

UNIVERSIDADE FEDERAL DO MARANHÃO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS
CURSO DE DIREITO
BACHARELADO

ISADORA SILVA SOUSA

MEDIAÇÃO JUDICIAL: um método eficaz para o acesso à justiça?

São Luís – MA
2018

ISADORA SILVA SOUSA

MEDIAÇÃO JUDICIAL: um método eficaz para o acesso à justiça?

Monografia apresentada ao Curso de Direito Bacharelado da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a. Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino.

São Luís – MA
2018

SOUSA, ISADORA SILVA.

MEDIAÇÃO JUDICIAL : um método eficaz para o acesso à justiça / Isadora Silva Sousa. - 2018.

45 f.

Orientador (a): Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino.

Monografia (Graduação) – Curso de Direito, Universidade Federal do Maranhão, SÃO LUÍS, 2018.

1. Acesso à justiça. 2. Mediação judicial. 3. Poder judiciário. I. Sousa Aquino, Maria da Glória Costa Gonçalves de. II. Título

ISADORA SILVA SOUSA

MEDIAÇÃO JUDICIAL: um método eficaz para o acesso à justiça?

Monografia apresentada ao Curso de Direito Bacharelado da Universidade Federal do Maranhão para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___/___/___

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino
(Orientadora)

Examinador 1

Examinador 2

AGRADECIMENTOS

Ao longo dos últimos meses, muitas pessoas contribuíram de diversas formas, para a concreção do presente trabalho monográfico. Não posso deixar de mencioná-las e agradecê-las imensamente.

Primeiramente, agradeço ao Senhor Jesus Cristo, meu Salvador, a quem sirvo e amo. Ele tem me conduzido e me amado de maneira sobrenatural durante todos os instantes da minha vida, sendo meu refrigério, meu descanso e minha paz. Nos momentos de maior dificuldade, desânimo e cansaço, Ele falou comigo através das Escrituras Sagradas e me encheu de esperança, alegria e força pra continuar e persistir. Ele me abençoou com Sua sabedoria e proteção e a Ele exalto. Louvado seja o teu nome Jesus! Toda honra e toda glória sejam dadas somente a Ti! Obrigada!

Em segundo lugar, agradeço aos meus pais. Vocês sempre foram meu exemplo de determinação e hoje posso afirmar que foi por meio desse espelho que consegui chegar ao fim de mais uma etapa da minha vida. Sou grata a Deus por ter a oportunidade de tê-los como genitores.

Obrigada ao meu namorado, que há alguns anos me incentiva a crescer profissional e pessoalmente. Seu bom-humor foi minha fonte de descanso para as horas fatigantes.

Agradeço imensamente a minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Maria da Glória Costa Gonçalves de Sousa Aquino por ter me acompanhado, me direcionado e me motivado durante toda esta pesquisa. Sua dedicação, inteligência e criatividade são referenciais no Departamento de Direito da Universidade Federal do Maranhão como são para mim. Obrigada pela paciência e pelo empenho, professora! Você é exemplo de zelo e competência para mim e para tantos estudantes que tem o privilégio de ser seu aprendiz!

Agradeço à Universidade Federal do Maranhão, por me proporcionar um ambiente criativo e amigável para os estudos. Por transformar a visão que tenho do mundo. Ainda mais, por possibilitar conhecer pessoas incríveis, em especial a minha turma do curso de Direito nº 140.

Por fim, agradeço a todos que direta e indiretamente me apoiaram e me impulsionaram ao longo desta caminhada rumo à conclusão desta monografia. Obrigada, de coração! Que Deus abençoe a cada um!

Para minhas avós, dona Toinha Azevêdo e dona Socorro Bastos. (*in memoriam*).

“Ele mostrou a você, ó homem, o que é bom e o que o Senhor exige:
pratique a justiça, ame a fidelidade e ande humildemente com o seu Deus”.

(Miquéias 6.8)

RESUMO

O escopo do presente artigo debruça-se em analisar o instituto da mediação judicial e sua contribuição à consecução do acesso à justiça. Historicamente, o sistema processual brasileiro se rege sob a cultura adversarial, entre outras palavras, necessita da lógica em que se acredita ter uma parte perdedora e outra ganhadora. Assim, os limites do processo são construídos como um campo de combate entre os envolvidos, se buscando, em todo momento, o desgaste do outro. Assim, se demonstra, em um primeiro momento, que o processo judicial, é mecanismo de insatisfação, porquanto não consegue responder de forma eficaz a realidade particular de cada caso concreto posto à apreciação. Nessa perspectiva, é visto uma busca aos métodos alternativos de resolução de conflito com a intenção de atender um jurisdicional carente do diálogo e de uma participação efetiva no resultado final do processo. Almejando uma transformação, o Poder Judiciário estimulou uma reforma institucional que teve por objetivo absorver os novos mecanismos de acesso à justiça, como exemplo a mediação. Entretanto, ao lançar mão dessa ferramenta, o sistema enrijecido do Poder Judiciário não atendeu aos requisitos necessários para uma correta aplicação, principalmente quanto aos princípios que regem a mediação, resultando em uma mitigação do princípio do acesso à justiça

Palavras-chave: mediação judicial; poder judiciário; interpretação; acesso à justiça.

ABSTRACT

The scope of this article is to analyze the institute of judicial mediation and its contribution to the achievement of access to justice. Historically, the Brazilian procedural system is governed by the adversarial culture, among other words, it needs the logic in which it is believed to have one losing party and another winning. Thus, the limits of the process are constructed as a field of combat between the involved, if seeking, at all times, the wear and tear of the other. Thus, it is demonstrated, at first, that the judicial process is a mechanism of dissatisfaction, because it can not respond effectively to the particular reality of each concrete case being considered. From this perspective, a search is made for alternative methods of conflict resolution with the intention of attending to a judicial one lacking dialogue and an effective participation in the final outcome of the process. Striving for a transformation, the Judiciary encouraged an institutional reform that aimed to absorb the new mechanisms of access to justice, such as mediation. However, by using this tool, the rigid system of the Judiciary did not meet the requirements for a correct application, mainly regarding the principles governing mediation, resulting in a mitigation of the principle of access to justice.

Keywords: judicial mediation; judicial power; interpretation; access to justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADR	<i>Alternative Dispute Resolution</i>
Art.	Artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
Inc.	Inciso
MASC	Meios Alternativos de solução de conflito
Nº	Número
Pág.	Página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	12
2	A MEDIAÇÃO INSERIDA NO DIREITO	13
2.1	Aspectos histórico	14
2.1.1	A mediação numa perspectiva brasileira	16
3	DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO	21
3.1	Mediação e o sistema processual	22
3.2	Mediação x conciliação: semelhanças e distinções.....	24
3.2.1	Semelhanças	25
3.2.2	Distinções	26
3.3	Modelos de Mediação	28
4	A MEDIAÇÃO PERANTE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA	32
4.1	Parâmetros principiológicos	34
4.2	Parâmetros jurisprudenciais	35
4.3	Perspectivas e desafios para o novo paradigma da responsabilização civil	37
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	41
	REFERÊNCIAS.....	42

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa à análise do instituto da mediação na sua modalidade judicial como um meio de alcançar o acesso à justiça. Para tanto, foram realizadas pesquisas bibliográficas e legislativas para perquirir a fundamentação legal, histórica e social do instituto, sua aplicação, sua amplitude e sua eficácia ambientada no Poder Judiciário.

Para debater a respeito da referida hipótese, são apresentados no segundo capítulo deste trabalho tanto as raízes históricas como as legislativas que influenciaram a base da mediação no sistema judiciário. No mesmo capítulo, é apresentada essa evolução sob dois ângulos: no aspecto mundial e no aspecto brasileiro. Ademais, são evidenciadas as finalidades do Direito na sociedade e sua função social.

No terceiro capítulo os aspectos conceituais da mediação, seus elementos ou pressupostos, as modalidades, bem como os objetivos da Lei nº 13.140/2015. Primeiramente, são examinados conceito e previsão legal do instituto, com a apreciação dos textos da norma. Outrossim, são examinados os pressupostos da mediação fazendo a diferenciação com o instituto da conciliação, que também é um método alternativo de resolução de disputa. Além disso, pontuam-se todas as modalidades da mediação, conforme a doutrina define, explicando suas origens e d.

Por fim, no capítulo quarto são indicados os limites principiológicos para orientar a forma correta da aplicação da mediação no sistema de justiça brasileiro. São delineados os principais desafios impostos à aplicação *in concreto* das ferramentas mediativas na busca ao acesso à justiça. Conclui-se que a modalidade de mediação judicial não pode ser considerada um instrumento de acesso à justiça, já que ao ser aplicada pelo Judiciário, não são respeitados todos os seus princípios.

2 A MEDIAÇÃO INSERIDA NO DIREITO

Não existe direito em uma situação hipotética onde um ermitão vivesse em local deserto, sem convívio com mais ninguém e sem subordinação a um Estado soberano.

Direito e sociedade são entidades congênicas e que se pressupõem. O Direito não tem existência em si próprio. Ele existe na sociedade. A sua causa material está nas relações de vida, nos acontecimentos mais importantes para a vida social. A sociedade, ao mesmo tempo, é fonte criadora e área de ação do Direito, seu foco de convergência. Existindo em função da sociedade, o Direito deve ser estabelecido à sua imagem, conforme as suas peculiaridades, refletindo os fatos sociais (NADER, 2014, p. 57).

