode ser usada no sentido de morada ou lugar que se habita. Além disso, possui o sentido de modo de ser, caráter.

De origem grega, o termo tem como objeto “o conjunto de regras de comportamento e formas de vida através das quais tende o homem a realizar o valor do bem” (DE LUCCA, 2009, p. 57). Derivada etimologicamente da palavra *ethos*, pode ser conceituada, segundo Newton de Lucca (2009, p. 57) como:

[...] aquela parte da filosofia responsável pela investigação dos princípios que motivam, distorcem, disciplinam ou orientam o comportamento humano, refletindo especialmente a respeito da essência das normas, valores, prescrições e exortações presentes em qualquer realidade social

O que não se pode esquecer de considerar é a ética como verdadeira ciência destinada ao estudo filosófico da ação e conduta do ser humano, consideradas em conformidade ou não com a razão. Tal acepção coincide com o estabelecido por Adolfo Sánchez Vázquez (2005, p. 12), para quem a ética é a “teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade”.

Certo é que referida ciência pode ser inserida em um ramo do conhecimento humano que guarda muitas semelhanças com ao das disciplinas do direito, psicologia, sociologia etc., e, tal como estas, gera conceitos e formulações abstratas. Trata-se de uma disciplina normativa e, apesar de não criar normas, seu conteúdo serve como norte do comportamento humano.

Tais afirmações são corretas, mas, inevitavelmente, acabam reduzindo a amplitude do conceito. Por isso, Eduardo Bittar (2008, p. 20-21) explica:

A ciência não seria capaz de dar conta de um objeto tamanhamente complexo, como o é o objeto da especulação ética. Sua complexidade se deve à ilimitação de seu conteúdo, uma vez que a ação humana vive em profundo movimento espaço-temporal e cultural, acompanhando as vitórias e as desditas humanas nesse plano.

Para encerrar as questões que cercam a palavra ética, cabe expor qual a sua função. Nessa árdua tarefa, Adela Cortina e Emílio Martinez (p. 23) consideram ter a ética três funções, quais sejam: “1ª) *clarificar* o que é a moral e quais as suas características específicas; 2ª) *fundamentar* a moralidade; 3ª) aplicar aos diversos âmbitos da vida humana o que se descobriu nos dois primeiros pontos”.

Com relação à terceira função, consiste na elaboração do que hoje se conhece por *éticas aplicadas*. E, a partir disso, “enquanto a filosofia parte da vida para regressar à própria vida, a ética principia na experiência moral para, num segundo momento, retornar à vida moral” (DE LUCCA, 2009, p. 74). Partindo dessa premissa, um bom exemplo de ética aplicada seria a ética empresarial, e de acordo com José Henrique Silveira de Brito (2006, p. 21):

A Ética Empresarial, que nasceu nos anos 70, teve a sua origem na crise de confiança gerada por uma série de escândalos que afetaram a sociedade americana, quer na esfera política, quer na esfera propriamente econômica. Para além desta crise que levou ao aparecimento desta ética, hoje as empresas vêem-se perante problemas para os quais não há soluções feitas. Os especialistas consideram que o movimento da globalização é imparável (*sic*) e que poderá ser benéfico para os países menos desenvolvidos se for feito com regras.

As primeiras tentativas de edificação de uma ética aplicada aos negócios tiveram origem nos Estados Unidos e nasceram em um contexto de escândalos de corrupção, manipulação de preços e marcada pelo uso indevido de informações privilegiadas, o que demonstrava a desmoralização do mundo dos negócios (DE LUCCA, 2009, p. 335).

No sentido de acabar com esse cenário deplorável, deu-se início uma revolução, a começar pelas Universidades, com o surgimento de disciplinas de ética

aplicada aos negócios. Também na Europa cedeu-se espaço a ética nos espaços universitários, sendo que, apenas na década de 90 o estudo dessa disciplina aplicada às empresas alcançou o devido reconhecimento.

Partindo dessas concepções cabe demonstrar a importância de que as atividades empresariais sejam regidas e pautadas em valores éticos. Nesse sentido também, cabe verificar quais normas seriam adequadas no caso das relações entre empresas e a sociedade, para entender o alcance que o termo “ética” representa na conjuntura moderna.

Quando se fala do mundo dos negócios pode parecer um pouco contraditório conciliá-lo com os padrões éticos. Durante toda a história da humanidade reconhecem-se exemplos de dificuldade para relacionar a atividade mercantil com condutas ditas respeitáveis. Nesse sentido, a filósofa Adela Cortina (2005, p. 75) adverte que “quem quiser fazer negócio há de deixar a ética na porta da empresa, assim como os muçulmanos deixam o calçado na porta da mesquita”.

