

## DO CONFLITO AO CONSENSO: A MEDIAÇÃO E O SEU PAPEL DE DEMOCRATIZAR O DIREITO

### FROM CONFLICT TO CONSENSUS: THE ROLE OF MEDIATION IN DEMOCRATIZING LAW

**ADEMAR POZZATTI JUNIOR**

*Mestre e Doutor em Direito das Relações Internacionais pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) É professor do Curso de Direito do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC)*  
[juniorpozzatti@gmail.com](mailto:juniorpozzatti@gmail.com)

**VERIDIANA KENDRA**

*Pós-graduanda em Direito Público do Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina (CESUSC).*  
[verikendra@gmail.com](mailto:verikendra@gmail.com)

#### RESUMO

Pode a resolução das controvérsias jurídicas ajudar na democratização do direito? Para responder a esta pergunta, o presente artigo analisa como a mediação, enquanto instrumento democrático/emancipatório de resolução de conflitos contribui para o efetivo acesso à justiça, na medida em que transpõe a dimensão da solução adversarial de tratamento de disputas jurídicas e proporciona uma solução consensual que produz entre as partes uma cultura de compromisso e participação. Assim, o presente trabalho objetiva apontar, a partir da experiência brasileira, as possibilidades de reinstitucionalização do direito enquanto prática social, a partir do enfoque teórico de Boaventura de Sousa Santos e de Luis Alberto Warat. O método de procedimento utilizado foi o dedutivo, partindo-se de uma contextualização da necessidade de uma revolução democrática da justiça para ao final propor, a partir da perspectiva do movimento de acesso à justiça, que a mediação seja encarada como um verdadeiro instrumento democrático/emancipatório.

**Palavras-chave:** Acesso à Justiça; Crise da Jurisdição; Formas Alternativas ao Judiciário de Tratamento de Controvérsias; Luis Alberto Warat.

#### ABSTRACT

Is it possible that the settlement of judicial controversies play a role in the democratization of the law? To answer this question this paper argues how the mediation can be a democratic/emancipatory tool for conflict resolution. The mediation contributes to effective access to justice since it transposes the classical idea of the adversarial treatment of legal disputes and provides a consensual solution that produces a culture of commitment and participation between the litigants. Thus, this work aims to point out, from the Brazilian experience, the chances of re-institutionalization of law as a social practice, from the theoretical approach of Boaventura de Sousa Santos and Luis Alberto Warat. The method of procedure used is the deductive, starting from a contextualization of the need for a democratic revolution of the justice to proposed, from the perspective of the access to justice movement, that mediation can be a true democratic/emancipatory tool.

**Keywords:** Access to Justice; Alternate Dispute Resolutions; Luis Alberto Warat; Jurisdiction Crisis.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 A DEMOCRATIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS; 2 ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO; 2.1 O acesso à justiça e a moderna processualística; 2.2 Tendência do novo “enfoque de acesso à justiça”; 3 A MEDIAÇÃO ENQUANTO PRÁTICA DEMOCRÁTICA; 3.1 Formas alternativas de tratamento dos conflitos; 3.2 A Mediação transformadora; 3.3 Mediação enquanto procedimento; 3.4 Características da mediação; 3.5 As formas alternativas de resolução de conflitos enquanto política judiciária, e a regulamentação do processo de mediação no Brasil; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

## INTRODUÇÃO

São muitos os desafios para a democratização do direito. Por um lado, essa democratização poderia ser incrementada no *input* do direito, ou seja, no estabelecimento de formas mais democráticas de representação e participação política que resultassem na produção das normas oficiais mais ancoradas na vontade popular. Por outro lado, a democratização do direito poderia ser incrementada no seu *output*, ou seja, na forma com que se dá a aplicação do direito nos conflitos sociais, de forma a tornar a solução de conflitos jurídicos menos autoritária e mais participativa. Nessa segunda perspectiva, para tratar a mediação como uma revolução democrática este trabalho parte das premissas que o conflito é uma sociação positivo-democrática e que o Estado brasileiro sofre graves crises na prestação jurisdicional tradicional. Neste trabalho será abordada a mediação como uma forma alternativa de resolução de conflitos que pode possibilitar e ampliar o efetivo acesso à justiça, na medida em que transcende a dimensão da solução adversarial de solução de litígios, pautada no paradigma legal-formalista de produção e aplicação do direito, e apresenta-se como um meio auto-compositivo e consensual de solução de controvérsias.

Na primeira parte deste artigo será apontada uma necessária revolução democrática da justiça, face a problemática da ampliação do acesso à justiça, pois não se observa uma correspondência exata entre as rotinas sociais e a pretensão de monopólio estatal na prestação de justiça, chamando atenção para o fato de que o direito para ser exercido democraticamente deve se assentar numa cultura democrática.

Num segundo momento tratar-se-á do direito ao acesso à justiça como o mais básico dos direitos fundamentais. Pois o acesso à justiça deixou de ser um meio pelo qual a jurisdição diz o direito, ou seja, não visa somente a declaração de um direito, mas sim satisfazê-lo no mundo dos fatos.

Na terceira parte verificar-se-á a mediação como uma forma ecológica de resolução dos conflitos na qual o intuito de satisfação do desejo, substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal, pois pode fornecer visões de integridade e de humanização do homem, em termos de autonomia e de emancipação. Bem como alternativa para ampliação do efetivo acesso à justiça.

## 1 A DEMOCRATIZAÇÃO DA SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

A problemática da democratização do direito não passa somente pela ampliação dos mecanismos de participação e representação política, mas também pela participação popular no processo de resolução de controvérsias. No Brasil, a problemática da ampliação e efetivação do direito de acesso à justiça aos mecanismos estatais de composição de conflitos é uma realidade que atinge a maioria da população que ainda se encontra dentro de um quadro de graves desigualdades socioeconômicas, acesso a um direito efetivo de suscitar e obter proteção judicial em caso de conflito<sup>1</sup>.

Ao observar o texto da Constituição Federal, constata-se que seu conteúdo é generoso em preceitos que demonstram intenção de favorecer o acesso de todos à proteção judicial. Ao lado do fortalecimento isonômico, o art. 5º ainda contempla o direito à petição (inc. XXXIV, a); a inafastabilidade do controle jurisdicional de qualquer lesão ou ameaça à direito (inc. XXXV); o processo e sentenciamento pela autoridade jurídica competente (inc. LIII), o devido processo legal (inc. LIV); o contraditório e ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes, no processo administrativo e no judicial (inc. LV); a par de institutos novos, caracterizadores da verdadeira participação popular na administração da justiça - mandado de injunção, habeas data, ação popular e ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal (incs. LXX, LXXI, LXXII, LXXIII, LIX). Verifica-se também, o cuidado de reconhecer o dever do Estado de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos<sup>2</sup>.