A correlação entre direito e sociedade se dá na função coordenadora que o primeiro exerce sobre o segundo. Seria então o direito a organizar os interesses demonstrados em sociedade, de modo que as pessoas cooperem entre si e a haja disciplina na composição dos conflitos existentes entre os integrantes.

Portanto, no aspecto sociológico, o Direito é visto como um dos instrumentos do controle social. Este, por sua vez, é a reunião de instrumentos de que a sociedade dispõe em sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que cultiva, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhes são próprios. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO; 2014, p. 37-38).

A característica do direito como regulador da cooperação entre as pessoas e apto à distribuição de bens a elas não impede ou elimina o surgimento dos conflitos que entre elas podem ter.

Em relação ao conflito, a ação do Direito se opera em duplo sentido. De um lado, preventivamente, ao evitar desinteligências quanto aos direitos que cada parte julga ser portadora. Isto se faz mediante a exata definição do Direito, que deve ter na clareza, simplicidade e concisão de suas regras, algumas de suas qualidades. De outro lado, diante do conflito concreto, o Direito apresenta solução de acordo com a natureza do caso, seja para definir o titular do direito, determinar a restauração da situação anterior ou aplicar penalidades de diferentes tipos. O silogismo da sociabilidade expressa os elos que vinculam o homem, a sociedade e o Direito: *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus; ergo, ubi homo, ibi jus* (onde o homem, aí a sociedade; onde a sociedade, aí o Direito; logo, onde o homem, aí o Direito) (NADER, 2014, p. 56-57).

A superação dos conflitos decorrentes da vida em sociedade pode se dar por obra de um ou de ambos os sujeitos das partes conflitantes, ou ainda por ato de um terceiro alheio. Quando há intervenção do terceiro, ela se qualifica como mediação,

conciliação ou processo (estatal ou arbitral).

2.1 Aspecto histórico

A sociedade e o direito são estudados paralelamente, pois são dependentes um do outro.

É como fruto das relações interpessoais em sociedade que o conflito pode ser entendido. Buscando-se, assim, ferramentas eficazes para consecução da pacificação social.

A Mediação surgiu fruto da procura pelo acesso à justiça. Sua origem foi um processo sociocultural espontâneo e natural e, portanto, sempre atuante na sociedade por ser um método autocompositivo, ou seja, desde que utilizado o diálogo, as próprias partes litigantes podem chegar a um consenso.

Entretanto, com a evolução da sociedade surgiu a figura estatal e com seu fortalecimento, consagrou-se a ideia dele ter quase absoluta exclusividade no exercício da função social pacificadora.

Estando concentrada a demanda das resoluções dos conflitos no sistema judiciário, o mesmo passou a apresentar falhas na prestação do serviço por não conseguir julgar todos os processos com a celeridade exigida. Logo, retomou-se a ideia da utilização de outras ferramentas que auxiliassem a exercer o direito à justiça.

O Manual da Mediação (2015), criado pelo CNJ, aborda o momento histórico da inserção desses procedimentos como forma de emprestar efetividade ao sistema.

A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa (p. 18).

Na década de 70, a discussão sobre a crise da Justiça se intensou por meio de uma pesquisa feita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth – inscitos na Universidade de Florença e de Stanford, respectivamente – ao apontarem as causas da decadência sistema

processual e os empecilhos ao acesso à justiça, todos reunidos em uma obra denominada “Acesso à Justiça”.

“Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso – a primeira “onda” desse movimento novo – foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar *representação jurídica para os interesses “difusos”*, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro – e mais recente – é que nos propomos a chamar simplesmente “*enfoque de acesso à justiça*” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo articulado e compreensivo” (CAPPELLETT, 1988, p. 31).

Determinando três causas à crise da jurisdição estatal, identificou-as como:

(i) o elevado custo que o processo judicial exige para ser conduzido; (ii) a existência de direitos difusos e coletivos da sociedade necessita de tratamento especializado, que é incompatível com a visão tradicional e generalizada do processo judicial e (iii) há conflitos que precisam ser resolvidos com certa dinamicidade, portanto o formalismo processual não é o mais adequado para sua pacificação.

Respondendo aos problemas, os autores de “Acesso à Justiça” propuseram três possíveis soluções que atendem também pelo nome de “ondas renovatórias”, organizadas na mesma em ordem estabelecida acima: (i) assistência judiciária gratuita a quem necessitar; (ii) atenção aos interesses metaindividuais e (iii) aperfeiçoamento do instrumentos já utilizados e proposta de utilização dos outros mecanismos além do processo jurisdicional.

A expressão “acesso à justiça” por muito tempo foi entendida apenas como acesso aos tribunais, já que a Constituição brasileira prevê a inafastabilidade do controle jurisdicional e a garantia da via judiciária. Entretanto, os doutrinadores Cappelletti e Garth, ao tratarem do tema “acesso à justiça”, citam os seus principais obstáculos, como sendo: a onerosidade das custas judiciais, a demora na prestação jurisdicional, a hipossuficiência inclusive intelectual – dos possíveis litigantes, o excesso de formalismos e procedimentos complicados.

Tendo em vista este cenário, os doutrinadores sugerem algumas soluções para se efetivar o acesso à justiça, por meio do que denominam de ondas: 1ª onda: assistência judiciária – prevê três importantes modelos jurídicos voltados à assistência dos indivíduos de baixa renda; 2ª onda: representação jurídica para os interesses difusos – busca a justiça de interesses públicos, por meio da representação de direitos coletivos; 3ª onda: enfoque de acesso à justiça – visa ampliar a concepção de acesso à justiça, dando-lhe um novo olhar; inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, por meio de advogados particulares ou públicos.

A terceira onda propõe um amplo e moderno programa e reformas do sistema processual que se viabilizassem por intermédio da criação de outros meios alternativos de solução de conflitos (substitutivos jurisdicionais, equivalentes jurisdicionais), da implantação de tutelas jurisdicionais diferenciadas e de reformas pontuais no sistema processual, a fim de torná-lo mais ágil, eficiente e justo (MANUAL DE MEDIAÇÃO DE CONFLITOS PARA ADVOGADOS, 2014, p.

21-22).

Dessa forma, as terminologias “métodos alternativos de solução de conflitos” (MASC), “meios adequados de resolução do conflito” (MASC), “resolução apropriada de disputas” (RAD), em inglês “*alternative dispute resolution*” (ADR) foram enfatizadas como fenômenos frutos da percepção da 3ª Onda Renovatória, que até hoje precisa ser executada de forma efetiva.

O atual cenário pode ser resumido nas palavras do Ministro Cezar Peluzo (2010), a seguir expostas:

O mecanismo judicial, hoje disponível para dar-lhes resposta, é a velha solução adjudicada, que se dá mediante produção de sentenças e, em cujo seio, sob influxo de uma arraigada cultura de dilação, proliferam os recursos inúteis e as execuções extremamente morosas e, não raro, ineficazes. É tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. Noutras palavras, é preciso institucionalizar, no plano nacional, esses meios como remédios jurisdicionais facultativos, postos alternativamente à disposição dos jurisdicionados, e de cuja adoção o desafogo dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos processos, que já serão avanços muito por festejar, representarão mero subproduto de uma transformação social ainda mais importante, a qual está na mudança de mentalidade em decorrência da participação decisiva das próprias partes na construção de resultado que, pacificando, satisfaça seus interesses (p. 10).

2.1.1 A mediação numa perspectiva brasileira

O processo de superação da judicialização dos conflitos no Brasil está sendo mais lento do que o panorama internacional. Entretanto, pode ser percebido que já há um movimento que vai de encontro com essa tradição, inclusive com amparo legal.

Os anos 80 foram influenciados pelo movimento de acesso à justiça propagado mundialmente. Assim, diversas leis cuidaram de se atualizar para serem receptivas a ele, dando oportunidade a novidades como a criação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas, instituído pela Lei 7.244, de 07/11/1984, e primordialmente, intencionado para que as partes se conciliassem.

Importante destacar que nesse primeiro momento, a conciliação e a mediação eram tratadas como sinônimos. Posteriormente, a doutrina e em seguida a Lei 13.140/2015 trataram sobre essa distinção, o que merecerá especial atenção no próximo capítulo, pois esta dissertação tem por objetivo a análise apenas da mediação.

Assim, pode-se afirmar que a atual Constituição da República Federativa de 1988 seguiu a tendência mundial ao consagrar a garantia do princípio de acesso à Justiça

por meio inciso XXXV, do artigo 5º.

Foram essenciais as contribuições estabelecidas pela Resolução nº 125, de 29/11/10, do Conselho Nacional de Justiça; pela Lei 13.105 (Código de Processo Civil), de 16/03/15, e pela lei 13.140 (Lei da Mediação), de 26/06/15.

A Resolução nº 125 “dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, designando a implementação dos métodos consensuais de solução de controvérsias como Política Pública.

Seus objetivos estão elencados nos artigos: i) propagar a cultura da pacificação social e intensificar a execução de serviços autocompositivos de qualidade (art. 2º); ii) estimular os órgãos judiciais na organização e planejamento de programas amplos de autocomposição (art. 4º); iii) ratificar o papel de agente apoiador da aplicação de políticas públicas do CNJ (art. 3º).

