

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA  
FACULDADE DE DIREITO “PROFESSOR JACY DE ASSIS”  
Ana Flávia Tosta Cardoso

**A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Uberlândia  
2017

ANA FLÁVIA TOSTA CARDOSO

## **A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Trabalho de Conclusão de Curso  
apresentado à Faculdade de Direito  
“Professor Jacy de Assis”, da Universidade  
Federal de Uberlândia, como requisito  
parcial para obtenção do título de Bacharel  
em Direito.

Orientadora: Profa. Ms. Maria Terezinha  
Tavares

Uberlândia - MG  
2017

### **Dedicatória**

Dedico este trabalho a todos aqueles que encontraram seu rumo profissional nas pessoas e em seus direitos; não em meras remunerações e congratulações.

## **Agradecimentos**

Inicialmente, agradeço à minha orientadora Maria Terezinha, por se mostrar paciente e encorajadora ao longo desse trabalho.

Agradeço à minha avó Eni, sempre companheira, sempre parceira, sempre terapeuta, sempre educadora, sempre orgulho, sempre presente. Meu amor pela senhora não tem começo, nem fim; muito menos palavras para descrevê-lo.

Agradeço aos meus pais, que mesmo quando distantes, estão sempre presentes.

Agradeço aos presentes que essa faculdade me deu, a quem carinhosamente chamo de amigos. Aqui os represento nas pessoas de:

Myrrha, Joaquim, Grazielly, Guilherme, Alice: por estarem sempre ali, me orientando e guiando para minha excelência acadêmica, profissional e pessoal.

Giovanna, amiga de todas as horas, companheira de todas as risadas, suporte para a solução de todos os dilemas.

Felipe, porque amizade já não descreve nosso vínculo, muito menos a importância de tudo aquilo que você sempre fez e faz por mim.

Matheus, nossos encontros mesmo que esparsos, são únicos cada um à sua maneira. Obrigada pelo suporte em todos os momentos em que precisei.

Marcos, obrigada por existir, e por me ajudar a resistir à todos esses anos. Por não me deixar cair, nem descuidar, nem perder o foco. Você, como ninguém, ressignifica o que é ser um amigo presente, спасибо.

Danielle e Verônica, por me suportarem no dia a dia. Em todos os sentidos dessa palavra.

E também agradeço à todos vocês que mesmo não próximos fisicamente, se fizeram presentes e essenciais ao meu crescimento e, por consequência, à pessoa que eu sou. São vocês: Carol, Cayo, Letícia, Luiza, Thales Travalon, Ruan; Caio Cesar, Elaine, Fabrício, Hugo, Itallon, Juliano, Jussara e Thales Pimenta.

Agradeço, também, à toda a comunidade 'Fadireinha', por me permitir aprender e crescer diariamente em um ambiente diverso e rico em exemplos de luta, resistência e vitória.

Por fim, agradeço à Elaine, que fez dos meus anos de estágio no Programa Mediação de Conflitos os mais especiais possíveis, e tanto o fez, que conseguiu para sempre seu lugar especial no meu coração. Meu carinho e admiração por você transcende esse trabalho.

*Palavra puxa palavra, uma ideia traz outra, e assim se faz um livro, um governo, ou uma revolução, alguns dizem que assim é que a natureza compôs as suas espécies.*

Machado de Assis

ANA FLÁVIA TOSTA CARDOSO

## **A MEDIAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO**

Relatório final, apresentado à Universidade Federal de Uberlândia, como parte das exigências para a obtenção do título de Graduação em Direito.

Uberlândia, 19 de julho de 2017.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof.<sup>a</sup> Maria Terezinha Tavares

---

Prof.<sup>a</sup> Mônica Alves Costa Ribeiro

## RESUMO

Este trabalho atenta-se para a temática da mediação presente no direito brasileiro, temática que, apesar de recente, mostra-se de suma importância. A mediação ainda não estabeleceu raízes fortes em nossa sociedade, contudo, apenas diante do diálogo aberto a todos e do estímulo de tal instituto que alcançaremos a devida efetividade jurídica, desafogando o judiciário e estabelecendo vínculos mais fortes entre as partes, para que conflitos sejam solucionados e evitados. Inicialmente, analisaremos sua conceituação, a construção e estruturação do direito atual, como transcorreu seu momento histórico, abordando o Civil Law e analisando a Judicialização no Direito brasileiro. Demonstraremos também como se dá o instituto da Mediação de Conflitos e sua carga jurídica, sempre pautando por uma análise crítica. Utilizar-me-ei tanto de fonte bibliográfica ampla a códigos e doutrinas, como também base jurisprudencial. O tema será encerrado com as devidas considerações finais, que certamente não serão colocadas aqui como ponto final para o tema, mas como instigação para o amplo debate.

**Palavras-chave:** mediação, conflitos, civil law, instituto jurídico, judicialização.

## **ABSTRACT**

This work is focused on the subject of mediation present in Brazilian law, which, although recent, is extremely important. Mediation has not yet established strong roots in our society, however, only in the face of a dialogue open to all and the encouragement of such an institute that we will achieve due legal effectiveness, unlocking the judiciary and establishing stronger ties between the parties, so that conflicts are solved And avoided. Initially, we will analyze its conceptualization, the construction and structuring of the current law, as it has passed its historical moment, approaching the Civil Law and analyzing the Judicialization in Brazilian Law. We will also demonstrate how the Institute of Conflict Mediation and its legal burden, always based on a critical analysis. I will use both a broad bibliographic source for codes and doctrines, as well as a jurisprudential basis. The theme will be closed with the final considerations, which will certainly not be put here as an end point for the theme, but as an instigation for the broad debate.