Contudo, inobstante os mecanismos estatais de incentivo ao acesso à justiça, e de prestação gratuita de assistência judiciária, observa-se a inexistência de um (co)respectivo e

<sup>1</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 50.

<sup>2</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 51.

necessário incentivo à formação de uma ampla consciência de cidadania das camadas menos favorecidas da sociedade, que ainda desconhecem sua condição de titular de direitos passíveis de proteção judicial, e permanecem desse modo afastadas de tutela pelo poder judiciário. O que pode ocorrer por desinformação jurídica; descrença ou hesitação em acionar o judiciário, até mesmo por condicionantes culturais; e ainda, por dificuldades materiais<sup>3</sup>.

Segundo Mauro Cappelletti e Bryam Garth<sup>4</sup>, para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos efetivos. Neste sentido:

O sistema tem a capacidade de mudar muito ao nível do ordenamento sem que isso corresponda a mudanças na prática diária da distribuição de vantagens tangíveis. Na realidade, a mudança de regra pode tornar-se um substituto simbólico para a redistribuição de vantagens<sup>5</sup>.

Outrossim, não se observa uma correspondência exata entre as rotinas sociais e a pretensão de monopólio estatal na prestação de justiça, o que se torna evidente face a subsistência de mecanismos paralelos de composição extrajudicial de conflitos - de fundamental importância para as classes mais populares que guardariam contato com o sistema oficial na condição de réus em processos criminais - que encontram justificativa social, não apenas pelo seu grau elevado de eficácia, mas também em decorrência do próprio afastamento fomentado pela inacessibilidade aos tribunais por parte dos menos favorecidos socioeconomicamente<sup>6</sup>.

Aí, portanto, a evidência maior quanto a fundamental importância do incentivo à democratização do acesso e o constante aperfeiçoamento do sistema oficial de prestação de justiça, na busca de garantia e eficácia dos direitos conquistados no curso do desenvolvimento político-social das eras modernas e contemporâneas<sup>7</sup>.

Frente a este cenário, para Boaventura de Sousa Santos, têm-se duas opções, quais sejam: celebrar a sociedade, assim como existe, ou submetê-la a uma crítica radical, “transgredindo as fronteiras sociais, culturais, políticas, epistemológicas e teóricas de forma a

<sup>3</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 52-53.

<sup>4</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

<sup>5</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 68.

<sup>6</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 54.

<sup>7</sup> MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004, p. 54.

cumprir o potencial emancipatório das promessas da modernidade”<sup>8</sup>. Uma nova atitude teórica prática e epistemológica, que denominada novo senso comum jurídico, que tem por base três premissas principais<sup>9</sup>.

A primeira trata-se de uma crítica ao monopólio estatal e científico do direito. Busca-se desvelar alternativas, à dogmática jurídica e à teoria positiva do direito apostando numa forte concepção de pluralismo jurídico e numa concepção política do direito. A segunda consiste numa necessária (re)politização do direito, e conseqüente reconfiguração dos tribunais ante os desafios e dilemas atuais advindos das transformações do significado sociopolítico do Estado, bem como de uma compreensão mais ampla do que devam ser as funções do sistema judicial, não só que tange ao exercício de suas funções instrumentais - resolução de conflitos e controle social -, mas também no que se refere às funções políticas e simbólicas que tem vindo a assumir. E por fim, a terceira premissa, refere-se à ampliação do direito como princípio e instrumento da transformação social politicamente legitimada, deve-se voltar o olhar para a prática de grupos socialmente oprimidos, que à medida que recorrem em suas lutas, à lutas jurídicas, devolve ao direito o seu caráter insurgente e emancipatório<sup>10</sup>.

Vale referir a importância da teoria crítica para uma necessária revolução da justiça no que concerne a uma nova atitude teórica prática e epistemológica, ou seja, um novo senso comum dos juristas, na medida em que “o caráter dinâmico de seu conteúdo teórico aliado à sua prática instrumental tem servido para que os segmentos marginalizados tomem a devida consciência para articular a estratégia das rupturas”<sup>11</sup>. Provocando a autoconsciência dos agentes e dos grupos que estão em desvantagem, sofrendo com injustiças por parte dos setores dominantes, classes ou elites privilegiadas. Realizando-se positivamente na medida em que se torna processo adequado ao esclarecimento e à emancipação, indo ao encontro dos anseios e necessidades dos oprimidos. Pois incidindo numa filosofia histórico-social, tem o mérito de demonstrar até que ponto os indivíduos estão coisificados e moldados pelos determinismos

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.06.

<sup>9</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.06.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.07.

<sup>11</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

históricos-naturais, e que nem sempre estão conscientes das imposições hegemônicas e das falácias ilusórias do mundo oficial<sup>12</sup>.

Contudo, “a revolução democrática do direito e da justiça só faz verdadeiramente sentido no âmbito de uma revolução mais ampla que inclua a democratização do Estado e da sociedade”<sup>13</sup>. Chama-se atenção para o fato de que o direito para ser exercido democraticamente deve se assentar numa cultura democrática, por mais difícil que seja tal condição, especialmente em face da distância que separa os direitos das práticas sociais que impunemente os violam<sup>14</sup>.

Através de uma política diretamente comprometida com a democracia. Um conceito de política de acordo com um programa de democratização da cultura. Realizado com a reinstalação do espaço público na sociedade. Enxergando a política através de um recorte objetivo das instâncias sociais de onde se manifesta o poder<sup>15</sup>.

O espaço público, como lugar de produção da política (como ordem simbólica), que precisa da produção de objetos de conhecimento abertos, inacabados, imprevisíveis, em muitos aspectos previamente impensados, portanto incontrolláveis pelas normas de produção das verdades científicas. Estas não servem para interrogar as formas cotidianas da sociedade, as experiências provenientes da convivência<sup>16</sup>.

A revolução democrática da justiça assenta-se na valorização da diversidade jurídica do mundo como mola propulsora do pensamento jurídico crítico, e tem como elemento subjetivo a consciência cosmopolita da existência de diferentes imaginários e práticas do direito no mundo, buscando uma refundação democrática do papel do direito e da justiça<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 10.

<sup>13</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.08.