A importância da Resolução – com a redação dada pela Emenda nº 01/2013 e pela Emenda nº 02/2016 – pode ser entendida pela reprodução dos *considerandos*, senão vejamos:

“CONSIDERANDO que compete ao Conselho Nacional de Justiça o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância do art. 37 da Constituição da República;

CONSIDERANDO que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social são objetivos estratégicos do Poder Judiciário, nos termos da Resolução/CNJ nº 70, de 18 de março de 2009;

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, 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;

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; CONSIDERANDO 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 no país tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças; CONSIDERANDO ser imprescindível estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais;

CONSIDERANDO a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para lhes evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para segmento da Justiça; CONSIDERANDO que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos deve servir de princípio e base para a criação de Juízos de resolução alternativa de

conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria;
 CONSIDERANDO o deliberado pelo Plenário do Conselho Nacional de Justiça na sua 117ª Sessão Ordinária, realizada em de 23 de 2010, nos autos do procedimento do Ato 0006059-82.2010.2.00.000”.

Nesse sentido, a Resolução transmite a ausência de tribunais e magistrados que abordem solução de problemas ou efetivos pacificadores – deve ser questionado no Poder Judiciário menos a respeito de como se deve sentenciar em tempo hábil e mais sobre como será resolvida determinada questão de forma que os direitos que estão sendo questionados sejam analisados eficientemente, com maior satisfação do jurisdicionado e no menor prazo.

A forma mais eficiente de compor o conflito se torna uma preocupação, uma vez em que essa escolha demonstra o grau de efetividade do sistema de resolução de conflitos, percebendo o operador do direito também deve ser visto como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos.

A Resolução propõe um verdadeiro divisor de águas na história do Judiciário, que até então sempre teve suas raízes fincadas na sentença, por meio da resolução adjudicada dos conflitos.

Para Daniela Monteiro Gabbay (2011), a institucionalização dos meios alternativos de resolução dos conflitos pode ser assim definida:

[...] implementação, regulação e suporte conferidos pelo Poder Judiciário quer antes do processo judicial, quer incidentalmente a ele (mediação pré-processual e processual). Isso implica em sua instituição formal por alguma norma (portaria, provimento, resolução, decreto ou lei) com regras acerca de seu procedimento e funcionamento, existência de orçamento específico, capacitação de recursos humanos e provimento de cargos para os programas, buscando que a sua continuidade não dependa apenas da iniciativa individual de alguns atores, como do juiz no gerenciamento de processos e do Presidente do Tribunal no exercício de sua gestão e mandato (p. 64-65).

Nesse contexto, o CNJ na mesma época que deu novas diretrizes à conciliação e a mediação no Brasil por meio da Resolução nº 125/2010, propôs no Senado, o Projeto de Lei nº 166/2010. O projeto inicial sofreu modificações e resultou no Projeto Substitutivo nº 8.046/2010, na Câmara dos Deputados, mas em 17 de dezembro de 2014, após retornar ao Senado, foi aprovado pelo Poder Legislativo se tornando o Novo Código de Processo Civil – com período de *vacatio legis* concluído em março de 2016.

Quando a Comissão concluiu o projeto do Novo Código de Processo Civil Brasileiro, anexou ao documento uma carta do seu Presidente, Ministro Luiz Fux, e uma

exposição de motivos conjunta. A carta assinada pelo presidente da comissão continha em desabafo com a morosidade do Judiciário. E esclareceu que o desafio autoimposto pela Comissão foi resgatar a crença no judiciário e tornar realidade a promessa constitucional de uma justiça pronta e célere.

O Novo CPC foi ao encontro dos anseios do CNJ, ao estimular o que este chamou de Cultura da Paz, destacando a Mediação e Conciliação como instrumentos de solução de conflitos de forma célere e eficiente. Todavia, o novo momento exige mudança de postura e ações efetivas por parte do Poder Público para dar o mínimo de suporte material, estímulo, treinamento, inclusive com a previsão de remuneração dos mediadores e conciliadores, sob pena de perecer todo o esforço legislativo até então empreendido.

Nas palavras de Fredie Didier Júnior (2015, p. 273) o Poder Legislativo tem incentivado a autocomposição e o CPC consubstancia essa tendência. O Código (i) concede à mediação e à conciliação um capítulo completo (arts. 165-175); (ii) possibilita a tentativa de autocomposição antes da apresentação da defesa do réu (arts. 334 e 695); (iii) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III; art. 725, VIII); (iv) autoriza a modificação do objeto litigioso ao elaborar o acordo judicial (art. 515, §2º); (v) permite acordos processuais quanto às suas regras de procedimento (art. 190).

Dessa forma, pela primeira vez, o direito processual é organizado a fim de estimular a autocomposição. Como registrado no §§2º e 3º do art. 3º do CPC:

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

(...)

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

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

A inovação processual oportunizou a inclusão dos mediadores e conciliadores no rol dos auxiliares da justiça, juntamente com o perito, o oficial de justiça, o escrivão, etc. (art. 149). O que concede aos mediadores e conciliadores uma posição de destaque na sua atuação e paridade de tratamento e importância com os demais auxiliares da justiça. O que significa que os mediadores e conciliadores estão sujeitos às hipóteses de impedimento e suspeição aplicadas aos auxiliares em geral (art. 170 e ss.) e, portanto, responderão a processo administrativo caso se verifique que tenham agido com culpa ou

dolo na condução da mediação/conciliação.

Com clareza, é possível identificar ainda como objetivo a profissionalização dos mediadores e conciliadores, atribuindo essa função a pessoas com preparo específico para a aplicação de técnicas de negociação e aproximação entre partes conflitantes o que gerou diversas consequências como a necessidade da criação cursos de capacitação voltado para este público e autorização estatal para que instituições capacitadas possam ofertar essa qualificação técnica.

Nesse sentido, os resultados podem ser elencados como (i) o dever dos Tribunais de criarem Centros Judiciários de Solução de Conflito, que podem criar o cargo público de conciliador/mediador ou podem montar um quadro composto por mediadores/conciliadores independentes, que não são funcionários públicos, desde que essas pessoas preencham o requisito da capacitação mínima; (ii) a preocupação em deixar claro que a atividade de mediador e conciliador deve ser remunerada: se for funcionário público receberá sua remuneração como qualquer funcionário público e ocupará o cargo através de concurso público de provas e títulos (art. 169, § 6º), contudo não exclui a possibilidade de utilização de mediação voluntária (gratuita).

A opção do Código foi aproximar os métodos do Sistema de Justiça, composta por defensores públicos, advogados, juízes e promotores, todos os colaboradores da Justiça, estruturando a mediação no curso do processo judicial. Mas, também, não impede a mediação prévia ou mesmo a possibilidade de utilização de outros meios para resolver os conflitos (art. 175).

Em paralelo, a Lei de Mediação, ao mesmo tempo, que busca assistir as instituições privadas de Mediação que desejam ter espaço no cenário nacional, atende também ao trabalho dos organismos da sociedade civil, como a Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público e Defensoria Pública.

Conferindo um novo *status* para o instituto estudado, aumentaram-se as possibilidades de sua utilização como meio efetivo e a mediação teve finalmente sua repercussão social, gerando consequências positivas quanto à mudança cultural e a ruptura de alguns paradigmas tradicionais que carregavam o preconceito de sua utilização na sociedade.

Sobre a regulamentação da Mediação, há de se refletir sobre a intenção do legislador ao fazê-la. O art.1º, parágrafo único da Lei 13.130/15 considera a mediação como “a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver

soluções consensuais para a controvérsia”.

No recorte acima, percebe-se o objetivo do legislador em deixar claro que a mediação não pode ser definida como uma intuição ou habilidade pessoal. Ela deve ser estudada e aplicada, ou seja, há regras que a caracterizam e apenas com a utilização delas é que deve ser reconhecida a sua técnica.

Outra importante observação é que ninguém é obrigado a permanecer em procedimento de mediação (§ 2º do art. 2º da Lei), a não ser em virtude de cláusula de mediação prevista em contrato (§ 1º do art. 2º da Lei). A mediação, para funcionar, deve ser algo querido, desejado pelas partes e, portanto, voluntário.

Poderão ser criadas câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades pelos órgãos e entidades da administração pública reguladas ou supervisionadas (art. 43).

É possível fazer mediação pela *internet* ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo (art. 46 da Lei).

Importante frisar que existem duas modalidades de mediação previstas na Lei nº 13.140/2015: a mediação extrajudicial e a mediação judicial – as quais serão distinguidas no próximo capítulo.

Assim, conclui-se que com a sanção da Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação), a mediação ganhou um marco legal próprio, vez que a citada lei regulamenta a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias, e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, reafirmando a política dos métodos consensuais como instrumento eficaz para alcançar a pacificação social.

3 DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS DA MEDIAÇÃO

Enquanto grande inovação a Mediação foi disciplinada pela Lei 13.140/2015 e definida como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Lei 13.140/2015, art. 1º, parágrafo único).

A mediação pode ser definida como uma transação intermediada por um terceiro. Há autores que sugerem que a mediação se trata de um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se

chegar a uma composição (FREITAS; SÉRGIO, 2016).

Compreende um método de resolução de conflitos composto por vários momentos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (AZEVEDO, 2015, p.20).

Pode-se dizer que a mediação é um processo transdisciplinar. “A arte que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito e induzi-las a perceber no conflito a oportunidade de encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas” (BACELLAR, 2003).

No entanto, alguns aspectos relativos à aplicação do instituto são diferentes e merecem especial atenção dos operadores do direito. Passa-se à análise de tais especificidades.

3.1 Mediação e o sistema processual

Como mencionado anteriormente, há dois tipos de mediação: a judicial e a extrajudicial. A Lei de Mediação nº 13.140/2015 descreve as duas modalidades como sendo um método de resolução de conflito, conduzido por terceiro imparcial e sem poder de decisão, escolhido ou aceito pelas partes, determinado a auxiliá-las na identificação da causa ou na criação de resoluções que sirvam de comum acordo na divergência (parágrafo único do art. 1º Lei de Mediação).