**Keywords:** mediation, conflicts, civil law, judicial institute, judicialization.

## SUMÁRIO

|                                                             |           |
|-------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO .....</b>                                   | <b>9</b>  |
| <b>2 A CONSTRUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ATUAL .....</b> | <b>12</b> |
| 2.1 O CIVIL LAW E SUA ADOÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO .....   | 18        |
| <b>3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO .....</b>       | <b>21</b> |
| <b>4 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS .....</b>         | <b>27</b> |
| <b>5 A MEDIAÇÃO NO DIREITO .....</b>                        | <b>32</b> |
| 5.1 MEDIAÇÃO NO ÂMBITO CIVILISTA .....                      | 32        |
| 5.2 MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO .....                   | 34        |
| 5.3 MEDIAÇÃO NO DIREITO PENAL .....                         | 39        |
| <b>6 CONCLUSÃO .....</b>                                    | <b>45</b> |
| <b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>                     | <b>49</b> |

## 1 INTRODUÇÃO

O homem é um animal político, assim nos disse Aristóteles. Tal afirmação aristotélica aponta para o fato de haver na natureza humana a forte tendência a viver em sociedade, sendo que ao realizar esta inclinação, o homem realiza o seu próprio bem. Isso é tão próprio do homem quanto é próprio da semente de pessegueiro tornar-se uma árvore e produzir pêssegos.

Esta tendência natural que leva o homem aproximar-se da vida em coletividade apenas revela sua carência intrínseca, que pode ser tanto de alguma coisa que o leve a desejar, bem como de alguém que o leve a se associar. Nos próprios relatos bíblicos, foi-se criado um homem, que mesmo à imagem e semelhança de um ser superior, almejava companhia e conhecimento.

Este sentimento de carência excessiva aponta para a própria incompletude humana. O homem tem a constante necessidade de um outro semelhante a ele e tão imperfeito quanto ele. E por isso se associa, para alcançar uma vida plena e auto suficiente.

O homem tende à vida em sociedade porque nela, e somente nela, se torna plenamente humano. Assim, pode-se concluir dizer que a vida política é para o homem a melhor das vidas possíveis. Um homem vivendo em sociedade está no seu lugar na hierarquia dos seus, não é nem deus nem animal, mas o melhor de si mesmo, porque se torna capaz de justiça.

A lição que Aristóteles nos proporciona é de que viver coletivamente é a melhor chance que temos de sermos humanos. A aspiração à felicidade conhece um único caminho: a vida em comunidade. Fora dela simplesmente não há chance para uma vida plena; quem se fecha na vida privada da família, do clube, do trabalho, de sua congregação religiosa nega a si próprio a possibilidade de ser plenamente humano.

Existir politicamente é viver solidariamente com outros seres semelhantes. O isolar-se significa a destruição de nossa humanidade, quanto mais interagimos tanto mais humanos nos tornamos. Assim, por consequência, o ser humano acaba criando uma diversidade de regras para o bom convívio social. Buscou em ordenamentos, codificações e estruturas jurídicas a solução para a existência dos crescentes embates e conflitos causados pela mesma união que lhes dava sentido existencial.

A história em âmbito jurídico, deste modo, faz-se necessária para fornecer, em consonância com o jurista, uma consciência crítica. Revela-se a partir desta concepção que uma visão unilinear é simples diante de um contexto complexo e, por conseguinte, rompem-se convicções levianas, inserem-se dúvidas, bem como se relativiza certezas consideradas absolutas.

A história do direito neste trabalho pretende, portanto, obter uma visão global e ampla do fenômeno jurídico, proporcionando a dialética na pesquisa. Entende-se por dialética, neste contexto, a confrontação de valores, abertura e possibilidade para experiências alheias oportunizando reflexões e integrações. O direito não é uma ciência estanque, isolada das demais. Assim, o Direito deve ser estudado em conjunto com os demais valores e ciências, em regra, as sociais, como a literatura, o cinema, o cotidiano.

Cotidiano este gerador de normas e regras aqui ilustradas no estudo do surgimento e desenvolvimento do sistema do Civil Law, aquele pautado em codificações e leis que asseguravam a estabilidade do sistema jurídico.

E após esta análise, dar-se-á o prosseguimento com estudos acerca da adoção deste pelo estado brasileiro, e como, sendo o ser humano moderno carente de segurança jurídica, o nascimento, crescimento e consolidação da judicialização da justiça. Este efeito se dá pelo constante uso da máquina judiciária para a resolução dos conflitos, advinda de uma insegurança do brasileiro de se julgar capaz de resolver seus conflitos de forma pacífica e válida.

Contudo, toda essa procura vem causando ao longo dos anos uma sobrecarga no sistema judiciário, que já não mais consegue dar vazão à quantidade de ações existentes com a devida agilidade ou até mesmo atenção.