Atualmente, percebe-se que a atividade empresarial está inserida em um universo organizacional novo, marcado pelos avanços tecnológicos, concorrência maciça e desleal entre as empresas, busca desenfreada pelo lucro, dentre outros fatores que levam a uma constante e acelerada mudança nos cenários social e econômico mundial (ZANOTI, 2009, p. 108). Para se adequar a essa realidade, muitas vezes precisam utilizar métodos eficientes para serem vencedoras dessa competição econômica.

Por tais motivos, tal concorrência nem sempre se pauta nos princípios e valores éticos. Disso surge a necessidade de construção de uma ética empresarial, partindo da premissa da urgência de que as empresas precisam ser reformadas. Sobre isso, José Henrique Silveira de Brito (1999, p. 426):

Ver na Ética um caminho para promover as empresas aos olhos da opinião pública não é uma fantasia, uma miragem. Uma empresa que põe em primeiro lugar os seus clientes, que respeita o meio ambiente, que reconhece ter uma responsabilidade social, que se preocupa com a vida cultural dos seus trabalhadores, que está atenta a todos os que, direta ou indiretamente, têm alguma relação com ela, melhora a sua imagem e tira disso benefícios de diversa índole e, entre eles, benefícios econômicos.

A atividade empresarial, como verdadeira atividade econômica destinada a produção e circulação de bens e serviços, constitui uma profissão. Por essa razão,

como toda profissão, exige um código de conduta a ser respeitado, tal como existe para médicos, advogados, engenheiros, dentre outros. Essa ética profissional, composta por inúmeras normas de conduta distinguem-se das regras da moral comum: ou porque possuem um rigor ético diferenciado ou porque possuem, em certas ocasiões, rigor mitigado em face da peculiaridade da atividade profissional exercida.

Sobre essa ética profissional, Norberto Bobbio (2002, p. 64):

Tais regras geralmente diferem do conjunto das normas da moral comum ou por excesso ou por defeito, vale dizer, ou porque impõem aos membros da corporação obrigações mais rígidas ou porque os isentam de obrigações impraticáveis, como a de dizer a verdade no caso do médico diante do paciente atingido por uma doença incurável.

Concebida a ética empresarial como “o estudo da forma pela qual normas morais pessoais se aplicam às atividades e aos objetivos da empresa comercial” (NASH, 2001, p. 6) um código de ética das empresas destinado a reger as condutas de empresários em um mundo globalizado e uma sociedade marcada pela ambição desenfreada teria uma missão nobre e árdua.

O Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social⁴⁷, ao sugerir a formulação e implantação de um código de ética para as empresas, aduz:

O código de ética ou de compromisso social é um instrumento de realização da visão e missão da empresa, que orienta suas ações e explicita sua postura social a todos com quem mantém relações. [...] A formalização dos compromissos éticos da empresa é importante para que ela possa se comunicar de forma consistente com todos os parceiros. Dado o dinamismo do contexto social, é necessário criar mecanismos de atualização do código de ética e promover a participação de todos os envolvidos.

A interligação que existe entre os aspectos éticos e a atividade empresarial possui, ainda, repercussões dentro da própria rentabilidade das empresas. O primeiro fator tem a ver com os gastos de vigilância. Nos estabelecimentos onde prevalece um forte e saudável espírito ético não há necessidade de despender tantos recursos financeiros para aferir a produtividade, cumprimento de horário pelos funcionários, etc. O segundo fator diz respeito ao aumento de produtividade. Um

⁴⁷ Fonte: indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial – versão 2000, p. 13.

trabalhador que trabalha para cumprir um dever moral realiza suas atribuições com maior empenho do que aquele que o faz apenas para garantia do seu sustento⁴⁸ (DE LUCCA, 2009, p. 339).

Partindo dessas idéias pode-se afirmar que o trabalhador que se identifica com os princípios éticos do seu ambiente de trabalho acaba trabalhando de forma muito mais satisfatória, cumprindo suas tarefas e horários, o que influi direta e positivamente na produtividade. E, nesse sentido, a ética traz imensas contribuições à esfera empresarial.

Torna-se evidente para os empresários, portanto, que a relação das empresas não se limita as pessoas diretamente ligadas à produção econômica. Os outros tipos de relacionamento e a repercussão perante a sociedade também demandam atenção porque acarretam rentabilidade econômica. Por essas e outras razões, a ética empresarial deve ser vista com bons olhos⁴⁹.

⁴⁸ Sobre essa situação, o autor Newton de Lucca (2009, p. 339) exemplifica: “É muito conhecida de todos aquela história de dois trabalhadores que executavam a mesma tarefa de britar pedras. Indagado sobre o sentido de seu mister, um dos trabalhadores respondeu mal-humorado que nada mais fazia do que quebrar aquelas malditas pedras. O outro, ao revés, imbuído de motivação muito mais elevada, retrucou entusiasmado que estava ajudando a construir um templo...”

⁴⁹ Uma organização que partilha valores comuns e assume regras de funcionamento com marca ética é mais eficiente economicamente e sobrevive melhor no mercado (CORTINA, 2005, p. 173).