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.09.

<sup>15</sup> WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Revista BuscaLegis.ccj.ufsc.br*, n. 24. Set. 1992. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1008-1022-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2015, p. 02.

<sup>16</sup> WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. *Revista BuscaLegis.ccj.ufsc.br*, n. 24. Set. 1992. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1008-1022-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2015, p. 02.

<sup>17</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.08.

Um pensamento crítico que compreende um conhecimento que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio, relacionado a certo tipo de ação (práxis) que resulta na transformação da sociedade, ou seja, que pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano. Trata-se da emancipação do homem, de sua condição de alienado, da sua reconciliação com a natureza não repressora e com o processo histórico por ele moldado<sup>18</sup>.

Para Boaventura, frente ao Estado Democrático de Direito, vive-se um momento que se está a ensaiar uma nova fase, onde há uma preocupação no que toca ao papel do direito e da justiça na sociedade contemporânea, no sentido de buscar saber sua contribuição para uma sociedade mais justa. Onde uma revolução democrática da justiça deve possibilitar além do acesso a mesma, um acesso que possibilitará mudar a justiça que se tem acesso<sup>19</sup>.

Assim, tendo como premissa a ideia de que as sociedades assentam no primado do direito e não funcionam eficazmente sem um sistema judicial eficiente, eficaz, justo e independente, vê-se a necessidade de se fazer intervenções para que isso ocorra. Contudo o alcance e o sentido de uma refundação democrática irão depender da orientação das reformas judiciais<sup>20</sup>.

Fala-se aqui, na necessidade social de respostas concretas e efetivas para os litígios, que só serão obtidas através do fortalecimento de uma consciência transformadora, que não se limita meramente a “aceitar” novas estratégias, mas que tenha a convicção da obtenção de respostas satisfatórias pela por meio delas<sup>21</sup>.

No cenário brasileiro, essas medidas se referem a modernização do sistema processual, no intuito de reduzir o sofrimento de muitos jurisdicionados que aguardam morosamente, um desfecho para seu problema. Igualmente, caminha-se rumo a uma maior democratização do processo, na tentativa de eliminação dos privilégios detidos pelo Estado. Assim, “a luta democrática é, antes de mais nada, a luta pela construção de alternativas democráticas”<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 4-9.

<sup>19</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.24.

<sup>20</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.19.

<sup>21</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110.

<sup>22</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007b, p.46.

Tem-se, portanto que uma premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas pressupõe o acesso efetivo à justiça. Neste sentido, cumpre agora analisar a importância da consolidação do direito ao acesso efetivo à justiça frente aos novos direitos substantivos garantidos pela atual ordem constitucional, pois uma premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas pressupõe o acesso efetivo à justiça.

A discussão a seguir, passa pelo estudo contemporâneo do processo civil, ou seja, pelo reconhecimento de que o processo deixou de ser um meio pelo qual a jurisdição diz o direito para se tornar um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais, de que as técnicas processuais devem servir as funções sociais, e de que a jurisdição tradicional não é a única forma de solução de conflitos a ser considerado.

## 2 ACESSO À JUSTIÇA E PROCESSO

Em que pese o “acesso à justiça” seja a maior preocupação da processualística contemporânea, trata-se de um termo polifônico, sendo utilizado pelas mais diversas correntes de pensadores, com conteúdos diferentes.<sup>23</sup> A expressão “acesso à justiça”, na compreensão de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico - sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os preâmbulos do Estado. Primeiramente que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, e segundo deve produzir resultados que sejam individualmente ou socialmente justos. Assim sendo, uma premissa básica para a justiça social desejada pelas sociedades contemporâneas, pressupõe o acesso efetivo à justiça<sup>24</sup>.

Como visto, tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo dos direitos sociais básicos previstos nas atuais constituições. Neste sentido, não é surpreendente que o direito ao acesso efetivo à justiça tenha ganhado particular atenção na medida em que o *welfare state* tenha armado os indivíduos de novos direitos substantivos, uma vez que a titularidade desses direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. Portanto, o acesso à justiça pode ser

<sup>23</sup> RIALS, André. *L'accès à la justice*. Paris: Presses universitaires de France, 1993, p. 11.

<sup>24</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 08.

---

encarado como o mais básico dos direitos humanos, de um sistema jurídico novo e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar direitos<sup>25</sup>.

## 2.1 O acesso à justiça e a moderna processualística

A discussão teórica do acesso à justiça passa pelo estudo contemporâneo do processo civil, no qual os juristas devem reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais e “que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada”<sup>26</sup>. Nesse sentido, segundo Cappelletti e Garth:

[...] qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal, tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva - com que frequência ela é executada, em benefício de quem e com que impacto social<sup>27</sup>.

Precisam os processualistas ampliar suas pesquisas para além dos tribunais e utilizar-se de um método de análise interdisciplinar, aprender através de outras culturas. Pois o “acesso” não é apenas um direito fundamental crescentemente reconhecido, mas também o ponto essencial da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da cultura jurídica hodierna<sup>28</sup>.

Neste sentido, confere-se que a função jurisdicional tem como escopo fundamental: a paz social. Expressão do poder, a jurisdição é canalizada à realização dos fins do Estado. E sendo ela, uma expressão do poder estatal, tem implicações com a estrutura política do Estado, e reflete a fórmula das relações entre o Estado e sua população, bem como serve de instrumento para imposição das diretrizes estatais. Têm a jurisdição, inegáveis implicações com a vida social<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 11-12.

<sup>26</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 09.

<sup>27</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 12-13.

<sup>28</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 13.

<sup>29</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 182 e 193.

O processo, por sua vez, entendido como conjunto de formas ordenadas no procedimento e pautadas pela garantia do contraditório constitui o método estabelecido pelo direito para o exercício da jurisdição, trata-se da *dinâmica do poder*, entendido em sua manifestação *sub jurisdictionis*. Espera-se, contudo, que mediante a dinâmica do poder, o Estado chegue efetivamente aos resultados propostos, influenciando favoravelmente a vida do grupo e de cada um de seus componentes, haja vista, que o escopo de pacificar as pessoas, mediante a eliminação do conflito com justiça, é a razão mais profunda pela qual o processo existe e se legitima na sociedade<sup>30</sup>.