A mediação judicial é uma técnica endoprocessual, ou seja, trata-se daquela que ocorre dentro do processo. Ela é ofertada logo no início à lide, se a petição inicial preencher todos os requisitos (art. 27 da Lei nº 13.140/2015). O método de mediação, só não ocorrerá se ambas as partes manifestarem desinteresse na autocomposição ou a divergência não admitir composição consensual (Lei nº 13.105/2015, art. 334, § 4º).

Já a mediação extrajudicial, também regularizada pela lei nº 13.140/2015, permite que as partes recorram ao método de mediação antes mesmo da existência da lide, ou seja, cabe as elas optar por utilizar a técnica como método de resolução de conflito, ainda que seja em instituição privada, conselhos ou associações.

Entretando, a mediação como parte do processo merece especial atenção. Pois como escreveu Kazuo Watanabe (2011).

[...] cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação (p. 04).

Indo além, Kazuo Watanabe afirma que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser analisado como um direito de acesso à ordem jurídica justa, dessa forma compreendido como aquele que garanta não apenas um acesso formal aos órgãos judiciários, mas um acesso que permita um tratamento e resolução adequada do conflito por parte do Poder Público e do Poder Judiciário.

Com isso, deve-se criar uma verdadeira política pública judiciária, que cuide sim dos processos, mas principalmente dos meios alternativos de solução de conflitos.

É possível dizer que esse novo acesso à justiça será efetivo se os tribunais redefinirem a atuação do poder judiciário. Saindo de um papel judicatório para um que se demonstre harmonizador. A intenção é estabelecer uma nova face ao judiciário para que este seja um espaço onde pessoas possam buscar e encontrar suas soluções – um centro de harmonização social.

Ao mesmo tempo em que o legislador assegura o acesso irrestrito à justiça, preconiza também as virtudes da solução consensual dos conflitos, atribuindo ao Estado o encargo de promover essa prática pacificadora, sempre que possível (NCPC, art. 3º, § 2º). Nessa linha de política pública, recomenda que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (NCPC, art. 3º, §3º). Não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível (THEODORO JR., 2017, p. 125-126).

Pode-se afirmar que o Conselho Nacional de Justiça tem envidado esforços para modificar a aparência do Poder Judiciário apresentada ao jurisdicionado. Almeja identificá-lo como um órgão mais ágil e solucionador de conflitos, mas principalmente como um meio de soluções efetivas. Ou seja, procura mudar o rosto do Poder Judiciário.

As pesquisas sobre o Poder Judiciário têm apontado que o jurisdicionado percebe os tribunais como locais onde estes terão impostas sobre si decisões ou sentenças. De fato, essa tem sido também a posição da doutrina, se sustenta que de um lado cresce a percepção de que o Estado tem falhado na sua missão pacificadora em

razão de fatores como, entre outros, a sobrecarga dos tribunais, as elevadas despesas com os litígios e o excessivo formalismo processual; por outro lado, tem se aceitado o fato de que escopo social mais elevado das atividades jurídicas do Estado é harmonizar a sociedade mediante critérios justos, e, ao mesmo tempo, apregoa-se uma “tendência quanto aos escopos do processo e do exercício da jurisdição que é o abandono de fórmulas exclusivamente positivadas” (CNJ; AZEVEDO, 2015, p. 34).

A expressão original utilizada por Antônio Cândido Rangel (2000, p.157) é “abandono de fórmulas exclusivamente jurídicas”, entretanto, entende-se por mais apropriado a indicação de que a autocomposição, com a sua respectiva técnica, consiste em um instrumento jurídico como afirmam as novas concepções do Direito doutrinário apresentadas, entre os autores se destaca Boaventura de Souza Santos (1988), segundo o qual

concebe-se o direito como o conjunto de processos regularizados e de princípios normativos, considerados justificáveis num dado grupo, que contribuem para a identificação e prevenção de litígios e para a resolução destes através de um discurso argumentativo, de amplitude variável, apoiado ou não pela força organizada (p. 72).

Ao ser analisado o conceito da expressão utilizada por Boaventura, “abandono de fórmulas exclusivamente positivadas”, entende-se que o proposto é a inserção processual de mecanismos processuais e pré-processuais que efetivamente complementem o sistema instrumental no nosso ordenamento jurídico, buscando se chegar ao ápice de seus escopos fundamentais ou, até mesmo, atingir metas que no processo heterocompositivo judicial não são aspiradas diretamente.

A finalidade da mediação é desvendar os interesses (lide sociológica) que de regra estão encobertos pelas posições (lide processual).

Portanto, com a mediação, é possível o conhecimento global da causa e a resolução integral do conflito, preservando-se o relacionamento entre os litigantes.

3.2 Mediação x conciliação: semelhanças e distinções

Tanto a mediação quanto a conciliação são processos que se inserem nos métodos consensuais na forma autocompositiva. Ambas são formas de solução de conflito pelas quais um terceiro intervém em um processo negocial e podem ser chamadas de ADR (*alternative dispute resolution*).

Cada um dos processos, métodos e técnicas tem suas próprias características e carrega traços que misturados, inter-relacionados, ou aplicados em conjunto podem

levar ao equívoco.

Alguns tribunais têm procurado preservar em seus serviços de atendimento o adequado sigilo e têm procurado aumentar o tempo destinado às conciliações, agregando as ferramentas da mediação ao ambiente da conciliação perante o Poder Judiciário.

Esse inter-relacionamento das ferramentas da mediação que inspiram o método consensual, longe de equipar ou confundir a mediação com a conciliação, na prática, tem-nas aproximado em suas características.

3.2.1 Semelhanças

A mediação e conciliação podem ocorrer judicialmente e extrajudicialmente, quando ainda não existe o processo jurisdicional. Ratificando o já abordado, no primeiro caso o mediador ou conciliador ficará equiparado aos auxiliares de justiça e estarão sob as mesmas normas aplicadas aos mesmos.

Os dois institutos também são regidos pela comunhão de alguns princípios, quais sejam: (a) da independência; (b) da imparcialidade; (c) o autorregramento da vontade; (d) da normalização do conflito; (e) da confidencialidade; (f) da oralidade; (g) da informalidade e (h) da decisão informada segundo o artigo 166 do Código de Processo Civil.

O princípio da independência defende que a atuação do profissional deve ser livre de interferência interna ou externa, ou seja, não pode ser pressionado para seguir com determinado caminho do processo da resolução. Dessa forma, ele deve agir autonomamente, alheio a vontades das partes, podendo suspender a sessão a qualquer momento que julgar necessário ou não sendo obrigado a redigir acordo ilegal ou inexecutável (art. 1º, V, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais parte anexa à Resolução n 125/2010 – CNJ).

A imparcialidade consiste na característica que o mediador e conciliador devem ter sobre a ausência de interesses no conflito, não concedendo privilégio a nenhum dos lados. A ideia reflete o princípio da impessoalidade decorrente da Administração Pública (art. 37, caput, da CF/88).

Sobre o autorregramento da vontade, consiste na proibição do terceiro interventor agir com coação de modo que constranja os mediandos a realizarem a autocomposição. A confiança é elemento essencial tanto na técnica da mediação como da conciliação e ela é sedimentada no respeito à vontade das partes.

Essa premissa é de suma importância, pois acredita que as partes devem encontrar um ambiente propício para que elas mesmas definam a melhor solução ao conflito, sendo este conceito parte da definição do instituto em análise nesta dissertação. Ele se desdobra na autonomia que as partes têm para definirem as regras procedimentais da mediação ou conciliação (art. 166, § 4º do CPC).

Ainda sobre os princípios, tem-se o da confidencialidade que se estende a todas as informações abordadas no decorrer do procedimento, pois se tem expressa vedação legal assegurando a não divulgação das mesmas, a não ser sob autorização dos mediandos (art. 166, §1º).

Quanto à informalidade e à oralidade, ambos contribuem para dar celeridade ao processo de mediação e conciliação. Orientam que não há necessidade da utilização de um ritual formal nos procedimentos, assim é mais adequado ao mediador e ao conciliador uma linguagem mais acessível e simples e não usar roupas solenes – simbólicas na jurisdição – para tornar o ambiente convidativo à participação das partes.

O princípio da decisão informada se trata acerca da informação qualificada que o terceiro interventor tem o dever de conceder aos mediandos envolvendo a completa compreensão do problema e a consciência das consequências que o acordo pode gerar.

Assim, ainda que notoriamente sejam formas consensuais de solução de conflitos diferentes, a mediação e a conciliação são informadas pelos mesmos princípios, concentrados no art. 166 do Novo CPC. O dispositivo é bastante próximo do art. 1º do Anexo III da Resolução 125/2010 do CNJ, ainda que não traga entre os princípios o da competência, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

3.2.2 Distinções

Entre as muitas diferenças entre o procedimento da conciliação e o procedimento da mediação é que a primeira é mais adequada para relações mais simples de um único vínculo e a segunda para as relações multiplexas.

Quanto à natureza da relação, a conciliação está mais voltada para solucionar situações circunstanciais, por exemplo, uma indenização por acidente de veículo, em que as partes são alheias umas as outras (tendo como única ligação o incidente); nesse caso, solucionado o conflito e se obtendo um acordo entre as partes, estas não irão manter qualquer outro tipo de relacionamento.

Ao contrário da mediação que é recomendável para ocasiões em que há

multiplicidade de vínculos, sejam eles familiares, de amizade, de vizinhança, decorrentes de relações comerciais, trabalhistas, consumerista.