3.3 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA SEARA EMPRESARIAL

Entre as transformações ocorridas no Estado contemporâneo, uma das mais relevantes se refere ao Direito Negocial⁵⁰, pois o aumento das relações de trabalho aliado ao crescimento e desenvolvimento econômico ampliou significativamente o número de conflitos, enfatizando a necessidade de meios capazes de assegurar o efetivo acesso à justiça e a manutenção da função social da empresa.

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

Sobre o papel de um sistema eficiente de resolução de conflitos, bem como o quanto esse papel tem ganhado destaque com a globalização econômica, Maria Dakolias assevera (1995, p. 167-168):

O reconhecimento da necessidade de reforma do Judiciário está crescendo, devido ao crescente reconhecimento de que *as reformas política e do sistema judicial são a chave da reforma do sistema econômico*. Um mercado livre e robusto só pode germinar em um sistema político onde as liberdades individuais e os direitos de propriedade são consensualmente respeitados e onde as reclamações de violações de tais direitos podem ser levadas a tribunais justos e eficientes.

Sendo a finalidade maior o alcance da justiça por meio da resolução satisfatória dos conflitos, a busca por meios extrajudiciais capazes de apresentar respostas rápidas e justas para os conflitos constitui uma excelente alternativa. Além disso, tais meios se mostram realmente alinhados com a conjuntura contemporânea

⁵⁰ Tânia Lobo Muniz conceitua Direito Negocial como “o conjunto de proposições que descrevem (interpretam) o Direito Positivo em que estão as proposições que prescrevem as condutas permitidas, proibidas e obrigatórias dirigidas aos negócios jurídicos [...], considerados espécies do gênero Fato Jurídico, ao qual se tem vinculado relações jurídicas em que os sujeitos integrantes têm autonomia para autorregular seus direitos e deveres em face de condutas de ação ou omissão” (MUNIZ, 2011, p.11).

já que os conflitos sociais são agora transfronteiriços, multidisciplinares e cada vez mais complexos⁵¹.

Com as características marcantes da globalização e as conseqüências decorrentes desse fenômeno percebe-se a relevância de se utilizar um instrumento mais eficaz para alcance do acesso à justiça. Por ser um meio mais célere, menos desgastante, de menor custo e que traz inúmeros benefícios na construção e manutenção dos relacionamentos, a mediação se mostra alinhada com as expectativas do mundo empresarial.

Esse verdadeiro acesso à ordem jurídica justa⁵² também viabilizaria uma maior segurança e credibilidade do Brasil frente à ordem econômica mundial, aumentando consideravelmente os investimentos e o interesse das empresas pelo mercado brasileiro⁵³. A ausência de um ordenamento jurídico capaz de proporcionar soluções céleres e justas nesse quadro globalizado e dinâmico representa verdadeiro óbice ao crescimento e desenvolvimento do país, pois a velocidade dos acontecimentos exige eficiência de todos os setores.

Verifica-se também, que as características da mediação, seus princípios e objetivos se alinham com a ética empresarial e com as exigências do mercado da sociedade contemporânea. A valorização dos anseios individuais, o respeito pelo outro, a não adversariedade, a flexibilidade, o restabelecimento da comunicação e a prevenção de conflitos são valores que cercam a mediação e possuem estreita ligação com a ética.

Como visto, essa ética empresarial que está ganhando papel de destaque na conjuntura atual, se mostra cada vez mais proeminente quando se discute a função social das empresas e a noção de responsabilidade buscada pelos empresários modernos, promovendo a aproximação entre estes importantes agentes econômicos e deles com a sociedade.

⁵¹ Como as economias da América Latina têm se tornado mais sofisticadas, os conflitos jurídicos daí decorrentes têm demandado mais atenção. [...] O desenvolvimento de transações mais complexas não é possível, contudo, sem que exista confiança no sistema judicial enquanto árbitro de disputas (DAKOLIAS, 1995, p. 167-168).

⁵² É intuitivo, neste sentido, que não é suficiente ter a mera possibilidade de reclamar pela violação de um direito, mas é necessário que a apreciação desta questão seja feita de forma ágil e justa, sem macular, contudo, a garantia do contraditório [...] É daí que decorre a noção de acesso a um processo e a uma decisão justas. De nada adianta poder exercer o direito de ação se a solução reclamada vier tarde demais ou for uma decisão injusta, insatisfatória para resolver o litígio (SOUZA, 2009, p. 59).

⁵³ Estudos estimam que o nível de investimentos privados no Brasil subiria 10% se o nosso Judiciário tivesse desempenho similar ao de economias desenvolvidas (CASTELAR PINHEIRO, 1998, p. 121). [...] em uma pesquisa recente envolvendo 3600 empresas de 69 países, 70% delas responderam que um Judiciário "imprevisível" era o maior problema em suas operações (MESSICK, 1999, p. 122).