Para Edmundo Arruda, o processo deixou de ser um meio pelo qual a jurisdição diz o direito, para se tornar um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais - contraditório e ampla defesa - sobre uma base procedimental, que não visa somente a declaração de um direito, mas sim satisfazê-lo no mundo dos fatos<sup>31</sup>. Nas palavras de Arruda:

[...] a tutela jurisdicional passou a ser a tutela processual, que não depende mais de uma resposta da jurisdição, mas principalmente do resultado que o processo, visto como uma disciplina empírica comum ao mundo o ser causal, e não do dever ser normativo, precisa proporcionar ao cidadão<sup>32</sup>.

Neste sentido, busca-se, sob uma perspectiva mais contemporânea do processo, a sua instrumentalidade, expressão resumida do próprio sistema processual, onde é examinado pelo ângulo externo, na sua inserção na ordem jurídica, política e social<sup>33</sup>. Direciona-se, deste modo, as forças metodológicas do direito processual a efetividade do processo,

a qual constitui expressão resumida da ideia de que o processo deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função sócio-jurídica-política, atingindo em toda a plenitude todos os seus escopos institucionais.[...] a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de

<sup>30</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 325 e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 3 ed. vol.1. São Paulo: Malheiros, 2003b, p. 128.

<sup>31</sup> ARRUDA, Edmundo de Lima et al. *Reforma judicial: elementos para uma crítica*. Florianópolis: CESUSC, 2009, p. 55.

<sup>32</sup> ARRUDA, Edmundo de Lima et al. *Reforma judicial: elementos para uma crítica*. Florianópolis: CESUSC, 2009, p. 56.

<sup>33</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 325.

---

participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade<sup>34</sup>.

Para tanto, é preciso adequar o processo ao cumprimento dessa missão, para isso faz-se necessário “implantar um novo método de pensamento, rompendo definitivamente com as velhas posturas introspectivas do sistema e abrindo os olhos para a realidade da vida que passa fora do processo”<sup>35</sup>. E cabe aos cientistas do direito e aos juízes, cidadãos qualificados, revelar as mazelas do direito positivo, levando aos centros de decisão política os frutos de sua experiência profissional, com propostas inovadoras<sup>36</sup>.

Assim, a partir de uma hermenêutica crítica, voltada para o desnivelamento dos discursos elitistas do Direito, poder-se-á dar uma nova feição ao conhecimento jurídico, aonde o pragmatismo do Direito se imporá, efetivando preceitos que, até agora, cumpriram a sua função estética, porém não possibilitaram o pleno desenvolvimento e o esclarecimento daqueles para os quais foram produzidos<sup>37</sup>.

Os impasses e as insuficiências do atual paradigma da ciência jurídica tradicional entreabrem, lenta e constantemente, o horizonte para as mudanças e construção de novos paradigmas, direcionados para uma perspectiva pluralista, flexível e interdisciplinar<sup>38</sup>.

Segundo Boaventura de Sousa Santos<sup>39</sup>, vivemos hoje um período de transição paradigmática. Um processo de construção de um novo modo de pensar, perceber e interagir com o mundo, que o autor refere como um conhecimento prudente para uma vida desceite, e de onde o referencial teórico emerge das representações mal acabadas e abertas da modernidade. A dificuldade do passo a ser dado se encontra nas rupturas necessárias à

---

<sup>34</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 330.

<sup>35</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 332.

<sup>36</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a, p. 332.

<sup>37</sup> SILVA, Adilson Cunha. *Direito, bioética e (bio)tecnociências: a emergência de um novo paradigma científico para as pesquisas jurídicas sobre novas (bio)tecnologias*. Abr. 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27683-direito-bio-tica-e-bio-tecnoci-ncias-a-emerg-ncia-de-um-novo-paradigma-cient-fico-para-as-pesquisas-jur-dicas-sobre-novas-bio-tecnologias>> Acesso em: 06 de abr. 2015, p. 13.

<sup>38</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 03.

<sup>39</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007a, p. 10.

transformação de um determinado saber, em conhecimento científico prudente, prático e transformado em um senso comum<sup>40</sup>.

Para Guerra Filho, o questionamento da cultura jurídica moderna, tem um caráter político ao invés de teórico, e em nome da democracia é preciso repelir posições que negam a possibilidade de praticar o estudo do Direito atendendo aos requisitos da cientificidade, tornando esses estudos meros exercícios de retórica, de manejo das palavras, de pontos de vista argumentativos. Deve-se, sim, se desenvolver parâmetros capazes de balizar a produção de um conhecimento confiável, que auxiliem na realização dos objetivos do Direito, ou seja, viabilizar a transformação social. Métodos que incrementem a cientificidade investigando o direito comparado, a história, a sociedade, ou seja, onde surgem os problemas a serem resolvidos. Uma ciência prática, mas, ainda assim, uma ciência<sup>41</sup>.

## 2.2 Tendência do novo “enfoque de acesso à justiça”

Cappelletti e Garth, ao tratarem de soluções práticas para os problemas de acesso à justiça, o fazem através de três posições, as denominadas ondas de acesso à justiça. A primeira onda diz respeito à assistência judiciária, a segunda onda diz respeito a reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses difusos, e a terceira onda, e mais recente, chama-se, simplesmente “enfoque de acesso à justiça”. Uma tentativa de atacar as barreiras ao “acesso”<sup>42</sup> de modo mais articulado e compreensivo, um acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007a, p. 74.

<sup>41</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. (org.) **O poder das metáforas**: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61-67.

<sup>42</sup> As barreiras de acesso à justiça que aqui se refere, tratam-se primeiramente do alto custo da solução formal de uma lide, custo que pode incluir honorários advocatícios e custas judiciais, e que em muitas vezes são aumentados em razão da demora na prestação jurisdicional. Em segundo, devem-se levar em conta as “possibilidades das partes”, ou seja, recursos financeiros, aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa, bem como a habitualidade dos litigantes que pode ser uma vantagem na medida em que a experiência possibilita um melhor planejamento do litígio. E finalmente têm-se os problemas especiais dos direitos difusos, que se refere ao interesse individual de litigar em nome de uma coletividade, uma barreira cultural, além de financeira (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 15 e 27.

<sup>43</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 31 e 67.

Tratar-se-á, a seguir, da terceira onda, pois está nos remeterá ao foco deste trabalho, ou seja, as formas alternativas de resolução dos conflitos.

Esta terceira onda, além de incluir a advocacia, judicial ou extrajudicial, vai mais além, centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar, e mesmo prevenir disputas sociais<sup>44</sup>.