Sendo mais adequada para relações multiplexas, procura a mediação preservar as relações, bem como permitir a manutenção dos demais vínculos que continuam a se desenvolver com naturalidade, durante e após a discussão da causa, independentemente do acordo.

Daniel Amorim Assumpção aborda no seu livro Manual de Processo Civil que a natureza do conflito influencia diretamente na escolha da melhor opção a ser utilizada para resolver um conflito.

A última diferença entre a mediação e a conciliação (autocomposição) está consagrada nos §§ 2º e 3º do art. 165 do Novo CPC e versa sobre as espécies de litígios mais adequados para a atuação do conciliador e do mediador.

O conciliador deve atuar preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes. Significa dizer que a conciliação é mais adequada para conflitos de interesses que não envolvam relação continuada entre as partes, que passaram a manter um vínculo justamente em razão da lide instaurada, como ocorre numa colisão de veículos. Ou ainda para aquelas partes que têm uma relação anterior pontual, tendo a lide surgido justamente desse vínculo, como ocorre num contrato celebrado para a compra de um produto ou para a prestação de um serviço. Já o mediador deve atuar preferencialmente nos casos em que tiver havido liame anterior entre as partes. São casos em que as partes já mantinham alguma espécie vínculo continuado antes do surgimento da lide, o que caracteriza uma relação continuada e não apenas instantânea entre elas, como ocorre no direito de família, de vizinhança e societário (ASSUMPÇÃO, 2017, p.65).

Quanto à finalidade, a conciliação tem por propósito o acordo, e sendo judicial, almeja a extinção do processo também, de preferência com resolução de mérito através da transação (concessões mútuas para prevenir ou evitar litígios).

Já a mediação tem o objetivo de descobrir os interesses ocultos, ou seja, os desejos e/ou as necessidades (lide sociológica) que fica camuflado por trás das posições (lide processual). Encontrando os verdadeiros interesses, o acordo surge espontaneamente.

Quanto à posição do terceiro atuante no processo, na conciliação é possível ao terceiro intervir no mérito do acordo, orientando as partes e sugerindo soluções, sendo, portanto, uma participação mais voltada ao mérito do conflito e mais superficial a respeito das relações e a investigação dos interesses.

Importante observar que não há necessidade dos conciliadores e dos mediadores serem advogados. As técnicas de conciliação e mediação não dependem de conhecimento jurídico, sendo imprescindível que, além de operadores do Direito, outros

profissionais, em especial aqueles acostumados a lidar com pessoas e conflitos entre eles, possam atuar como mediadores e conciliadores.

A conciliação concentra-se nas questões contraditórias que foram objetos da controvérsia.

Na mediação, o terceiro apenas conduz a comunicação, procurando identificar de forma abrangente os interesses e aprofundar as relações, sem limitação de matéria ou restrição de tempo, questionando criativamente as partes a fim de que elas mesmas possam encontrar as soluções desejadas.

Fredie Didier Júnior (2015) se posiciona sobre tema, com as seguintes observações:

O conciliador tem uma participação mais ativa no processo de negociação, podendo, inclusive, sugerir soluções para o litígio. A técnica da conciliação é mais indicada para os casos em que não havia vínculo anterior entre os envolvidos.

O mediador exerce um papel um tanto diverso. Cabe a ele servir como veículo de comunicação entre os interessados, um facilitador do diálogo entre eles, auxiliando-os a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam identificar, por si mesmos, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Na técnica da mediação, o mediador não propõe soluções aos interessados. Ela é por isso mais indicada nos casos em que exista uma relação anterior e permanente entre os interessados, como nos casos de conflitos societários e familiares. A mediação será exitosa quando os envolvidos conseguirem construir uma solução negociada do conflito.

Os §§2º e 3º do art. 165 do CPC ratificam essa diferenciação: "§2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anteriormente as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem. § 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (p. 276) .

3.3 Modelos de Mediação

As definições aqui já apresentadas buscam tratar da mediação em geral sem especificação de vertentes doutrinárias ou escolas jurídicas de que criaram suas raízes. Mas, as distinções devem ser analisadas conjuntamente, pois são importantes para o melhor conhecimento do tema proposto.

A Mediação da Escola de Harvard pode ser conhecida como mediação linear ou mediação tradicional/clássica também. Segundo essa vertente, a mediação é considerada como um desdobramento da negociação que é baseado em princípios. O processo é estruturado linearmente em fases precisas e tem por finalidade o restabelecimento da comunicação entre as partes para identificar os interesses ocultos

das posições para com isso alcançar um acordo.

1.1.1 Valores e modelos de negociação, consoante a Escola de Harvard.

A negociação, em seu sentido técnico, deve estar baseada em princípios. Deve ser cooperativa, pois não tem por objetivo eliminar, excluir ou derrotar a outra parte. Nesse sentido, ela adota (por definição cooperativa), conforme a natureza da relação interpessoal, um modelo integrativo ou um modelo distributivo.

Quando, então, se aplica um ou outro modelo de negociação? O modelo integrativo é aquele, normalmente, adotado nas parcerias, alianças, relações de interdependência, em que manter ou conseguir um relacionamento de longa duração é importante. O modelo distributivo é o adotado nas negociações episódicas, sem perspectiva de geração de rede ou parcerias, alianças, relações de interdependência, etc. A mediação seria um terceiro modelo de negociação cooperativa, denominado negociação com apoio em terceiros.

São, portanto, três modelos básicos de negociação: integrativo (busca-se ampliar, expandir, o campo reconhecido como de interesses comuns); distributivo (busca-se dividir ou trocar entre as partes o campo de interesses em disputa); apoiado em terceiro (busca-se um terceiro, o mediador de confiança, que possa facilitar uma solução).

Na negociação integrativa se prioriza a análise de problemas e oportunidades para a tomada de decisão. É uma negociação que tem a característica de um planejamento compartilhado. Na negociação distributiva os interesses comuns estão subjacentes (VASCONCELOS, 2008, p. 74).

As ideias positivistas foram norteadoras do Programa de Negociação, que inspirou o Modelo Linear. Na sua compreensão, o conflito é comum a todos os homens e causado pelo não atendimento dos interesses divergentes entre as pessoas. Portanto, o conflito é resolvido por meio de uma negociação cooperativa, que implicará na conversão dos interesses divergentes. O fim do conflito se dá pela satisfação concomitante dos interesses em questão.

Entretanto, o processo desde o conflito até a satisfação não é simples. Isso porque, em geral, há uma resistência na comunicação de pessoas conflitantes não sendo possível a identificação dos interesses comuns. Logo, a comunicação é elemento imprescindível para transformação da resistência em cooperação.

A comunicação pode se realizar de duas formas, desde que complementares. A primeira se trata de uma conversação onde o objetivo é ouvir o outro. A segunda, parte da premissa de que é necessário dialogar consigo primeiro para depois se expressar ao próximo.

Logo, o papel do terceiro imparcial (mediador) alheio ao conflito consiste em facilitar a comunicação, conduzindo-a de forma benéfica a ambos os lados. É adotando uma posição de imparcialidade que o mediador melhor realiza a função de introduzir ordem no contexto de caos que se manifesta no conflito.

O modelo de mediação na sua forma linear é adequado nos casos em que

inexiste uma relação continuada no tempo, e a interação entre os mediandos serve para extrair os interesses intrínsecos e convergentes.

A Mediação transformativa, também denominada de modelo de Bush e Folger, que, como o nome já indica, tem por meta substituir a postura adversarial nas relações, ao identificar as necessidades das pessoas e suas capacidades de decisão e escolha, por uma postura colaborativa, recriando seus vínculos, e conseqüentemente, de modo natural, poderá ou não resultar em um acordo.

Em contraposição com a Mediação de Harvard, a Mediação de Bush e Folger se preocupa mais com a possibilidade de transformação do relacionamento conflitivo, enquanto que aquela privilegia uma solução por meio do acordo.

Está fundamentada sob “estratégias de fortalecimento (*empoderamento*) e reconhecimento das partes, bem como na ideia de que o acordo é apenas um possível resultado da mediação” (JONATHAN; AMERICANO, 2016, p. 204).

Nas palavras de Naura dos Santos Americano e Eva Jonathan (2016) a mediação transformativa visa modificar os seres humanos e a sociedade. Assim:

A principal meta do modelo transformativo é dar novas formas ao relacionamento entre as partes; em última análise, a mediação transformativa visa mudar as pessoas, estimulando-as a estabelecer e manter um relacionamento que lhes proporcione satisfação em substituição ao relacionamento causador de mal-estar. Nesse caminho, a mediação transformativa busca fomentar e apoiar oportunidades para o fortalecimento e reconhecimento das pessoas, bem como o seu protagonismo. O propósito é ajudar os envolvidos a assumir um papel ativo no reconhecimento mútuo dos recursos, necessidades e opções, capacitando-os a tomar decisões e realizar mudanças na interação com o outro e em si mesmos, denominadas de crescimento ou desenvolvimento moral (p. 205).

A finalidade dessa escola consiste em trabalhar tanto com a autoconfiança dos mediandos a partir de um fortalecimento próprio como também a empatia, ou seja, ser sensível para com os semelhantes. Tornando-os capazes de lidar com problemas atuais e futuros.

Nesse sentido, o mediador transformativo deve, através da comunicação, fomentar construções positivas para se tornar um processo de construção social que da qualidade à relação.