Corroborando as afirmações acima aventadas, Maria Dakolias (1999) ressalta como o desenvolvimento das instituições jurídicas está diretamente relacionado com a economia e explica:

Muitos países ao redor do mundo estão implementando reformas na legislação e no Poder Judiciário como parte dos seus programas de desenvolvimento global. Isto resultou do crescente reconhecimento de que o progresso social e econômico não pode ser alcançado de forma sustentável sem a garantia de segurança jurídica, democracia consolidada e efetiva proteção dos direitos humanos, sendo que tudo isso requer um Judiciário que funcione bem e que possa interpretar e garantir o cumprimento das leis de forma equitativa e eficiente. Um Judiciário eficiente é previsível, resolve os casos em um prazo razoável e é acessível ao público. (...) O atraso afeta tanto a justiça quanto a eficiência do sistema judiciário; isso obstaculiza o acesso à justiça, o que, com efeito, enfraquece a democracia, a segurança jurídica e a habilidade de fazer respeitar os direitos humanos.

Para tanto, o uso adequado de meios alternativos de solução de conflitos mostra-se a melhor opção na tentativa de consolidação desse cenário econômico, sendo que as características e objetivos desses meios encontram-se alinhados às exigências do mundo atual. Sobre os meios alternativos, Maria Dakolias (1995, p. 180):

Os meios alternativos de resolução de controvérsias [em inglês, ADR] estão se tornando cada vez mais populares na América Latina porque oferecem uma alternativa para os atrasos e corrupção que caracterizam o sistema judiciário. Ao mesmo tempo, o incremento desses aumenta o acesso à justiça para uma grande porcentagem da população.

A mediação pode ser aplicada a todo e qualquer negócio ao qual não incidam sanções penais e que não atentem contra a moral e os bons costumes. Nesse sentido, aplica-se a mediação, a todos os negócios lícitos. “No âmbito comercial, para resolução das controvérsias entre os sócios, dissolução de sociedades, divergências entre clientes e fornecedores, devedores e credores, questões organizacionais, contratuais, projetos de construção, franquias, leasing, factoring, etc” (SILVA, 2000, p.14).

Pelo fato dessas relações empresariais terem como característica relacionamentos prolongados e complexos, mecanismos de interferência apaziguadora como a mediação constituem os métodos mais apropriados na medida

em que permitem a cooperação entre os empresários e o consequente cumprimento espontâneo das obrigações assumidas. Nesse sentido, “o grande mérito da mediação está em propiciar a aproximação das partes para que juntas possam buscar uma solução para o conflito, concretizando acordos satisfatórios, redundando na continuidade das relações” (STAHL, 2000, p. 17).

Segundo Fiorelli, Fiorelli, Malhadas Junior (2008, p.59):

O campo fértil da mediação encontra-se, pois, nos conflitos onde predominam questões emocionais, oriundas de relacionamentos interpessoais intensos e, em geral, de longa duração. Cada caso é único porque as pessoas são singulares. As soluções tornam-se particulares aos casos específicos porque a metodologia da mediação possibilita a plena investigação dessas peculiaridades e sua consideração na formulação das opções.

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

Discute-se, assim, a necessidade de criação de um Código de Ética⁵⁴ e de outras formas de atuação para mediação com poder coercitivo suficiente para tutelar as relações que dela se utilizem, sem engessar a flexibilidade e informalidade, características que fazem parte do referido procedimento.

Esses documentos teriam o escopo de assegurar aos usuários que optassem por esse meio alternativo de solução de conflitos um procedimento pautado na ética e nos valores de um Estado Democrático de Direito, garantindo uma decisão célere, mas sem deixar de lado a justiça e a qualidade que devem acompanhar os acordos realizados.

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

⁵⁴ Para que um Código de Ética seja um instrumento de realização da filosofia da atividade, de sua visão, missão e valores, deve ser concebido pela própria classe e expressar a sua cultura e finalidade, orientar as ações de seus participantes e colaboradores e explicitar a postura do mediador em face dos diferentes litígios com os quais interage. É essencial que haja consistência e coerência entre o que nele está disposto e o que se vive na atividade de mediação (MUNIZ, 2009b, p. 115).

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

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

Partindo de tais premissas e analisando todos os benefícios inegáveis advindos da mediação, tem-se que o estabelecimento dessas normas éticas que irão traçar os padrões de comportamento a ser adotado e a criação de um Código que defina a forma e o campo de atuação da mediação implicarão na proteção da sociedade contra os maus profissionais e permitirão a obtenção do acesso à justiça e da pacificação social, principais finalidades do instituto.

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

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

A mediação empresarial parte do pressuposto de que é fundamental, ao aportar o questionamento da inter-relação existente entre os empresários, oferecer elementos de reflexão baseados em fatos daquela relação no passado e no presente, com vistas a construir um futuro, seja com a continuidade daquela relação, seja com o fim, que resulte em um modo mais pacífico em sua relação. (BRAGA NETO, 2009, p. 133).