Importa ressaltar também que a mediação, que é conhecida pela voluntariedade entre as partes, desenvolvimento espontâneo e extrajudicialidade, deve pautar-se primordialmente de ampla flexibilidade, ao contrário do que buscam alguns juristas, tornando-se objeto de discussão para uma institucionalização.

A excessiva formalidade certamente iria desnaturar sua essência e causando certa repulsão entre as partes, sendo conveniente única e exclusivamente para a redução da carga de trabalho dos tribunais, o que não atende plenamente o intuito de tal instituto.

Dessarte, toda a pesquisa envolvida neste trabalho tem por fim achar, em meio à riqueza de elementos jurídicos, culturais e sociais, todos aqueles discursos que, buscando uma punição ou condenação, alimenta diretamente um Estado de controle e manutenção do status quo.

## 2 A CONSTRUÇÃO E ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO ATUAL

Faz-se mister analisar e estudar profundamente a conjuntura histórica de determinado instituto para que realmente se possa conhecer mais sobre. Apenas após a apuração e o exame do contexto ao qual o direito estruturou-se, exsurgindo inúmeros institutos e suas razões sociais, econômicas e culturais que o justificam, encontraremos, de fato, a real explicação de sua integração ao ordenamento jurídico de um determinado povo ou nação.

O conceito de “civil law” deriva da influência que o Direito Romano exerceu sobre os países da Europa Continental e suas colônias, pois o direito local cedeu passagem quase que integralmente aos princípios do Direito Romano, dando ensejo à elaboração de leis, códigos, constituições.

O Império Romano, fundado por Augusto em 27 a.C., conheceu uma civilização brilhante, cujo gênio legou ao mundo um sistema jurídico nunca antes visto. As invasões de diversos povos bárbaros, em especial os germanos, contudo, levaram à queda do Império Romano do Ocidente no século V d.C. (MELLO; COSTA).

Em decorrência, as populações romanizadas e os bárbaros passaram a viver lado a lado, seguindo, uns e outros, as suas próprias leis. Gradualmente, foi-se verificando a miscigenação entre os diversos grupos étnicos e, com a feudalidade crescente, voltaram a vigorar os costumes locais, com perda do valor primitivo conferido à lei (DAVID).

Esse movimento de abstração normativa conduziu a um declínio do direito escrito, que, por sua vez, levou à decadência da própria ideia de Direito durante a Alta Idade Média (séculos V a XI d.C.). Com efeito, muitos dos costumes vigentes no auge do período medieval contavam com a utilização de ordálios ou “juízos de Deus” (*judicium Dei*) quais critérios para a solução de litígios.

Tratava-se de uma espécie de prova judiciária usada para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza, cujo resultado era interpretado como um juízo divino.

Tal apelo a um processo místico, de resultado aleatório e potencialmente injusto, associado à inexistência de uma autoridade que garantisse, por meio da força, nas demandas de interesse individual, a execução dos julgados em favor do vencedor, contribuíram para o descrédito da ideia de Direito, ocasionando a resolução de conflitos pela lei do mais forte, pela decisão arbitrária de um chefe ou pelo estímulo à fraternidade e à caridade, estes últimos, ideais profundamente desenvolvidos pela teologia cristã. É o que esclarece René David:

Para que serve conhecer e precisar as regras do direito quando o sucesso dum parte depende de meios tais como o juízo de Deus, o juramento das partes ou dos “conjuradores” (compurgação) ou a prova dos “ordálios”? Para que serve obter um julgamento se nenhuma autoridade, dispondo de força, está obrigada ou preparada para pôr esta força à disposição do vencedor? Nas trevas da Alta Idade Média, a sociedade voltou a um estado mais primitivo. Pode existir ainda um direito: a existência de instituições criadas para afirmar o direito (as *rachimburgs* francas, as *laghman* escandinavas, as *eðsagari* islandesas, as *brehons* irlandesas, as *withan* anglo-saxônicas) e até mesmo o simples fato da redação de leis bárbaras tende a convencer-nos disso. Mas o reinado do direito cessou. Entre particulares como entre grupos sociais os litígios são resolvidos pela lei do mais forte ou pela autoridade arbitrária de um chefe. Mais importante que o direito é sem dúvida a arbitragem, que visa menos a conceder a cada um o que lhe pertence, segundo a justiça e como o direito exige, do que manter a solidariedade do grupo, assegurar a coexistência pacífica entre grupos rivais e fazer reinar a paz. O próprio ideal de uma sociedade fundada no direito é abandonado pela maior parte: uma sociedade cristã não deverá antes procurar fundar-se sobre as ideias de fraternidade e de caridade? S. Paulo, na sua primeira epístola aos Coríntios, exalta a caridade em vez da justiça e recomenda aos fiéis que se submetam antes à arbitragem dos seus pastores ou dos seus irmãos em vez de recorrerem aos tribunais. Santo Agostinho defende a mesma tese. No século XVI, também um adágio, na Alemanha, diz *Juristem, böse Christen* (Juristas, maus cristãos); se se aplica de preferência aos romanistas, o adágio vale para todos os juristas; o próprio direito é coisa má.

O afastamento geral da ideia de Direito não coincide, contudo, com um período de total inexistência de legislação. No Império Romano do Oriente, e, em certa medida, na Itália, Justiniano publicou, de 529 a 534 d. C. um conjunto de obras que, no século XVI, veio a ser denominado de *Corpus Iuris Civilis* (o Código, o Digesto ou *Pandectas*, as Novelas e as Institutas).