A Mediação circular-narrativa, podendo ser designada como modelo de Sara Cobb, entende que a mediação deve ser sistêmica com objetivo tanto nas pessoas: suas histórias, relações sociais, quanto no conflito, em que tudo se inter-relaciona mutuamente e não pode ser visto de forma separadamente; ou seja, busca tanto as relações como o

acordo.

Essa linha de pensamento utilizou como parâmetro alguns aspectos presentes na Terapia Familiar Narrativa, desenvolvida por Michael White e David Epston. Sob essa perspectiva, afirma-se que um fato contado se resume a percepção do orador e, portanto não deve ser analisado como verdade absoluta.

Assim o mediador trabalhará com os mediandos de modo que eles reconheçam que sua narrativa não deve ser dominante, já que ela é influenciada pelas suas representações individuais absorvidas ao longo da vida. Dessa forma, são lançadas as incoerências e se possível é encontrado um acordo.

Importante ressaltar que para esse estudo, o acordo não é objetivo e nem mesmo o foco principal. Caso venha ocorrer, é apenas fruto da intervenção da mediação narrativa.

[...] Nesse modelo, a obtenção do acordo deixa de ser o objetivo prioritário para se tornar uma possível consequência do processo circular-narrativo. Parte-se do reconhecimento da importância da arte da conversa – vista como talvez o aprendizado mais transcendental que praticamos. Essa troca nos permite adquirir outros aprendizados. Aprendemos e desenvolvemos a nossa própria arte de conversar com outros seres humanos. Assim, sentir, pensar e fazer se completam em narrações ou histórias. E a mediação é concebida, então, como um processo conversacional, que se dá na comunicação. O único material com que contamos nas mediações é o nosso processo conversacional. Comunicação analógica (não verbal) e comunicação digital (verbal), que se integram no processo de conversar (VASCONCELOS, 2008, p. 80).

Existe ainda uma quarta classificação, denominada Mediação avaliadora ou avaliativa. Esta acredita que o mediador, após seguir todas as etapas, não intervindo no mérito do conflito e buscando as soluções provenientes das propostas dos próprios interessados e na impossibilidade de alcançá-las, pode oferecer, ao final, suas contribuições sobre o caso. O objetivo é facilitar o acordo. Pode ter característica ampla, ou se restringir a um ponto controvertido.

Todavia, conforme afirmação do autor Roberto Portugal Bacellar (2012, p.112), a mediação “é sempre facilitadora: ou é mediação, e o processo se desenvolve sem que o mediador intervenha no mérito do conflito, ou se trata de outro método que pode ser adequado para determinada demanda, mas não deve ser denominado mediação”.

É conveniente salientar que as três primeiras modalidades estudadas (a da escola de Harvard, a circular narrativa e a transformativa) são definidas por uma abordagem facilitadora e são descritas efetivamente como um procedimento de mediação – cada qual com suas peculiaridades e contornos autocompositivos.

Não existe corrente doutrinária que seja mais importante. Elas se complementam de maneira construtiva. Poderá em uma situação concreta se destacar alguma delas como a mais adequada na circunstância.

As técnicas de um modelo consensual, como as da mediação, possibilitam a investigação dos verdadeiros interesses e conduzem à identificação diferenciada: uma coisa é o “conflito processado”; outra, o “conflito real”.

Mais importante do que conduzir à extinção de processos judiciais, é essencial a percepção de que certos casos recomendam aprofundar o conhecimento da causa além daquilo que é apresentado.

4 A MEDIAÇÃO PERANTE O PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA

O Direito existe para ser obedecido, ou seja, para ser aplicado. A expressão aplicação do direito se reserva, entretanto, à forma de aplicação feita por força da competência de que se acha investido um órgão, ou autoridade. O juiz aplica o Direito porquanto age, não como homem comum, mas como membro do Poder Judiciário. O mesmo acontece com o administrador. A aplicação do Direito é a imposição de uma diretriz como decorrência de competência legal (REALE, 2001, p. 277).

Mas, para aplicar o Direito, o órgão do Estado precisa, antes, interpretá-lo. Segundo Miguel Reale

A aplicação é um modo de exercício que está condicionado por uma prévia escolha, de natureza axiológica, entre várias interpretações possíveis. Antes da aplicação não pode deixar de haver interpretação, mesmo quando a norma legal é clara, pois a clareza só pode ser reconhecida graças ao ato interpretativo. Ademais, é óbvio que só aplica bem o Direito quem o interpreta bem (2001, p.277).

Nenhuma norma reivindica a sua própria aplicação, como nenhum texto fala por si para se dar a conhecer e só responde àquele que compreende a sua linguagem e o interroga corretamente, tem-se que, para ganhar vigência/funcionalidade, os enunciados jurídicos dependem de prévio tratamento hermenêutico, a ser ministrado pelos chamados operadores do direito (MARTINS et al, 2012, p. 211).

Os juízes não recebem os fatos já com as regras que lhes são aplicáveis nem as normas podem formular seus próprios exemplos. Os fatos e os fenômenos aos quais conformamos as nossas palavras e aplicamos as nossas regras são, por assim dizer, mudos, por isso sempre dependente da mediação de seres humanos, dos seus intérpretes

mesmo nos casos mais claros.

Considerando-se, ademais, que não existe interpretação sem intérprete; que nenhuma visão das coisas está imune às distorções da subjetividade do observador; que toda leitura de um texto contém, basicamente, também interpretação; que não existe nenhum critério de verdade que possa validar determinada interpretação, embora deva existir, sim, algum padrão para se rejeitarem as leituras indubitavelmente erradas ou clamorosamente inaceitáveis; que qualquer leitura de um texto será apenas uma, entre muitas outras, igualmente defensáveis, até porque todo texto é portador de duplo sentido ou de significados excedentes e, assim, comporta mais de uma interpretação; considerando-se tudo isso, o que se torna evidente é que, afinal, o texto que valerá mesmo como direito – vigente/eficaz/cogente – não será o texto-matriz, do qual partiram os intérpretes/aplicadores, e sim o texto-resultado, produzido no e pelo tratamento hermenêutico a que o submeteram os seus operadores, um tratamento que, de resto, nada tem de objetivo, neutro ou imparcial, porque ministrado por indivíduos históricos, situados numa posição prévia, que lhes impõe uma visão prévia e, por via de consequência, também uma concepção prévia a respeito do mundo e das coisas do mundo (MARTINS et al, 2012, p. 211).

Interpretar as normas jurídicas significa compreender, investigar o conteúdo semântico dos enunciados linguísticos que formam o texto jurídico. Trata-se de tarefa não só dos tribunais do Poder Judiciário, mas também dos Poderes Legislativo e Executivo (ALEXANDRINO; PAULO; 2015 p. 68).

Para André Tavares (2014, p. 101), a interpretação do Direito consiste em “uma operação intelectual por meio da qual a partir da linguagem vertida em disposições com força normativa o operador do Direito chega a determinado e específico conteúdo, sentido e objetivo desse enunciado, em face de um caso concreto (real ou hipotético)”.

A interpretação não deve ser classificada como atividade descritiva, e sim como construtiva, já que não se retira o sentido do enunciado normativo, como pretendia a clássica teoria do Direito a partir de Blackstone. Dessa forma, a interpretação é atribuição de conteúdo, sentido e objetivo, por parte de quem que realize a singela tarefa hermenêutica.

A interpretação orientada à aplicação não se torna completa se o intérprete se basta com a análise sintática do texto. Como as normas têm por vocação própria ordenar a vida social, os fatos que compõem a realidade e lhe desenham feição específica não podem ser relegados no trabalho do jurista. Para se definir o âmbito normativo do preceito constitucional, para se delinear a extensão e intensidade dos bens, circunstâncias e interesses atingidos pela norma, não se prescinde da consideração de elementos da realidade mesma a ser regida (MENDES, 2012, p. 125).

Para a compreensão do texto normativo, adotam-se métodos de interpretação. Faz-se uso da interpretação gramatical, buscando-se o sentido das palavras; da

interpretação sistemática, visando à sua compreensão no contexto amplo do ordenamento constitucional; e da interpretação teleológica, com que se intenta desvendar o sentido do preceito, tomando em conta a sua finalidade determinante e os seus princípios de valor (MENDES, 2012, p. 125-126).

4.1 Limites principiológicos

Os princípios são considerados normas, uma vez que dizem o que deve ser, ou seja, podem ser formulados como mandamentos, permissões ou proibições. De acordo com Robert Alexy, os princípios são mandamentos de otimização, sendo normas que podem ser satisfeitas em distintos graus, conforme as possibilidades fáticas e jurídicas. O autor faz uma comparação deles com as regras, que por sua vez, são normas que podem sempre ser cumpridas ou não, de modo que se uma regra é válida, deve-se fazer exatamente o que ela determina. Na solução de colisão de princípios (por exemplo, quando um princípio proíbe algo, o que é permitido por outro), um dos princípios deve ceder, mas isso não significa que ele seja declarado nulo, nem que uma cláusula de exceção seja nele introduzida. Desse modo, os princípios apresentam peso distinto nos casos concretos, de modo que prevalece em cada hipótese aquele de maior peso em cada situação concreta (ALEXY, 2008, p. 87-94).

Ainda tratando dos princípios como normas jurídicas, Ronald Dworking elucida que as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada, logo só há um regra compatível para cada caso concreto, pois a adoção de regras distintas gera a anulação das mesmas. Diferentemente, os princípios possuem julgamento de valor. Desse modo, se um princípio, aplicável a certo caso, não prevalecer, isso não obsta que, em outras circunstâncias, o mesmo princípio seja utilizado.

Miguel Reale (2001, p. 286) afirma que “princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas”.