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

Com relação ao assunto, cabe lembrar os ensinamentos de Fiorelli, Fiorelli, Malhadas Junior (2008, p.72):

A dinâmica dos negócios requer criatividade e flexibilidade; ela abre amplo espaço para soluções mediadas porque, ainda que os gestores procurem demonstrar o oposto, os fatores emocionais encontram-se muito mais presentes nas relações empresariais do que se pode supor em análise superficial. Inúmeros compromissos originam-se e mantêm-se por conta de relações de poder, sexo, religião, afeto, amizade e interesse recíproco entre diretores, gerentes e profissionais das Organizações envolvidas.

De acordo com Moore (1998, p. 102), a mediação se aplica de maneira mais eficiente quando “a parte de maior poder encontra-se disposta a reduzir o exercício do poder e atuar rumo a soluções cooperativas ou quando as partes desejam um relacionamento futuro positivo”. Com base nessas afirmações, a mediação empresarial se aplica a relacionamentos entre Organizações e, entre eles pode-se citar as parcerias, prestação de serviços, fornecimento de produtos, franquias, etc.

Assim, Bernadete Klepa da Silva (2000, p. 15) assevera:

Responder às diversas alterações na mesma velocidade que elas ocorrem, é fundamental para todas as organizações envolvidas num relacionamento comercial. Nesse aspecto, a mediação, ganha espaço e avança como um instrumento de resolução rápida dos conflitos e em paralelo, de manutenção de relações inter- Estados e organizações.

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

Os contratos que, em determinado momento, atendiam a expectativas e interesses específicos, já não se mostram adequados à conjuntura atual. A

dinamicidade da economia e a influência que ela exerce ocasionam controvérsias que podem gerar, muitas vezes, o descumprimento das cláusulas contratuais.

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

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

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

Conforme Fiorelli, Fiorelli, Malhadas Junior (2008, p.72), portanto:

Essa conexão afetiva entre instituições ratifica-se e se fortalece por meio de diversos instrumentos, entre os quais encontram-se a participação conjunta em empreendimentos, o acolhimento de profissionais indicados por parceiros, a tradição, a identidade política e religiosa, a amizade entre os líderes.

Enfim, os conflitos entre pessoas estão repletos de emoções de ambos os lados. Com relação às empresas e organizações não é diferente, pois sempre haverá pessoas, com suas emoções, discutindo cada qual a sua razão, o seu direito, o seu interesse. É por isso que a mediação realizada através da intervenção de um terceiro que facilite a negociação e estabeleça a cooperação, pode determinar a continuidade da relação ou o surgimento de um novo contrato que atenda às perspectivas das partes de acordo com os fatores mutáveis da economia.

Por essas razões, infere-se que o uso desse importante instrumento auxiliar do Poder Judiciário conseguirá reduzir certas deficiências vivenciadas na contemporaneidade e que representam óbices ao desenvolvimento da economia. Devido à sua relevância, tanto para o ordenamento jurídico como para a sociedade, a mediação merece maiores estudos e atenção, servindo de ponto de partida na tentativa de melhorar a situação vigente e as condições de investimentos no Brasil.

CONCLUSÃO

A sociedade humana, desde sua formação até a sua conformação atual, sempre foi marcada pelos conflitos sociais. A existência dos mais diversos tipos de divergências, atritos e discordâncias nunca deixará de existir, haja vista que as pessoas agem movidas por suas emoções, paixões e sentimentos. É ínsito do ser humano que convive em um conglomerado agir de acordo com a sua noção de razão e conforme aquilo que acredita ser o mais adequado.

A história da humanidade se caracteriza pelos constantes episódios de guerras e desavenças, as quais foram repetidamente geradas em razão da ambição, ganância e motivadas na luta pelo poder. A conquista do mercado e das suas riquezas possui impacto global e, tanto a sociedade como as grandes empresas anseiam pela resolução de suas disputas da maneira menos dispendiosa e desgastante, dentro de um período aceitável. Na verdade, essa busca pela segurança e concretização da justiça tem se mostrado condição essencial para que empresários realizem investimentos em um país.

A partir disso, o Direito precisou passar por profundas alterações no sentido de se adequar as necessidades que surgiam com o passar do tempo. A globalização e todas as mudanças decorrentes desse fenômeno tornaram evidente a importância de se prestar uma tutela jurisdicional eficiente àqueles que recorriam ao Poder Judiciário. Os novos tipos de relações, agora transfronteiriças e pluridimensionais, exigem que a solução de suas controvérsias seja proferida com a mesma dinamicidade exigida pelo mundo global.

Essa prestação efetiva encontra-se diretamente relacionada com um princípio fundamental disposto na Constituição Federal de 1988, qual seja o acesso à ordem jurídica justa. Esse acesso deve ser entendido em seu sentido mais amplo, permitindo que as pessoas tenham suas pendências solucionadas de maneira justa, adequada e dentro de um lapso temporal razoável.