Nota-se que são compilações consolidadas e sistematizadas, respectivamente, das leis e doutrinas romanas, do reinado de Adriano ao de Justiniano; as Novelas registram as normas editadas por Justiniano e seus sucessores diretos, ao passo que as Institutas representam um manual de estudos, contendo os princípios do Direito extraídos do Código e do Digesto, elaborado por uma comissão de juristas nomeada pelo Imperador, formada por Triboniano, Doroteu e Teófilo, professores das escolas de Constantinopla e de Bento, nos moldes das Institutas de Gaio, do século II d. C. (MELLO; COSTA, 1995, p. 202).

No território do antigo Império Romano do Ocidente, a partir do século VI, foram redigidas leis bárbaras para a maioria das tribos germânicas, reunidas, em 1861, na coleção das *Monumenta Germaniae Historica*. Na França e na península Ibérica, a *Lex Romana Wisigothorum* ou Breviário de Alarico, promulgada em 506 d.C. – compilação de leis romanas em vigor no reino visigodo de Tolosa, durante o reinado de Alarico II (487-507 d.C.) –, ilustra, igualmente a utilização do direito escrito pelos povos bárbaros que ocuparam o continente europeu (DAVID, 1972, p. 58).

Por conseguinte, não obstante o valor conferido ao costume e o desapego à noção de Direito na Europa Ocidental dos séculos V ao XI, fruto da descentralização política inerente à estrutura feudal, associada ao aumento da influência dos ideais de fraternidade e caridade da Igreja, sobreviveu um corpo normativo escrito, produzido no limiar da Idade Média, que serviria de base à reformulação de uma teoria jurídica no alvorecer da Idade Moderna.

O renascimento comercial e urbano iniciado no século XI e, de resto, o inteiro fenômeno do renascimento cultural na Europa, que atingiu seu apogeu dos séculos XIV ao XVI, marcando o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna, repercutiu no plano jurídico com a retomada de consciência da necessidade do direito.

Com o ressurgimento das cidades e do comércio, a sociedade constata novamente a imprescindibilidade do direito, visto como o único instituto capaz de assegurar a ordem e a segurança que permitem o progresso. Abandona-se o ideal de uma sociedade cristã fundada na caridade e a própria Igreja distingue a

sociedade religiosa dos fiéis da sociedade laica, elaborando um direito privado canônico.

Estabelece-se a distinção entre religião e ordem civil (regras morais e regras de direito) e se confere ao sistema jurídico uma função própria e autônoma. O retorno à noção romana de que a sociedade deve ser regida pelo direito é, pois, no século XII, uma revolução: filósofos e juristas passam a exigir que as relações sociais se baseiem no direito e que se encerre o regime de anarquia e de arbítrio que reina há séculos na Europa continental (DAVID, 1972, p. 60).

A formação do sistema de direito romano-germânico, pois, está ligada ao renascimento cultural que se produz nos séculos XII e XIII no Ocidente europeu, que preparou o caminho para o amplo movimento de retorno aos valores da antiguidade clássica operado nos séculos XIV a XVI.

O principal meio pelo qual as novas ideias se espalharam, favorecendo a retomada do valor conferido ao direito romano, foi constituído pelos novos focos de cultura criados na Europa, em especial as universidades, dentre as quais a primeira e mais ilustre foi a Universidade de Bolonha, na Itália (DAVID, 1972, p. 61).

O ensino do direito nas universidades medievais, contudo, não era pautado em regras positivas, mas em princípios gerais e postulados filosóficos que buscavam expressar os sentidos da justiça. Tratava-se de realidade imposta, inclusive, por restrições de ordem prática, na medida em que o direito positivo, na maioria dos países, incluindo a Itália e a França, berço do novo modelo de estudos, apresentava-se de modo caótico e incerto, ante o predomínio do regime feudal e a inexistência de um soberano geral e incontestado, em cenário no qual se presenciava intenso conflito entre as ordens normativas positivas, tais como os direitos reais, feudais, comunais e corporativos (DAVID, 1972, p. 62).

Deste modo, o real objeto de grande admiração era o direito romano, sobre o qual a Igreja havia edificado o direito canônico. O direito romano encontrava-se disponível na forma das compilações de Justiniano e seu conteúdo havia sido preservado na língua que a Igreja conservou e divulgou, o latim. Ademais, era a *lex romana* a obra de uma civilização brilhante, “que se estendera do Mediterrâneo até o

Mar do Norte, de Bizâncio à Bretanha, e que evocava no espírito dos contemporâneos, com nostalgia, a unidade perdida da Cristandade” (DAVID, 1972, p. 63).

A partir de um pensamento renascentista, as universidades ganharam destaque no estudo do direito, inicialmente na Itália com a Universidade de Bolonha, cuja influência chegou até o direito aplicado pelos tribunais europeus. Haja vista o caráter transnacional das universidades e a incoerência das ordens normativas internas, que inviabilizavam o estudo do direito positivo, o direito romano e o direito canônico passaram a ser utilizados como o modelo de sistema jurídico sobre o qual deveriam as faculdades debruçar-se em esforço de análise e interpretação.