Confirma-se, assim, que os princípios apresentam natureza normativa, não se tratando de meros enunciados formais. Isso é demonstrado quando se constata que dos princípios são extraídas outras normas, significando que aqueles têm a mesma natureza. Além disso, os princípios também exercem certa função reguladora das relações sociais, como ocorre com as demais normas jurídicas (BOBBIO, 1997, p. 158-159).

A inserção dos princípios gerais no ordenamento até o ponto de adquirirem

força coercitiva podem ser operados através das fontes de direito, a começar pelo processo legislativo, mas, mais frequentemente, através da atividade jurisdicional e a formação dos precedentes judiciais, bem como através dos usos e costumes e da prática dos atos negociais (REALE, 2001, p. 287).

Vê-se, por conseguinte, que eles se desenvolvem no plano do Direito Positivo, embora se fundem, de maneira mediata, em razões éticas ou de Direito Natural, desde que este seja concebido em função da experiência jurídica e não como um acessório do Direito Positivo.

4.2 O que é justiça?

No campo da Axiologia – ou Teoria dos Valores – é estudado como um de seus temas basilares a teoria da justiça.

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

Partindo-se da observação básica de que toda regra de Direito visa a um valor, reconhece-se que a pluralidade dos valores é consubstancial à experiência jurídica. Utilidade, tranquilidade, saúde, conforto, intimidade e infinitos outros valores fundam as normas jurídicas. Estas normas, por sua vez, pressupõem outros valores como o da liberdade (sem o qual não haveria possibilidade de se escolher entre valores, nem a de se atualizar uma valoração in concreto) ou os da igualdade, da ordem e da segurança, sem os quais a liberdade redundaria em arbítrio.

Nesse contexto, para Miguel Reale a justiça se apresenta como premissa. Ela viria antes de todos os demais valores, pois é singular.

A nosso ver, a Justiça não se identifica com qualquer desses valores, nem mesmo com aqueles que mais dignificam o homem. Ela é antes a condição primeira de todos eles, a condição transcendental de sua possibilidade como atualização histórica. Ela vale para que todos os valores valham. Não é uma realidade acabada, nem um bem gratuito, mas é antes uma intenção radical vinculada às raízes do ser do homem, o único ente que, de maneira originária, é enquanto deve ser. Ela é, pois, tentativa renovada e incessante de harmonia entre as experiências axiológicas necessariamente plurais, distintas e complementares, sendo, ao mesmo tempo, a harmonia assim atingida (REALE, 2001, p. 352).

Na Antiguidade grega, no período arcaico, predominou a explicação da

justiça com fundamento na religião e nos mitos, o que pode ser verificado em obras clássicas como *Ilíada* e *Odisseia*, de Homero, fazendo-se menção a Zeus e aos deuses guardiães da justiça.

Após essa concepção religiosa e mítica da justiça, tem início uma concepção racional e filosófica, destacando-se Platão (427 a 347 a.C.), discípulo de Sócrates, ao desenvolver a teoria das ideias, de acordo com a qual as coisas materiais são cópias imperfeitas e transitórias de ideias perfeitas e imutáveis. Desse modo, a justiça, para Platão, é uma ideia universal e uma virtude humana, mas esta é um reflexo da primeira, situada no plano das ideias. A justiça, assim, é entendida como virtude que reúne em si as outras, estabelecendo-se a vinculação do indivíduo com o Estado, por ser em sociedade que o ser humano alcança a plenitude (GARCIA, 2015, p. 32).

Em Aristóteles (384 a 322 a.C.), que foi discípulo de Platão, a justiça também é concebida como virtude completa, mas nela é destacada a característica da alteridade, no sentido de que a justiça existe nas relações intersubjetivas (a pessoa é justa ou injusta para com outrem). A noção de proporcionalidade também é introduzida, relacionando a justiça com a igualdade, ressaltando ser injusto dar desigualmente a iguais ou dar igualmente a desiguais.

Para o Brasil, a Constituição Federal de 1988, já no art. 3º, I, deixa claro que um dos objetivos do Brasil deve ser o de construir uma sociedade justa e solidária (*in fine*). E no caput do art. 170, uma vez mais, determina, já agora como uma das finalidades da ordem econômica, que o Estado assegure a todos uma vida conforme os ditames da “justiça social” (*in fine*). Também constitui objetivo da ordem social (art. 193) a justiça social. Não se trata, portanto, de uma pauta normativa isolada, limitada ao âmbito econômico (TAVARES, 2015, p. 1061).

A ideia de justiça faz parte da essência do Direito. Para que a ordem jurídica seja legítima, é indispensável que seja a expressão da justiça. O Direito Positivo deve ser entendido como um instrumento apto a proporcionar o devido equilíbrio nas relações sociais. A justiça se torna viva no Direito quando deixa de ser apenas ideia e se incorpora às leis, dando-lhes sentido, e passa a ser efetivamente exercitada na vida social e praticada pelos tribunais (NADER, 2014, p. 125).

A dialética da justiça é marcada por essa intencionalidade constante no sentido da composição harmônica dos valores, sendo esta concebida sempre como momento de um processo cujas diretrizes assinalam os distintos ciclos históricos.

4.3 A impossibilidade do acesso à justiça por meio da mediação judicial

Sabe-se, conforme o art. 4º da Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, que, sendo omissa a lei, deve o juiz julgar de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Entendem alguns intérpretes e, entre eles, o insigne Clóvis Beviláqua, que há uma ordem de preferência a ser seguida, de tal modo que, em primeiro lugar, se deveria recorrer à analogia; a seguir, aos costumes e, por fim, aos princípios gerais. Essa asserção de Clóvis prende-se ainda à tese da supremacia absoluta da lei.

Abstendo-se dos demais critérios, ao se analisar estritamente os princípios gerais de direito, não se pode ponderar que eles não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta por anacrônico apego a uma concepção legalista do Direito.

Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico.

Consoante advertência de Roscoe Pound, que foi um dos mestres mais lúcidos da Jurisprudência norte-americana, o Direito é experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência, residindo a sua parte vital nos princípios e não nas regras.

Assim sendo, é à luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao juiz decidir. Antes do juiz, aliás, são os juristas e os advogados que examinam as espécies ocorrentes, em confronto com as disposições legais, fixando diretrizes e formulando pretensões que orientam a função jurisdicional, pois, consoante já dissemos, são os modelos teóricos ou dogmáticos que dizem qual o significado pleno dos modelos jurídicos, sejam estes legais, costumeiros, jurisprudenciais ou negociais.

Ainda restam duas questões relevantes no concernente ao assunto objeto desta aula. Em primeiro lugar, as três visões dos princípios gerais, em termos, respectivamente, de Direito Pátrio, Direito Comparado e Direito Natural, não envolvem, a rigor, uma opção, pois, em geral, se nota uma coincidência entre os princípios por aqueles três modos declarados, inexistindo razões de conflito. A consideração de que todo homem, pelo simples fato de ser homem, é uma pessoa ou um sujeito de Direito, é, por exemplo, tanto um princípio de Direito Natural como um princípio consagrado em nossa lei positiva (REALE, 2001, p. 296-297).

Os princípios gerais de direito são, em suma, conceitos básicos de diversa graduação ou extensão, pois alguns cobrem o campo todo da experiência jurídica universal; outros se referem aos ordenamentos jurídicos pertencentes, por assim dizer, à mesma família-cultural; outros são próprios do Direito pátrio (REALE, 2001, p. 298).

No direito pátrio brasileiro, há o princípio geral expresso do acesso à justiça consagrado no art.5º, inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, *in verbis*: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Como já abordado nesse trabalho, uma mesma norma pode ter várias interpretações. O artigo citado acima divide a opinião dos doutrinadores que debatem sobre uma interpretação extensiva e outra restritiva.

Para alguns autores, como André Tavares e Celso Bastos, o princípio em questão significa que toda controvérsia sobre direito, incluindo a ameaça de lesão, não pode ser subtraída da apreciação do Poder Judiciário. Sob esse enfoque, o comando constitucional dirige-se diretamente ao legislador, que não pode pretender, por meio de lei, delimitar o âmbito de atividade do Poder Judiciário, até porque uma ocorrência dessas chocar-se-ia frontalmente com o princípio maior da separação de poderes (TAVARES, 2012, p. 731).

Em contrapartida, anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão acesso à Justiça

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. (...) uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo (1998, p. 8).

Ratificando, a justiça é o magno tema do Direito e, ao mesmo tempo, permanente desafio aos filósofos do Direito, que pretendem conceituá-la, e ao próprio legislador que, movido por interesse de ordem prática, pretende consagrá-la nos textos legislativos. A sua definição clássica foi uma elaboração da cultura greco-romana. Com base nas concepções de Platão e de Aristóteles, o jurisconsulto Ulpiano assim a formulou: *Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi* (justiça é a constante e firme vontade de dar a cada um o que é seu). Inserida no *Corpus Juris Civilis*, a presente definição, além de retratar a justiça como virtude humana, apresenta a

ideia nuclear desse valor: dar a cada um o que é seu. Esta colocação, que enganadamente alguns consideram ultrapassada em face da justiça social, é verdadeira e definitiva; válida para todas as épocas e lugares, por ser uma definição apenas de natureza formal, que não define o conteúdo do seu de cada pessoa. O que sofre variação, de acordo com a evolução cultural e sistemas políticos, é o que deve ser atribuído a cada um (NADER, 2014, p. 119).