Essa garantia e segurança proporcionada por um Poder Judiciário eficaz e condizente com a realidade contemporânea influenciam diversos outros setores da sociedade, especialmente o setor econômico. No que diz respeito à Economia, cabe lembrar que as empresas e os investidores precisam acreditar que o Judiciário brasileiro será capaz de solucionar eventuais problemas surgidos, e, ainda mais

importante, que suas necessidades serão atendidas com a devida rapidez, justiça e eficiência.

Partindo dessas premissas, chegou-se à conclusão de que o verdadeiro acesso à justiça tem na mediação um importante instrumento de auxílio ao ordenamento jurídico. A possibilidade de utilização adequada desse instituto e sua efetiva implementação, irão contribuir de maneira significativa na resolução desses conflitos sociais. As características e finalidades da mediação encontram-se perfeitamente alinhados à era global e, principalmente, às exigências da seara empresarial.

As relações empresariais e suas peculiaridades demonstram que o uso adequado de um meio alternativo de solução de conflitos acarreta inúmeros benefícios aos litigantes, já que proporciona melhores possibilidades de diálogo, continuidade das relações e cumprimento dos acordos.

O conceito de empresa e as dimensões alcançadas pelos conceitos de função social da empresa, ética empresarial vêm se alterando continuamente e, cada vez mais, adota-se uma postura voltada para o âmbito social, na procura de atendimento a direitos tidos como fundamentais em um Estado Democrático de Direito. O que antes era visto como uma aspiração apenas, parece estar se delineando para ceder espaço às atividades que possam conciliar o lucro com o bem-estar social.

É claro que o ordenamento jurídico brasileiro, a exemplo de outros países, ainda precisa melhorar seu aparato e capacitar seus profissionais, especialmente através da edição de uma legislação específica que regule a mediação e oriente aqueles que se disponham a conduzir o procedimento. Além disso, importa lembrar como um Código de ética poderá contribuir no melhor comportamento dos mediadores e participantes, servindo de verdadeiro guia de conduta.

Nesse passo, a tão almejada justiça e paz social estariam mais perto de serem alcançadas, pois o Direito e os meios auxiliares de solução de conflitos, agindo em conjunto, poderiam diminuir consideravelmente a carência da tutela jurisdicional vivenciada hodiernamente. Tais medidas, além de viabilizar melhores soluções para sociedade, certamente irão contribuir com a seara empresarial, o que traria, como conseqüência, o aumento na quantidade e qualidade de investimentos realizados no Brasil.

REFERÊNCIAS

ACLAND, A. F. *Como utilizar la mediación para resolver conflictos em lãs organizaciones*. Barcelona: Paidós, 1993.

ALMEIDA, Gregório Assagra. *Direito Processual Coletivo Brasileiro: um novo ramo do direito processual*. São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, Tania. Século XXI: a mediação de conflitos e outros métodos não-adversariais de resolução de controvérsias. *Resultado – Revista de Mediação e Arbitragem Empresarial*. v. 2, n. 18, p. 9-11, mar./abr. 2006.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. Ser um mestre em mediação? In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O direito de acesso à justiça e a mediação*. 2008. 154f. Dissertação (mestrado em Direito e Políticas Públicas) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Ciências Sociais. Distrito Federal. Brasília. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp048205.pdf>>. Acesso em: 15 dez. 2013.

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

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

_____. (org). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília, Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD. 2012

_____. Panorama do processo de mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Manual de Mediação judicial*. Brasília, 2009b. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Acesso em: 26 de jan. 2013.

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

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

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1993.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARTHOLLO, Bruno Paiva; GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Função Social da Empresa*. Revista dos Tribunais, v. 857, p. 11-25, Mar./2007.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de ética jurídica – Ética Geral e Profissional* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: Editora UNESP, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRAGA NETO, Adolfo. *A mediação de Conflitos no Contexto Comunitário*. São Paulo, Revista Síntese Direito de Família, nº 58, p.63-74, 2010.

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

BRANDÃO, Carlos. O presente, resultado histórico do passado, caminho para o futuro. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.

BRITO, Edvaldo Pereira de. A atuação do estado no domínio econômico. In: MARTINS, Ives Gandra (Coord.). *Desafios do século XXI*. São Paulo: Pioneira, 1997.

BRITO, José Henrique Silveira de. *Ética das profissões – Atas do Colóquio Luso-Espanhol de Ética das Profissões*, Braga, 11-12 de abril de 2005, Coordenação de José Henrique Silveira de Brito, Coleção Pensamento Filosófico, Braga: Ed. Aletheia – Associação Científica e Cultural, 2006.

BUITONI, Ademir. A ilusão do normativismo e a mediação. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 87, p. 109-114, 2006.