Os romanos foram os primeiros a organizar o direito, extraindo a regra jurídica dos casos concretos cotidianos, identificando sua classificação e, em seguida, aplicando aos novos casos. No direito romano clássico a jurisprudência se apresenta como interpretação e constitui uma atividade criadora, mas sempre num sentido derivado e não originário. A ordem legal se apresenta como um limite externo do direito desenvolvido jurisprudencialmente.

Esta nova cultura jurídica romanística passou, então, a ocupar a posição de protagonista a partir da recomposição do Digesto pelos estudos da Universidade de Bolonha. Deste método de análise textual exegético nasceu a primeira literatura jurídica em forma de anotações explicativas ao texto romano, denominadas glosas, atribuindo aos juristas o nome de glosadores. Por isso, o Estado Romano foi fundamental para a história do direito que hoje vigora e por muitos doutrinadores é apontado como marco divisório nos processos de formação dos sistemas de *civil law* e *common law*.

Desde o século XII em que o *Corpus Iuris Civilis* foi encontrado e os textos romanos passaram a ser estudados nas universidades, foi incorporado não só o conteúdo terminológico e conceitual, mas também a técnica própria de raciocínio jurídico para a formação das soluções jurídicas, tornando o direito o fruto de um intenso trabalho intelectual, distanciando-se do pensamento do homem comum.

Entretanto, os acontecimentos na França no século XIX, relacionados aos abusos excessivos de privilégios dos nobres, do clero e também dos magistrados, resultaram na Revolução Francesa, que foi o grande marco histórico responsável pela consolidação de um novo modelo jurídico.

Após a Revolução, com a queda da monarquia absolutista e ascensão da burguesia e do parlamentarismo ao poder, houve o surgimento de um novo direito, alheio às antigas concepções da monarquia e que contrariava os magistrados ainda aliados ao antigo regime. Neste contexto, surgiu a necessidade de controlar a atuação judicial, limitando o trabalho dos juízes apenas à aplicação literal do texto legal.

Para a revolução francesa, a lei seria indispensável para a realização da liberdade e da igualdade. Por este motivo, entendeu-se que a certeza jurídica seria indispensável diante das decisões judiciais, uma vez que, caso os juízes pudessem produzir decisões destoantes da lei, os propósitos revolucionários estariam perdidos ou seriam inalcançáveis.

A certeza do direito estaria na própria Lei. Nota-se que a ruptura com o antigo regime e a instauração de um novo ideal para o direito é a essência deste novo modelo europeu, determinado a desligar-se de sua tradição corrompida para satisfazer as necessidades da sociedade na época. A lei, neste momento, passou a ter o papel fundamental de representar a vontade do povo, impossibilitando qualquer forma de interpretação, devendo inclusive o magistrado restringir sua decisão ao texto legal. (WAMBIER, 2010, p. 36)

Assim, com a lei no foco central do direito a ser aplicado, grandes alterações aconteceram no judiciário. Isto se deve ao fato de que os cargos de magistrados eram comprados ou herdados, portanto, havia uma ampla proteção aos interesses daqueles que ocupavam a posição de juiz. No período pré-revolucionário os magistrados aplicavam as leis da forma que lhes convinha, interpretando cada norma a partir de seus interesses pessoais e de sua classe. Foi justamente por causa desta prática, que houve a instauração de um novo sistema, criado com a finalidade de acabar com os privilégios e com a manipulação do direito.

Após a Revolução, ganha forças a teoria de Montesquieu para evitar a concentração de poderes nas mãos de uma só pessoa, que foi combinada com a visão de Rousseau, para afirmar que a lei escrita deveria ser a expressão da vontade da Nação francesa. (WAMBIER, 2009, p. 55)

De tal modo, os juízes passaram a ser meros espectadores do direito, exercendo apenas a função de “boca da lei”, pois estavam limitados a afirmar o que já foi dito pelo legislativo, sem qualquer possibilidade de interpretação ou criação.

Para Montesquieu “o julgamento não poderia ser mais que o texto exato da lei”. Resumindo, assim, o direito a uma ciência de raciocínio lógico, na qual Wambier demonstra que “Lei + fatos = decisão”. Esta nova ciência intencionava garantir a igualdade, uma vez que a lei era igual para todos e era também a vontade da nação, por isso os magistrados ao aplicar tão somente a letra da lei, não teriam como proteger seus interesses.

Assim leciona Teresa Arruda Alvim Wambier: Havia forte conexão entre a lei escrita e a igualdade, pois passou a entender-se que quando a lei impera a igualdade é garantida. Ao contrário, quando o que impera é a vontade do homem, a arbitrariedade é favorecida. Com o passar do tempo, essas condições passaram a sofrer alterações.

O *civil law*, portanto, registra suas origens com base no direito romano, sendo posteriormente consagrado pela Revolução Francesa que procurou criar um novo modelo de direito, negando as instituições que antes existiam, calcando-se na rigorosa separação dos poderes, aliada à proibição do juiz interpretar a lei, como combinação indispensável à concretização da liberdade, igualdade e certeza jurídica. A igualdade no *civil law* foi diretamente associada à estrita aplicação da lei, o que deu origem a um intenso processo de codificação do direito, limitando o papel do juiz com a finalidade de garantir a tão sonhada igualdade entre todos.