Neste sentido, colocam Cappelletti e Garth, que a representação judicial, por si só, não se mostra suficiente para tornar os novos direitos, vantagens tangíveis ao nível prático. Tem-se que esses novos direitos exigem mecanismos procedimentais que os tornem exequíveis, pois são as regras de procedimento que insuflam vida nos direitos substantivos, são eles que o ativam, para torná-los efetivos. Deste modo, cada vez mais se percebe, não desmerecendo a representação judicial, que o movimento de acesso à justiça exige uma abordagem muito mais compreensiva da reforma, que encoraja a explosão de uma ampla variedade de reformas, entre elas a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de conflitos<sup>45</sup>.

Deste modo, este estudo tem como objetivo compreender as efetivas perspectivas para o desenvolvimento da mediação enquanto uma relação jurídica processual, como parte da racionalidade jurídica contemporânea.

### 3 A MEDIAÇÃO ENQUANTO PRÁTICA DEMOCRÁTICA

Mediação, este tema rumo a outros tempos, à um afastamento do paradigma jurídico da modernidade, apoiado, apenas, em um individualismo possessivo e ignorante do outro. “Juntar sensibilidade, mediação e alteridade<sup>46</sup> é um modo de pensar o lugar do direito na cultura emergente do terceiro milênio”<sup>47</sup>.

#### 3.1 Formas alternativas de tratamento dos conflitos

<sup>44</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 67.

<sup>45</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 69-71.

<sup>46</sup> Para a Psicologia, alteridade se refere ao “o conceito que o indivíduo tem segundo o qual os outros seres são distintos dele. Contrário a ego” (DORIN, 1973, p. 75). Já para a filosofia: “do latim *alteritas*. Ser outro, colocar-se ou constituir-se como outro”. (ABBAGNANO, 1998 p. 34-35)

<sup>47</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) *Surfando na pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 50.

Paralelamente as formas jurisdicionais tradicionais, existem possibilidades não jurisdicionais de tratamento de conflitos, nos quais se atribui legalidade a voz de um conciliador/mediador, os quais auxiliam as partes na composição do litígio. Tratam-se de formas diferentes de tratamento dos conflitos, mas não estranhas ao judiciário, diferente porque busca a “face” perdida dos litigantes, através de uma relação pactuada e convencionada, em substituição a modelos de composição e gestão de conflitos autoritários. Buscando, deste modo, uma justiça mais próxima, no sentido de autonominação e responsabilização dos cidadãos, pelas decisões dela vertidas<sup>48</sup>.

Deste modo, os métodos alternativos de resolução conflito estabelecem uma ordem consensual contrária àquela solução imposta pelo Poder Judiciário, que seguem prescrições ou modelos prontos impondo suas soluções que na maioria das vezes, não significa uma solução efetiva para o litígio. Na lógica consensual, as partes mantêm do começo ao fim o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado, trata-se de um procedimento autônomo na medida em que as partes estipulam suas regras, e informal no sentido que não seguem modelos prontos<sup>49</sup>.

Conforme exposto na cartilha de da OAB/SC, a busca pela utilização das formas alternativas de resolução de conflitos revelou-se, na última década, uma tendência mundial, e proliferaram-se rapidamente pelo mundo, o que vem ocorrendo também no Brasil, embora de forma gradativa<sup>50</sup>.

Apesar de a nomenclatura ADR (*Alternative Dispute Resolution*) ser relativamente nova, surgida por volta da década de oitenta do século passado nos Estados Unidos, o registro de utilização desses métodos são antiquíssimos. Tem-se notícia de registros de utilização da arbitragem, por volta de 3.000 a.C., na Babilônia. Deve-se recordar que o monismo jurídico estatal é bastante recente no mundo ocidental e que a resolução privada dos conflitos sempre

<sup>48</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

<sup>49</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 112.

<sup>50</sup> OAB/SC. *Cartilha de mediação e arbitragem*. 2011. Disponível em: <[http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam\\_cart\\_med\\_arb\\_oab?e=8356101/2564828](http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam_cart_med_arb_oab?e=8356101/2564828)>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 06.

constituiu a regra ao longo da história<sup>51</sup>. Sendo assim, constata-se que a mediação passa a ser redescoberta em meio a uma crise profunda do sistema judiciário de resolução de litígios.

Atualmente, a justiça consensual em suas várias formulações, na esteira dos ADR, aparece como resposta à disfunção do Judiciário. A questão que se sobressai, aqui, é a de diferenciar a estrutura tripartite dos procedimentos tradicionais de resolução de conflitos, para assumir uma postura díade, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos. Deixando de lado a caráter triangular da jurisdição tradicional (parte - juiz - parte), no qual um terceiro alheio à disputa impõe uma decisão a partir da função do Estado de dizer o direito. De um lado o dizer do direito próprio do Estado, que caracteriza a função jurisdição como poder, de outro lado o construir o tratamento para o conflito que reúne as partes<sup>52</sup>.

No caso da mediação, como uma espécie de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), propõe que o fim do conflito possa ser resolvido pela restauração de uma identidade harmoniosa que atravessa o campo social, concebendo o julgamento jurídico de forma reflexiva, e não mais sob o modelo silogístico de uma fórmula determinante<sup>53</sup>.

### 3.2 A Mediação transformadora

A mediação é uma forma ecológica<sup>54</sup> de resolução dos conflitos na qual o intuito de satisfação do desejo, substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. Uma forma alterativa de resolução de conflitos - acordo transformador das diferenças - que aponta para uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas. Onde os conflitos são resolvidos sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito

<sup>51</sup> MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2004, p. 18-19.

<sup>52</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 121.

<sup>53</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 122.

<sup>54</sup> O paradigma ecológico significa uma crítica a autonomia solipsista da modernidade, é uma proposta de percepção da realidade em suas inter-relações e não como pura soma de entidades individuais. Amplia a pura perspectiva intersubjetiva dos humanos e tenta incluir também a consideração das interdependências e interligações com os seres vivos e com os ecossistemas e a biosfera. Impõe uma mutação na percepção da realidade, especialmente na relação com a natureza e na construção do entorno social. Exige uma nova compreensão do próprio ser humano, uma superação da concepção solipsista e centrada puramente nos interesses humanos para chegar a uma compreensão ecossistêmica do ser humano.

positivo, uma nova visão na administração e resolução dos conflitos, que tradicionalmente tomam a lei como referência<sup>55</sup>.