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

_____.; MASSALI, Wilson Euclides Guazzi. *Arbitragem: uma saída liberal à crise do Judiciário*. Scientia Iuris, Londrina, v. 15, n. 2, p. 165-183, dez. 2011.

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

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

CAPPELLIN, Paola; GIULIANI, Gian Mario. *Compromisso social no mundo dos negócios*. Boletim do Ibase Orçamento e Democracia, n. 11, fev. de 1999.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CASTELAR PINHEIRO, Armando. *Economic costs of judicial inefficiency in Brazil*. São Paulo: Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo, 1998.

_____. *Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados*. Rio de Janeiro: Ipea, 2003.

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

COMPARATO, Fábio Konder. *A reforma da empresa*. Revista Forense, v. 290. Rio de Janeiro: 1985.

_____. *Direitos e deveres fundamentais em matéria de propriedade*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/comparato/comparato1.html>. Acesso em: 10 de maio de 2014.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2011.

CORTINA, Adela; MARTÍNEZ, Emílio. *Ética*. Madrid: Ediciones Akal.

_____. *Ética de la empresa. Claves para una nueva cultura empresarial*. Tradução da Profª. Marta Marília Tonin. Madri: Editorial Trotta S.A, 2005.

DAKOLIAS, Maria. *A Strategy for Judicial Reform: The experience in Latin America*. Virginia Journal of International Law Association, v. 36, n. 1, p. 167-231, Fall 1995.

_____. *Court Performance around the World: A Comparative Perspective*. Washington, DC: The World Bank, July 1999. (World Bank Technical Paper; n. 430). Disponível em: <http://www.worldbank.org>. Acesso em: 24 de junho de 2009.

DELGADO, José Augusto. *Constitucionalidade da mediação*. In: CADERNOS CEJ. *Mediação: um projeto inovador*. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, 2003.

DE LUCCA, Newton. *Da ética geral à ética empresarial*. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito das Famílias*. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

FAGUNDES, Lucas Machado; WOLKMER, Antônio Carlos. *Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico*. *Pensar*, Fortaleza, v.16, n.2, jul.-dez. 2011.

FARIA, Ana Maria Jara Botton. *Judiciário e economia: equalização desejada e necessária*. Revista direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v.2, n. 2, jun./dez 2007. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd>>. Acesso em: 13 de dez. 2013.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2004.

_____. *Democracia e governabilidade: os direitos humanos à Luz da globalização econômica*. In: FARIA, J. E. (Org.). *Direito e globalização econômica: implicações e perspectivas*. 1 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

FAVRETO, Rogério. A implantação de uma política pública. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Manual de Mediação judicial*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Acesso em: 26 de jan. 2013.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Manual de Direito Comercial*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FERRAÇO, Ricardo. *Proposta define regras para a mediação judicial e extrajudicial*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/468134-PROPOSTA-DEFINE-REGRAS-PARA-A-MEDIACAO.html>>. Acesso em 01 de jul. de 2014.

FERREIRA, Jussara S. Assis B. Nasser. *Função social e função ética da empresa*. Revista Jurídica da UNIFIL. Londrina, ano 2, n. 2, p. 67-85, 2005.

FERREIRA, Verônica. A. de Mota Cezar. *Família, Separação e Mediação – uma visão psicojurídica*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé. *Mediação e solução de conflitos: teoria e prática*. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. *Psicologia jurídica*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FISHER, R.; KOPELMAN, E.; SCHNEIDER, A. K. *Mas allá de maquiavelo*. Buenos Aires: Granica, 1996.

FIUZA, Cesar Augusto de Castro. Formas Alternativas de solução de conflitos. In: FIUZA, Cesar Augusto de Castro; FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; DIAS, Ronaldo Bretãs C. (Coord.). *Temas atuais de direito processual civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Direito de empresa – Comentários aos artigos 966 a 1195 do Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GENRO, Tarso. Prefácio. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). *Manual de Mediação judicial*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.youblisher.com/p/51028-Manual-de-Mediacao/>>. Acesso em: 26 de jan. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *O Estado-nação europeu frente aos desafios da globalização*. In: Novos Estudos. São Paulo: Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, n. 43, 1995.

HIGHTON, Elena I.; ÁLVAREZ, Gladys Stella. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.

HÖFFE, Otfried. *O que é justiça?* Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003. INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL. *Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial – Versão 2000*.

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

LEAL JUNIOR, João Carlos; MUNIZ, Tânia Lobo. *Direito Internacional em Expansão*. v. II. *Morosidade do Judiciário e as relações negociais internacionais*. Anais do 10º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LEAL JUNIOR, João Carlos; PRADO, Martha Asunción Enriquez. *Da manutenção da atividade empresarial no ordenamento brasileiro*. Revista de Direito Privado, v. 46, p. 347, abr. 2011. Disponível em: <<http://150.162.138.7/documents/download/1095.jsessionid=13FAC5A5E43AE763F7F30F993567F0E3>>. Acesso em 12 de fev. de 2014.