## 2.1 O CIVIL LAW E SUA ADOÇÃO PELO ESTADO BRASILEIRO

Para René David a “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades.” Entretanto, o doutrinador ressalta que como todo acontecimento social, trouxe profundas alterações no estudo do direito, apresentando consequências tanto positivas como negativas.

O processo de codificação embalou a expansão do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema. Contudo, também apresentou consequências desastrosas, pois os juristas passaram a se concentrar somente em seus códigos, abandonando a visão que outrora tinham do direito, baseado em normas de condutas sociais, e se conformando com o positivismo legislativo.

O direito demonstrou ser história viva, por isso consiste em ato de pura presunção a ideia de aprisioná-lo em textos, ainda que bem escritos. Ademais, Paolo Grossi esclarece que a codificação exerce função de controle e vinculação ao poder político, inclusive para o direito privado caracterizado pela liberalidade das partes, pois traz de maneira declarada a estatalidade do direito.

Portanto, o Estado firmou-se como único ente capaz de “transformar em jurídica uma norma estatal”, situando o direito unicamente como voz do Estado. Contudo, Marinoni ressalta que o fenômeno na codificação em si não é o responsável pela distinção entre *common law* e *civil law*. O *common law* também tem intensa produção legislativa, entretanto, a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles.

O sistema adotado pelo Brasil define que a lei por si só é suficiente e plenamente aplicável, limitando qualquer interpretação do juiz no seu processo de aplicação aos casos concretos. Este caráter “legicêntrico” foi positivado no ordenamento jurídico pela Constituição Federal, artigo 5º, II, ao estabelecer que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Conclui-se, desta forma, que o modelo brasileiro, inserido na tradição do *civil law*, tem seu direito diretamente vinculado à produção legislativa.

As transformações sofridas pelas sociedades abrem espaço para relações mais complexas, com maior mobilidade social, que acarretam modificações também nos valores sociais. Por consequência, aumentou-se o acesso à justiça e com este também se alargou a complexidade dos casos trazidos ao Judiciário, ampliando a necessidade de atenção à atuação dos juízes nos casos concretos.

Ocorre um diálogo jurídico entre as duas grandes famílias do direito, que se influenciam mutuamente, refletindo no direito brasileiro o que se pode denominar “commonlawlização”, que consiste na grande importância que vem sendo atribuída à jurisprudência e decisões judiciais, além da demonstração do crescimento do prestígio à função criadora do juiz.

### **3 A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO BRASILEIRO**

Como assinalado ao início deste capítulo, o direito constitucional, nas últimas décadas, notadamente no mundo romano-germânico, passou por um vertiginoso conjunto de transformações que modificaram o modo como ele é pensado e praticado.

Como é perceptível, tal fato foi o resultado da evolução socio-jurídica constante, de modo que não havia a possibilidade de o direito constitucional manter-se resignado frente às novas demandas apresentadas pelo enlace social.

É possível reconstituir essa trajetória, objetivamente, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico. Neles estão contidas as idéias e as mudanças de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar.

Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição promoveu uma transição democrática bem sucedida, apesar de certas lacunas deixadas pelo legislador, e assegurou ao país estabilidade institucional, mesmo em momentos de crise aguda.

Sob a Constituição de 1988, o direito constitucional passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração, devido à transição de pensamento como um todo. O surgimento de um sentimento constitucional no país é algo que merece ser celebrado, diante todo sofrimento e injustiças infligidas.

Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição, para um status de preocupação inerente aos fundamentos da Carta

Magna. Felizmente, através disso, hoje o indivíduo enxerga a si mesmo como sujeito pleno de direitos, bem como deveres.

O marco filosófico das transformações aqui descritas é o pós-positivismo. Contesta, assim, o postulado positivista de separação entre Direito, moral e política, não para negar a especificidade do objeto de cada um desses domínios, mas para reconhecer que essas três dimensões se influenciam mutuamente também quando da aplicação do Direito, e não apenas quando da sua elaboração.

No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção, incluem-se a reentronização dos valores na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a Ética.

Já o marco teórico do novo direito constitucional envolve três conjuntos de mudanças de paradigma. O primeiro, já referido, foi o reconhecimento de força normativa às disposições constitucionais, que passam a ter aplicabilidade direta e imediata, transformando-se em fundamentos rotineiros das postulações de direitos e da argumentação jurídica. O segundo foi a expansão da jurisdição constitucional. No mundo, de uma maneira geral, esse fenômeno se manifestou na criação de tribunais constitucionais na grande maioria dos Estados democráticos.

No Brasil, em particular, materializou-se ele na atribuição do direito de propositura de ações constitucionais diretas a um longo elenco de órgãos e entidades, o que permitiu fossem levadas ao Supremo Tribunal Federal algumas das grandes questões do debate político, social e moral contemporâneo. A terceira grande transformação teórica se verificou no âmbito da hermenêutica jurídica, com o surgimento de um conjunto de idéias identificadas como nova interpretação constitucional.

Nesse ambiente, foram afetadas premissas tradicionais relativas ao papel da norma, dos fatos e do intérprete, bem como foram elaboradas ou reformuladas

categorias como a normatividade dos princípios, as colisões de normas constitucionais, a ponderação como técnica de decisão e a argumentação jurídica.