Kazuo Watanabe (1988, p. 128) propõe que, em decorrência dos contrastes sociais, políticos, econômicos e culturais concretamente encontrados no Brasil, o “acesso à ordem jurídica justa” seja pensado, no País, desde a perspectiva do povo como consumidor dos serviços de justiça, em detrimento da análise do fenômeno sob a ótica do interesse do Estado. Essa postura implica um método de pensamento no qual o bem-estar da coletividade e a equidade prevalecem sobre a eficiência técnica, devendo ser priorizada a aplicação de um direito substancial justo.

Horácio Wanderley Rodrigues encara a temática em bases similares, enfocando o acesso à justiça como o acesso a uma ordem de valores e direitos fundamentais do ser humano (RODRIGUES, 1994, p. 28). Para o autor a concretização do acesso à justiça condiciona-se a vários pressupostos. Entre eles, situa-se um direito material voltado à justiça social, uma administração estatal preocupada com a solução dos problemas sociais e com a efetivação de direitos, ao lado de instrumentos processuais que permitam a concretização dos escopos da jurisdição e de um Poder Judiciário estruturado e em sintonia com a sociedade (RODRIGUES, 1994, p. 15).

Inquirindo o art. 334, o Código de Processo Civil demonstrou preferência pela corrente restritiva ao impor às partes uma audiência de conciliação ou mediação como condição inicial ao processo judicial. Observe-se:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, **o juiz designará** audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência (grifo nosso).

Entende-se que por meio do excerto, que ao se ajuizar uma demanda o Judiciário não poderá deixar de apreciá-la (leitura do princípio do acesso à justiça) e preenchendo os requisitos necessariamente será realizada a audiência inaugural com a utilização de técnicas da conciliação ou da mediação.

Ainda de acordo com o art. 334, o parágrafo quarto do mesmo afirma ser

somente possível a rejeição da audiência quando ambas as partes se manifestarem expressamente o desinteresse. Outrossim, caso um queira participar da audiência de conciliação/mediação, mas outro não, mesmo assim esta ainda acontecerá.

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

(....)

§ 4o A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.
(grifo nosso)

O que contraria diretamente outro principio orientador da mediação, a saber, o principio do autorregramento da vontade, já definido aqui como a “proibição do terceiro interventor agir com coação de modo que constranja os mediantos a realizarem a autocomposição. A confiança é elemento essencial tanto na técnica da mediação como da conciliação e ela é sedimentada no respeito à vontade das partes” (vide item 3.2.1).

Conclui-se então que, desrespeitado esse princípio, a mediação não se torna viável. Implicando dizer que não é possível aplicar a técnica da mediação em via judicial quando não é de interesse de uma das partes.

A realização da audiência inaugural com as técnicas da mediação nos moldes atuais, sem respeito aos critérios da mediação, também não respeita o princípio constitucional de acesso à justiça – quando nos referir a ele conforme a doutrina extensiva – pois cerce o direito do mediando de ter todos os requisitos necessários que o método da mediação o oferece.

Nenhum aspecto de nossos sistemas jurídicos modernos é imune à crítica. Cada vez, pergunta-se como, a que preço, e em benefício de quem estes sistemas de fato funcionam. A inobservância de qualquer principio norteador da mediação provoca a sua descaracterização. Logo, o Judiciário não tem aplicado acertadamente esta ferramenta de acesso à justiça, pois se equivoca na interpretação de seu conceito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do desenvolvimento da presente pesquisa, pode-se observar que o

conceito da mediação foi sendo construído ao longo do tempo. Como foi visto, a proeminência deste instituto não se observou de forma imediata.

Os contextos históricos e sociais demonstraram que a mediação não é novidade, mas sua ascensão no cenário do poder judiciário sim. Foi com as reformas legislativas que buscavam a institucionalização da mediação e da conciliação, que o debate a respeito de novas alternativas de resolução de conflito foi evidenciado.

Sabe-se que como resultado deste debate, foi promulgada a Lei 13.140/2015. Com ela, houve as definições conceituais da mediação. Entretanto, mesmo após três anos da atuação da referida norma, há instituições que a aplicam erroneamente.

Julgou este trabalho ser oportuno ressaltar a importância da aplicação correta deste instituto, destacada pela modalidade da mediação judicial, objetivando o acesso à justiça que é um princípio essencial ao ordenamento jurídico.

Dessa forma, apontou a interpretação da norma jurídica como um viés necessário. Ainda, analisou se a mediação judicial utilizada no âmbito do Poder Judiciário respeitava todos os critérios de sua aplicação. Como conclusão, verificou-se que os princípios norteadores da mediação também fazem parte de seu conceito e conforme demonstrado, o sistema judiciário não o respeitou. Sendo este a causa da impossibilidade ao acesso à justiça por meio da mediação judicial.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Constitucional descomplicado I**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2015.
- ARRUDA, Paula Roberta Corrêa dos Santos. **A mediação e a busca pela efetividade do acesso à justiça**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2014. p. 32-45. REVISTA CEJ, ano 18, n. 64.
- ALKMIM, Gustavo Tadeu. **A mediação na justiça do trabalho e o novo código de processo civil: uma impossibilidade**. Brasília: Tribunal Superior do Trabalho, 2016. p. 245-256. REVISTA DO TRIBUNAL SUPERIOR DE TRABALHO, vol. 82, n. 3.
- AMERICANO, Naura dos Santos; JONATHAN, Eva. **Diferentes modelos: Mediação Transformativa**. In: ALMEIDA, Tania; JONATHAN, Eva; PELAJO, Samantha (Coord.). **Mediação de conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: a nova mediação paraprocessual**. São Paulo: RT, 2003.
- BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. Coleção saberes do direito, vol. 53. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BETTINI, Lúcia Helena Polleti. **Mediação e conciliação como instrumental de efetividade da razoável duração dos processos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 193-221. REVISTA DE DIREITO CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL, ano 21, n. 85.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10 ed. Tradução de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, revisão técnica Claudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. 5ª ed. Brasília: CNJ, 2015.
- _____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. MOTTA JR., Aldemar de Miranda; VASCONCELLOS, Carlos Eduardo de; FALECK, Diego; ORLANDO; FABÍOLO; MAIA NETO, Francisco; DORNELLES, Ricardo; PELAJO, Samantha. **Manual de mediação de conflitos para advogados: escrito por advogados**. ENAM, 2014.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça** Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Forum, 2009.
- _____. **Guia de Conciliação e Mediação**. CORREIA, Dandara Batista. O acesso à justiça nas práticas de mediação e conciliação: limites na garantia dos direitos. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2012. p. 38-43. REVISTA CEJ, vol. 16, n. 58.

_____. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Disponível no [sítio <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016_162839.pdf>](http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016_162839.pdf). Acesso em 10/04/18.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17 ed. Salvador: Ed. JusPodvm, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 8 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2000.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis**. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, 1987 (Coleção Studium: Temas Filosóficos, Jurídicos e Sociais) apud TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes de. **Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais**. São Paulo: LTr, 2004. 404 p. REVISTA DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. Trimestral.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 2011. 274 f. Tese (Doutorado em Direito Processual), Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Mediação e autocomposição: considerações sobre a lei nº 13.140/2015 e o novo CPC**. São Paulo: Síntese, 2015. p. 148-161. REVISTA SÍNTESE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, vol. 13, n. 97.

_____. **Introdução ao estudo do direito: teoria geral do direito**. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e mediação endoprocessuais na legislação projetada**. São Paulo: Síntese, 2014. p. 71-92. REVISTA SÍNTESE DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL, ano 13, n. 91.

_____; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros Ediores Ltda, 2014.

JONATHAN, Eva; AMERICANO, Naura dos Santos. **Diferentes modelos: mediação transformativa**. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha e JONATHAN, Eva (Coord.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. . Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 5 ed. São Paulo: Atlas 2003.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 20 ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, Isabel Cristina Flor de. **Mediação nas organizações modernas: uma função das relações públicas**. São Luís: EDITORA, 1999. 65. MONOGRAFIA (GRADUACAO-C. SOCIAL-RELACOES PUBLICAS)-UFMA.

LORENTZ, Lutiana Nacur. **Métodos extrajudiciais de solução de conflitos trabalhistas: comissões de conciliação prévia, termos de ajuste de conduta, mediação e arbitragem**. São Paulo: Ltr, 2002. 141.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**. 2 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). **Tratado de direito constitucional**. vol. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012. 255 p.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PELLEGRINI, Carolina Portella. **A crise da jurisdição no estado moderno, o novo código de processo civil e o marco legal da mediação**. Rio Grande: Fundação Universidade do Rio Grande, 2015. p. 123-139. JURIS: REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO, vol. 23.

PELUSO, Antonio Cezar. [Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010]. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3, Brasília, 2010. Ata da sessão realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. Diário da Justiça Eletrônico, 23 maio 2010, p. 24 a 27. STF.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Novos desafios da mediação judicial no Brasil: a preservação das garantias constitucionais e a implementação da advocacia colaborativa**. Brasília: Coordenação de Edições Técnicas do Senado Federal, 2015. p. 55-70. REVISTA DE INFORMAÇÃO LEGISLATIVA, ano 52, n. 205.

PONTES, Reinaldo Nobre. **Mediação e serviço social: Um estudo preliminar sobre a categoria teoria e sua apropriação pelo serviço social**. 2. ED.REV. São Paulo: Cortez, 1997.

PRODANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico [recurso eletrônico]: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. vol. I. 56 ed. rev., atual. e ampl.. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

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

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional. Coordenadores Morgana de Almeida Richa e Antonio Cezar Peluso. Rio de Janeiro: Forense, 2011.