A mediação, que aqui se trata, tem a ver com os novos contextos que tentam fornecer visões de integridade e de humanização do homem, em termos de autonomia e de emancipação. Através de uma ruptura com o paradigma jurídico e epistemológico da condição moderna, e com os saberes da modernidade. Pensar a mediação, enquanto um novo e grande paradigma, como pedagogia que ajuda a aprender a viver, um novo paradigma, específico, da produção de direito, não mais entendido como lei que pune o que considera conflito<sup>56</sup>.

O saber trans-moderno, como grande paradigma, não se conforma com a racionalidade como recurso para a autonomia, ela deixa de ser suficiente. Precisa da sensibilidade que visa o religamento do homem com a natureza, com o outro e consigo mesmo<sup>57</sup>.

Infere-se dessa ideia de mudança, um paradigma de teor antropológico e de transformação do homem para libertá-lo dos determinismos naturais e histórico-sociais. Onde o paradoxo está no fato de que o homem é um ser histórico que se encontra preso as limitações da natureza, fazendo-se necessária a reaproximação entre o homem, a natureza não opressora e a sociedade<sup>58</sup>.

A transformação da natureza num artefacto global, graças à imprudente produção-tecnológica, e a crítica epistemológica do etnocentrismo e antropocentrismo da ciência moderna, convergem na conclusão de que a natureza é a segunda natureza da sociedade e que, inversamente, não há uma natureza humana porque toda a natureza é humana. Assim sendo, todo o conhecimento científico-natural é científico-social. Este passo epistemológico é um dos mais decisivos na transição paradigmática que estamos a atravessar<sup>59</sup>.

Particularmente em relação ao direito, há uma sabedoria que não aceita mais, a razão normativa, uma sabedoria que começa a dizer aos juristas que a razão das normas não basta para satisfazer os desejos da realização da autonomia ou da emancipação. O direito é visto como

<sup>55</sup> WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Tradução de Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (org.). *Em nome do acordo: a mediação no direito*. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 05-06

<sup>56</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) *Surfando na pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 52.

<sup>57</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) *Surfando na pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 53.

<sup>58</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 09.

<sup>59</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000, p. 89.

algo que está muito além do normativo, em uma múltipla sintonia com todas as instancias da vida. Neste sentido, a mediação pode ser concebida como direito da alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro<sup>60</sup>.

A mediação desafia os saberes da modernidade, tem como propósito inundá-la das complexidades da experiência da vida. A mediação tenta impor um direito voltado para a alteridade, à vida, contando com o apoio de um referencial ético de alteridade. “A mediação como ética da alteridade reivindica a recuperação do respeito e do reconhecimento da integridade e da totalidade de todos os espaços de privacidade do outro.” É radicalmente não invasora e não dominadora<sup>61</sup>.

Nesse sentido, a mediação se apresenta como um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, que vem baseada no litígio, e tem como meta a descoberta da verdade, objetivo idealizado e fictício, resumida na implementação de uma cientificidade nos moldes da ciência moderna, como argumento de convencimento<sup>62</sup>.

O homem determinado pelo grande paradigma da modernidade está passando pelos duros momentos de quebra total de sua visão de mundo. De repente, descobriu que seu olhar envelheceu e que agora começa a enxergar tudo fora de foco, que sua nitidez no olhar sumiu, e que precisa de óculos, apesar de não encontrar as lentes adequadas. [...] A mudança de lentes, traz uma nova concepção dos conflitos. As divergências começam a ser vistas como oportunidades alquímicas. As energias antagônicas são vistas como complementares, e o Direito, como solidariedade. As velhas lentes que fragmentavam, classificavam e geravam distancias e diferenças maniqueístas vão para a lixeira, ou ficam no porão das coisas que se guardam por apego movido pelo passado. Começamos a entender que cada homem não é uma mônada isolada, que não são fragmentos sem conexão. Cada um é interdependente e produto forçado de interações. A sociedade é unicamente produto da complexidade desses vínculos<sup>63</sup>.

<sup>60</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 53.

<sup>61</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 54.

<sup>62</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 75.

<sup>63</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 55.

Desta maneira, os conflitos mediados devem servir de ajuda para que os homens possam ir afirmando reciprocamente seus movimentos próprios, transformando suas conflitualidades vinculares<sup>64</sup>.

Pode deste modo, a mediação ser a melhor forma de realização da autonomia/emancipação, democracia e cidadania. Isto, na medida em que educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros. De certo modo, é se ocupar da capacidade das pessoas para se autodeterminarem em relação aos outros e com os outros, no sentido de produção da diferença. Autonomia/emancipação que determina identidades e configura cidadania<sup>65</sup>.

Deste modo, a mediação pode ser compreendida como a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certezas jurídicas para cumprir com os objetivos inerentes a autonomia/emancipação, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos<sup>66</sup>.

### 3.3 Mediação enquanto procedimento

Conforme os valores e objetivos delineados na atual Constituição Federal, a processualística transcende a relação jurídica jurisdicional, de modo que a mediação pode ser entendida como um instituto eminentemente processual. Pois o modo constitucional do processo não se limita ao sistema jurisdicional tradicional, como já visto nas linhas anteriores, atualmente a disciplina consiste na operação do núcleo de direitos fundamentais sobre uma base procedimental, com o objetivo de satisfazer os direitos, não apenas de declará-lo<sup>67</sup>.

A mediação no direito é entendida *a priori*, como um procedimento de auto-composição assistida dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades. É um procedimento

<sup>64</sup> WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZARROBA, Orides et al (coord.), **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 54.

<sup>65</sup> WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Tradução de Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 06-07.

<sup>66</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 158.

<sup>67</sup> ARRUDA, Edmundo de Lima et al. **Reforma judicial: elementos para uma crítica**. Florianópolis: CESUSC, 2009, p. 66.

na medida em que responde a determinados rituais, técnicas princípios e estratégias que em nome do acordo tenta revisitar o conflito, substituindo os impulsos por uma ação ordenada para uma nova disposição de entender o mundo e os vínculos que ligam a ele. Contudo indisciplinado por sua heterodoxia, na medida em “que do mediador se requer a sabedoria necessária para se mover, sem a obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela de classes ou do saber”<sup>68</sup>.

O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais<sup>69</sup>.

Salienta Luis Alberto Warat, que o procedimento da mediação se efetua sempre em nome do acordo, o que não significa que o acordo seja importante. A mediação não tem como objetivo prioritário a realização de um acordo, a função prioritária da mediação é a produção da diferença, instalando o novo na temporalidade<sup>70</sup>.