A redemocratização do país, culminada na promulgação da Constituição de 1988, nos é apontada a primeira grande causa da judicialização. Nas últimas décadas, com a recuperação das garantias da magistratura, o Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e se transformou em um verdadeiro poder político, capaz de fazer valer a Constituição e as leis, inclusive em confronto com os outros Poderes.

No Supremo Tribunal Federal, uma geração de novos Ministros já não deve seu título de investidura ao regime militar. Por outro lado, o ambiente democrático reavivou a cidadania, dando maior nível de informação e de consciência de direitos a amplos segmentos da população, que passaram a buscar a proteção de seus interesses perante juízes e tribunais.

Nesse mesmo contexto, deu-se a expansão institucional do Ministério Público, com aumento da relevância de sua atuação fora da área estritamente penal, bem como a presença crescente da Defensoria Pública em diferentes partes do Brasil.

Em suma: a redemocratização fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, bem como aumentou a demanda por justiça na sociedade brasileira. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição inúmeras matérias que antes eram deixadas para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. Essa foi, igualmente, uma tendência mundial, iniciada com as Constituições de Portugal (1976) e Espanha (1978), que foi potencializada entre nós com a Constituição de 1988.

A Carta brasileira é analítica, ambiciosa, desconfiada do legislador. Como intuitivo, constitucionalizar uma matéria significa transformar Política em Direito. Na medida em que uma questão – seja um direito individual, uma prestação estatal ou um fim público – é disciplinada em uma norma constitucional, ela se transforma, potencialmente, em uma pretensão jurídica, que pode ser formulada sob a forma de ação judicial. Por exemplo: se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio-ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência

desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas. A terceira e última causa da judicialização, a ser examinada aqui, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, um dos mais abrangentes do mundo.

Consoante o entendimento de Souza Neto:

A questão central é a seguinte: se considerarmos que certos direitos sociais são condições procedimentais da democracia – como fazem, p.ex., Habermas, Gutmann e Thompson –, então o Judiciário, como seu guardião, possui também o dever de concretizá-los, sobretudo quanto tem lugar a inércia dos demais ramos do estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Poder Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade [Souza Neto, 2003, p. 45].

Referido como híbrido ou eclético, o sistema brasileiro combina aspectos de dois sistemas diversos: o americano e o europeu. Assim, desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional.

Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas.

Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF. Deste modo, podemos resumir a judicialização, como bem colocada nas palavras de Luís Roberto Barroso, como o fenômeno onde:

Algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Ou seja, a judicialização nada mais é que a transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.

Assim, a Carta Magna apresenta-se como documento transformador que une Política e Direito e faz valer a objetividade, a racionalidade e a motivação, requisitos essenciais para as decisões judiciais. Ou seja, o Poder Judiciário é aliado direto que resguarda os preceitos constitucionais, enaltecendo os direitos fundamentais e amplos procedimentos democráticos repletos de valoração, inclusive em face dos demais Poderes.

Conforme expressão de Queiroz Barbosa:

Ao se defender a possibilidade do Judiciário intervir em políticas públicas, não se quer colocar o primeiro como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e de redução de desigualdades em nossa sociedade, e sim que ele atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar o processo democrático existente. Até porque, muitas vezes, é o Judiciário quem está mais próximo dos cidadãos, que podem, diretamente, lá reivindicar a satisfação de seus direitos constitucionais. Assim, a efetivação dos direitos sociais pela jurisdição constitucional pode muito bem promover o processo democrático [...]. Entretanto, se o Estado não consegue demonstrar que está realizando essas políticas públicas, ou se ficar comprovado que tinha capacidade financeira para fazer algo melhor e maior, então poderá o Judiciário declarar que o governo está violando a Constituição. [...] Se o Legislativo, o Executivo e o Judiciário se comunicarem, os dois primeiros poderão, inclusive, verificar as necessidades mais urgentes dos cidadãos, que muitas vezes ficam esquecidas nos debates políticos do dia a dia, e procurar, assim, paralelamente à proteção imediata garantida pelo Poder Judiciário, promover políticas sociais em longo prazo para garantir os direitos sociais ao máximo de cidadãos possível. Por outro lado, cumpre asseverar que sendo a Constituição um documento político caberá sim, ao Judiciário, tomar algumas opções políticas, as quais, entretanto, deverão ser fundamentadas em princípios escolhidos pelo próprio povo no momento constituinte.

Deve o Judiciário, com destaque para o Supremo Tribunal Federal, andar em equilíbrio com o Legislativo, acatando também escolhas discricionárias e legítimas promovidas pelo legislador. A intenção da judicialização não é que o Poder Judiciário tome as rédeas e mantenha-se à frente dos outros Poderes, mas sim que haja diálogo que maior interatividade entre os todos os pólos.

Neste diapasão, é imprescindível a participação do Judiciário na participação ativa da disseminação de uma cultura de respeito aos precedentes, inclusive, pautando por agregar à segurança jurídica, à isonomia e à eficiência do sistema, devendo sempre sendo suas decisões serem pautadas por fronteiras procedimentais e substantivas do Direito. Apenas assim, o ideal de justiça constitucional será

plenamente atingido e todas as esferas satisfeitas, contrabalanceando as esferas e promovendo a interação dos institutos.