LEAL JUNIOR, João Carlos. *O direito à razoável duração do processo e os impactos econômicos da morosidade processual nos negócios empresariais*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2012.

_____. *Os impactos da morosidade judicial na atividade empresária e a efetivação do acesso à justiça em um diálogo com o sistema processual civil inglês*. Revista Jurídica, Porto Alegre, v.424, p. 75-102, fev. 2013.

MACHADO, Daniel Carneiro. *O novo Código Civil brasileiro e a teoria da empresa*. Revista de Direito Privado, n. 15, São Paulo, 2003.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005.

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

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

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 5 ed. São Paulo: RT, 2005.

MATTOS, Adherbal Meira. Aspectos da mediação no direito internacional e no direito brasileiro. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). *Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2009.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. *Revista de Arbitragem e mediação*. São Paulo: RT, ano 1, n.3, set.-dez. 2004.

MESSICK, Richard E. *Judicial Reform and Economic Development: a survey of the issues*. The World Bank Research Observer, v. 14, n.1, p. 117-136, Feb. 1999.

MOORE, C. W. *O processo de mediação*. 2 ed. Porto Alegre: ArtMed, 1998.

MUNHOZ, Eduardo Sechi. *Empresa contemporânea e direito societário*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

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

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

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

NALINI, José Renato. Novas perspectivas no acesso à justiça. *Revista CEJ*, Brasília, v.1, n.3, set./dez. 1997.

_____. *Conciliar é a solução*. 2008. Disponível em: <http://renatonalini.zip.net/arch2008-04-06_2008-04-012.html>. Acesso em: 23 de fev. 2012.

NASH, Laura L. *Ética nas empresas – Guia prático para solução de problemas éticos nas empresas*, tradução de Kátia Aparecida Roque. São Paulo: Makron Books, 2001.

NETO BALBINOTTO, Giacomo. *Os reflexos das decisões judiciais na economia*. PPGE/UFRGS, nov. 2004.

PANCOTTI, José Antônio. *Institutos Fundamentais de Direito Processual: jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr, 2002.

PAROSKI, Mauro Vasni. Do direito fundamental de acesso à justiça. *Scientia iuris*, Londrina, v. 10, p.225-242, 2006.

PARAISO, Taritha Meda Caetano. *Panorama do direito civil na atualidade e a mediação de conflitos como instrumento pacificador no cenário jurídico brasileiro*. Dissertação apresentada ao curso de Mestrado em Direito Negocial, 2006.

PEREZ, Viviane. *Função social da empresa. Uma proposta de sistematização do conceito*. Monografia apresentada no grupo de pesquisa direito civil empresarial (mestrado em direito civil). Rio de Janeiro: UERJ, 2004.

PINTO, Marcelo. *A porta da Justiça se ampliou, mas falta alargar o corredor*. CONJUR, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-04/entrevista-tania-almeida-consultora-mediacao-conflitos>>. Acesso em 30 de jun. de 2014.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 16ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O projeto do Novo código Civil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades*. São Paulo: Editora QuartierLatin, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: Família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SCHNEIDER, Gabriela. *A (incessante) busca pela garantia da celeridade processual: possibilidades e desafios*. In: SILVEIRA, V. (Coord.). *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 3, v. 4, p. 459-477, jan.-abr./2013.

SILVA, Bernadete Klepa da. *A arte da mediação e o contrato*. Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação em Direito empresarial da Universidade Estadual de Londrina, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Érica Guerra da. *Os entraves para o desenvolvimento da função social da empresa*. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, ano 3, v. 6, set./dez. 2013a.

SIX, Jean-François. *Dinâmica da mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

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

STAHL, Eliane Aparecida. *A mediação como meio transformador das relações conflituosas no contexto atual brasileiro: uma alternativa ao Judiciário*. Monografia apresentada no Curso de Especialização em Direito Empresarial, 2000.

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

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

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*, tradução de João Dell'Anna, 27 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

ZANOTI, Luiz Antônio Ramalho. *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*. Curitiba: Juruá, 2009.

ZYLBERSZTAJN, Decio. SZTAJN, Rachel. Análise econômica do direito e das organizações. In: *Direito & Economia: análise econômica do Direito e das Organizações*. Rio de Janeiro: Campus, 2005.

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

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

_____. *Modalidade de mediação*. Série Cadernos do CEJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cahali.adv.br/arquivos/artigo-kazuo-watanabe-modalidade-de-mediacao.pdf>>. Acesso em 30 de jun. de 2014.

_____. *Política De Conciliação Desafoga O Judiciário E Pacífica As Relações Sociais*, 2011a. Disponível em: <<http://www.direitolegal.org/diario-forense/politica-de-conciliacao-desafoga-o-judiciario-e-pacifica-as-relacoes-sociais/>>. Acesso em: 29 dez. 2013.

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