O processo é de auto-composição, na medida em que são as partes envolvidas que tentam por elas mesmas, chegar a um acordo recompondo, através de um olhar ao interior, os ingredientes do conflito fazendo gerar o diferente, assumindo os riscos das decisões<sup>71</sup>.

A auto-composição dos procedimentos da mediação, como já referido, é assistida ou terceirizada. Requer sempre a presença de um terceiro imparcial, porém comprometido, que ajude as partes em seu processo de assumir os riscos de sua auto-decisão transformadora do conflito<sup>72</sup>.

Justamente por isso, a mediação surge como espaço democrático, uma vez que o mediador em vez de se posicionar em local superior às partes se posiciona em meio delas,

<sup>68</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 57.

<sup>69</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 58.

<sup>70</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 63.

<sup>71</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 58-59.

<sup>72</sup> WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p. 57.

partilhando de um espaço comum e participativo, voltado para a construção do consenso, num pertencer comum. O que se propõe é que pacifique sem decidir, e não decidir sem pacificar<sup>73</sup>.

### 3.4 Características da mediação

Para Moraes e Spengler, dentre as principais características da mediação, podem se apresentar a privacidade, economia financeira e de tempo, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões e o equilíbrio da relação entre as partes<sup>74</sup>.

Caracteriza-se a privacidade na medida em que o processo de mediação é desenvolvido em ambiente secreto e só é divulgado se for a vontade das partes, ou imperar o interesse público<sup>75</sup>.

A economia financeira e de tempo, se dá em contrapartida aos processos judiciais, que lentos, mostram-se custosos, pois os litígios resolvidos através da mediação tendem a ser resolvidos em tempo inferior aos do processo tradicional<sup>76</sup>.

A oralidade se apresenta na medida em que a mediação é um processo informal, no qual as partes têm a oportunidade de debater os problemas que lhe envolvem<sup>77</sup>.

A reaproximação das partes acontece, pois o instituto da mediação, ao contrário da jurisdição tradicional, busca aproximar as partes. E tem como objetivo final a restauração das relações entre os envolvidos<sup>78</sup>.

Autonomia, entendida aqui como sinônimo de emancipação, ou seja, como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões em relação a conflituosidade que nos determina e configura em termos de identidade e cidadania; um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflituos das diferenças que nos permite formar identidades culturais e nos

<sup>73</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 149.

<sup>74</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

<sup>75</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

<sup>76</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 134.

<sup>77</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 135.

<sup>78</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativa à jurisdição. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 136.

inteirarmos no conflito com o outro. Uma forma de perceber a responsabilidade que toca a cada um no conflito<sup>79</sup>.

O equilíbrio entre as partes é uma grande preocupação no processo da mediação, pois caso contrário não se obterá êxito. É fundamental que a todas as partes seja conferida a oportunidade de se manifestar é garantida a compreensão das ações que estão sendo desenvolvidas. A prioridade do processo de mediação é a restauração da harmonia<sup>80</sup>.

Quanto ao papel do mediador, vale lembrar que este não decide, tão somente administra o procedimento. E deve ser uma pessoa física capacitada, com suficiente conhecimento de negociação cooperativa, comunicação, técnicas específicas de investigação e de resumo, aspectos psicológicos da personalidade humana, teorias das decisões, aspectos da sociologia, bom como de direito<sup>81</sup>.

Importante ressaltar, que a mediação pode servir como complemento da atividade jurisdicional especialmente quando verificada a inadequação de certas estruturas tradicionais para o tratamento dos conflitos de massa no que tange à questão dos interesses trans-individuais, como também frente ao crescimento do contencioso (excesso de demandas)<sup>82</sup>.

### 3.5 As formas alternativas de resolução de conflitos enquanto política judiciária, e a regulamentação do processo de mediação no Brasil

No ano de 2010 o Conselho Nacional de Justiça, publicou a Resolução 125 de 2010. Esta resolução veio instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses. Seu objetivo é, segundo o próprio texto, "assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade". Neste sentido, determina aos tribunais de

<sup>79</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 159.

<sup>80</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 137.

<sup>81</sup> OAB/SC. **Cartilha de mediação e arbitragem**. 2011. Disponível em: <[http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam\\_cart\\_med\\_arb\\_oab?e=8356101/2564828](http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam_cart_med_arb_oab?e=8356101/2564828)>. Acesso em: 01 abr. 2015, p. 07.

<sup>82</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 139.

cada estado a criação de uma estrutura voltada para o atendimento de pessoas envolvidas em conflitos possíveis de serem resolvidos extrajudicialmente<sup>83</sup>.

Com o intuito de estimular a busca por soluções extrajudiciais para resolver conflitos, em 31 de janeiro de 2013, o Conselho Nacional de Justiça publicou uma emenda à Resolução 125 de 2010. Ela determina, por exemplo, que os Tribunais do país criem, “no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores”. Outra nova diretriz, adicionada ao artigo 1º, é a compilação de dados estatísticos referentes às mediações<sup>84</sup>.

Importante referir neste momento, que após quatro anos de tramitação no Congresso Nacional, foi sancionada no dia 29 de junho de 2015, pela presidente Dilma Rousseff, a Lei 13.140/2015, chamada “Lei da Mediação”, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

A Lei, que entrará em vigor em dezembro do mesmo ano, é resultado de dois projetos: uma proposta apresentada em 2011 (PL 517/2011) pelo senador Ricardo Ferraço e outra elaborada por comissão de juristas em 2013 (PL 7169/2014). O texto, que ainda sofreu alterações durante a tramitação na Câmara dos Deputados foi aprovado de maneira definitiva pelo Plenário do Senado e sancionada sem vetos pela Presidente da República.

Em entrevista concedida a revista eletrônica Consultor Jurídico, Tânia Almeida - uma das principais porta-vozes da mediação no Brasil e integrante da comissão de especialistas da Secretaria da Reforma do Judiciário, do Ministério da Justiça, responsável pelo texto-base do PL 7169/2014 - afirma que para ter mediação, não é preciso haver normatização. Contudo, esclarece que a lei cria cultura. Assim acredita que haverá uma prática muito maior da mediação após o advento de um regramento. Para ela a lei vai disseminar a informação para o território nacional, e com isso, evitar-se-á judicializar questões nas quais o diálogo ainda pode

<sup>83</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)> . Acesso em: 09 jun. 2015.

<sup>84</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)> . Acesso em: 09 jun. 2015.

ser efetivo, mesmo que seja um diálogo assistido por um mediador<sup>85</sup>. Pois a mediação busca restabelecer a comunicação, como também a prevenção e o tratamento dos conflitos.

Vale também mencionar, que o texto do Novo Código de Processo Civil (NCPC), sancionado em 16 de março de 2015, dá um destaque especial à Conciliação e à Mediação, prevendo e disciplinando sua aplicação em várias oportunidades. Recepcionando, deste modo, os anseios do CNJ de estimular o que este chamou de “Cultura da Paz”.

Segundo o conselheiro Emmanoel Campelo, presidente da Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania do CNJ, “...tanto a Lei de Mediação como o novo Código de Processo Civil reafirmam o trabalho de consolidação de uma política pública de consensualização do Poder Judiciário conduzida pelo próprio CNJ desde 2006”<sup>86</sup>.

## CONCLUSÃO

Ante a insuficiência do modelo jurídico tradicional em oferecer respostas satisfatórias às crescentes demandas sociais e as dificuldades do Poder Judiciário em atuar como instância de administração de conflitos, criou-se a necessidade de se pensar em formas alternativas para a resolução dos conflitos, como a mediação. Assim, este estudo defendeu que as experiências da mediação podem contribuir em alguma medida para a consecução de uma relação mais humana e próxima da realidade social do envolvidos.

Verificou-se que trata-se, a mediação, de uma visão de mundo, de um paradigma ecológico pautado num critério epistêmico de sentido, e que pode ser visto como um componente estrutural do paradigma político e jurídico da contemporaneidade. Um tipo de procedimento que pode conduzir a uma radical transformação no sistema de soluções de conflitos, em especial dos jurídicos. Como também, uma possibilidade para resolver os novos direitos que surgiram no mundo do direito na contemporaneidade, que não devem e não são possíveis de tratamento através das concepções jurídicas da modernidade, em face de suas complexidades.

<sup>85</sup> ALMEIDA, Tania. *A porta da justiça se ampliou, mas falta alargar o corredor*. In: *CONJUR Consultor Jurídico*. 04 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-04/entrevista-tania-almeida-consultora-mediacao-conflitos>> Acesso em : 15 mai. 2015

<sup>86</sup> CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Boletim de Notícias de 29/06/2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

E para que o procedimento da mediação possa se realizar viu-se que o primeiro passo a ser dado é deixar de considerar o conflito como um evento social patológico, um mal a ser curado, para vê-lo como um fenômeno sociológico muitas vezes positivo. É necessário abdicar da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para instaurar a lógica ganhador/ganhador, desenvolvida por outro meio de tratamento de conflitos que auxilia na busca de uma resposta consensual para o litígio, que possa produzir entre as partes uma cultura de compromisso e participação.

Assim sendo, verificou-se que os objetivos da mediação dizem respeito não apenas ao restabelecimento da comunicação, mas também à prevenção e ao tratamento dos conflitos, através de uma visão positiva na pretensão de encará-lo como meio de socialização, de transformação e evolução social. Apresentando-se como uma aposta na diferenciação entre o tratamento dos conflitos de maneira tradicional, na qual o Estado produz a regulamentação e impõe a jurisdição como único meio de resposta, para uma estratégia partilhada e convencionada que tenha por base um direito inclusivo.

Neste contexto, conclui-se que a mediação é um procedimento democrático, na medida em que rompe com os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos de forma hierarquizada. Também porque acolhe a desordem, e, por conseguinte o conflito, como possibilidade positiva de evolução social. É democrática quanto ao fundamento da relação de um com o outro, pois configura-se como um espaço de reencontro, ao utilizar-se da arte de compartilhar para tratar os conflitos.

Assim sendo, a mediação estruturada sob uma matriz autônoma/emancipatória, cidadã e democrática propõe um salto qualitativo e quantitativo ao transcender a dimensão de da solução adversarial de tratamento de disputas jurídicas, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade, e surge como uma proposta inovadora de pensar o lugar do direito na cultura complexa, multifacetada e emergente do terceiro milênio.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. A porta da justiça se ampliou, mas falta alargar o corredor. In: CONJUR **Consultor Jurídico**. 04 mai. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-04/entrevista-tania-almeida-consultora-mediacao-conflitos>> Acesso em : 15 mai. 2015

---

ARRUDA, Edmundo de Lima et al. **Reforma judicial: elementos para uma crítica**. Florianópolis: CESUSC, 2009.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125**, de 29 de novembro 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)> . Acesso em: 09 jun. 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Boletim de Notícias de 29/06/2015**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>>. Acesso em: 09 jun. 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2003a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3 ed. vol.1. São Paulo: Malheiros, 2003b.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Pós-modernismo, pós-positivismo e o Direito como Filosofia. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. (org.) **O poder das metáforas: homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 61-67.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Fabris, 2004.

MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativa à jurisdição**. 2. Ed. Ver. Ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos Fialho. **Poder Judiciário no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2004.

OAB/SC. **Cartilha de mediação e arbitragem**. 2011. Disponível em: <[http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam\\_cart\\_med\\_arb\\_oab?e=8356101/2564828](http://issuu.com/adamsistemas/docs/adam_cart_med_arb_oab?e=8356101/2564828)>. Acesso em: 01 abr. 2015.

RIALS, André. *L'accès à la justice*. Paris: Presses universitaires de France, 1993.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2000.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 6 ed. São Paulo: Cortez, 2007a.

---

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007b.

SILVA, Adilson Cunha. **Direito, bioética e (bio)tecnociências: a emergência de um novo paradigma científico para as pesquisas jurídicas sobre novas (bio)tecnologias**. Abr. 2009. Disponível em: <<http://www.diritto.it/docs/27683-direito-bio-tica-e-bio-tecnoci-ncias-a-emerg-ncia-de-um-novo-paradigma-cient-fico-para-as-pesquisas-jur-dicas-sobre-novas-bio-tecnologias>> Acesso em: 06 de abr. 2015

WARAT, Luis Alberto. A Fantasia jurídica da igualdade: Democracia e direitos humanos numa pragmática da singularidade. **Revista BuscaLegis**, n. 24. Set. 1992. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/1008-1022-1-PB.pdf>>. Acesso em: 09 abr. 2015.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, psicanálise e mediação. Tradução de Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (org.). **Em nome do acordo: a mediação no direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

WARAT, Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (coord.) **Surfando na pororoca: O ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol.3, 2004. p.11-217.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, Rubens Morato. (org). **Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas: uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1-30.

Recebido em: 01/10/2015 / Revisões requeridas em: 18/11/2015 / Aprovado em: 23/11/2015