## 4 O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

Durante muito tempo, os litígios foram massivamente decididos pelo Poder Judiciário, em que a voz das partes é silenciada e convertida em pedido jurídico firmado pelo advogado. Hoje, contudo, diante do reconhecimento dos meios consensuais para tratar conflitos, garantem-se às partes o direito de terem voz, de sentirem e de expressarem uns para os outros os sentimentos envolvidos na controvérsia. Algo que a burocracia, que envolve o meio tradicional de composição de conflitos, não permite.

A mediação é uma dessas formas consensuais de tratar os conflitos: uma maneira de fazer cotidianas as possibilidades de decidirmos as prioridades das nossas vidas e dos nossos relacionamentos. Com a ajuda de um mediador, que facilita a comunicação entre as partes, tal técnica auxilia os envolvidos a encontrarem saídas proveitosas para suas controvérsias. Ela tem tido boa aceitação pelos usuários do sistema de justiça: 80% considera excelente a atuação do mediador para atender seus interesses, segundo dados disponibilizados pelo TJ/DF.

A mediação é um recurso extra-judicial de resolução de conflito, utilizado para solucionar ou prevenir situações de litígio ou de impasse na comunicação ou na negociação, buscando sempre pelo modo mais empático e compassivo de compor os conflitos. É a criação da oportunidade para que as partes discutam questionem e contestem os seus conflitos abertamente, com fins de solução consensual entre eles.

É um processo confidencial e voluntário, no qual a autoria das decisões negociadas cabe às partes envolvidas. Diferente da resolução judicial, onde a decisão fica transferida a um juiz, na Mediação, as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções e decisões.

A Mediação objetiva a restauração do diálogo e a manutenção do futuro relacionamento, restabelecendo o relacionamento amistoso e estimulando a percepção da necessidade de um bom acordo. As partes envolvidas no processo de

mediação, devem se predispor a participar deste procedimento, uma vez que não há como se configurar a prática sem o livre consentimento de ambas as partes. A mediação é um processo informal e por isto implica em baixo risco para as partes, que podem retornar ao processo judicial a qualquer momento.

As partes continuam sempre no controle dos seus impasses , podendo encerrar a mediação em qualquer momento, retornando ao estado anterior ao seu início, sem nenhum prejuízo. Da mesma forma que se as partes já estiverem acionado a Justiça comum (Poder Judiciário) e vem-se motivados em buscar outra alternativa de solução de conflitos, elas pode suspender seu processo judiciário, ou paralelo a ele, e tentar uma Mediação, que por ser mais célere e participante, poderá de forma satisfatória solucionar o conflito entre as partes.

O que nos leva a ver que o principal foco deste procedimento nada mais seria do que incentivar a empatia porque permite que seja conhecida e considerada a perspectiva da outra parte para a construção do diálogo. Diferentemente do que ocorre na mediação, no âmbito do processo judicial (que se destaca pelo comportamento competitivo da relação ganha-perde) a forma compassiva de abordar os conflitos não encontra espaço.

Uma das explicações possíveis diz respeito ao reconhecimento tardio dos meios não adversariais nas faculdades de direito, que negligenciaram todo o conhecimento que envolvia o consenso, como a empatia, a escuta ativa e a comunicação não-violenta (ou compassiva).

A “comunicação compassiva” ou “comunicação não-violenta” é uma forma de comunicar criada por Marshall Rosenberg, que tem por objetivo despertar a compaixão natural nas pessoas. Ela auxilia os envolvidos em conflitos não só a reformularem a maneira pela qual se expressam, mas também como ouvem os outros.

Envolve uma linguagem que aumenta a disposição do outro em cooperar, permitindo que se construa com ele uma relação de confiança. Tais práticas promovem um modo compassivo de comunicação para abordar os conflitos e

inspiram ações menos burocráticas, porém mais atentas às necessidades e aos sentimentos das partes.

Muitas vezes, até mesmo sem perceber, os advogados expressam seus sentimentos particulares em suas manifestações processuais, com a utilização de argumentos como “vem agora o autor com firulas e devaneios defender seus direitos”, quando poderiam usar a comunicação compassiva (ou não-violenta), reformulando a frase para algo como “o autor deixou de apresentar provas que sustentem suas alegações”. As duas formas podem ser manejadas; a segunda, porém, incentiva novos modos de se articular com o outro, sem julgamentos.

A forma de comunicação promovida pelas práticas compassivas, além de prevenir futuros conflitos, tem o compromisso de não ampliar a gravidade daqueles já existentes. Ou seja, trata-se de uma atuação profissional que procura dar respostas éticas satisfatórias, em que o advogado procura ser o mais útil possível para a resolução dos problemas que lhes são apresentados.

As exigências do mercado de trabalho jurídico, com a inserção dos meios consensuais no CPC/2015, inclusive como possibilidade de suspensão do processo para que as partes negociem por um período de tempo, exige uma nova formação do jurista. Impõe também à educação jurídica explorar o potencial dos (futuros) profissionais, de suas forças e virtudes, dentre as quais se destaca a empatia e a compaixão. O advogado, como procurador, deve ser um peregrino em territórios desconhecidos, em busca de uma nova e permanente formação.

As partes desejam respostas efetivas para seus conflitos e alívio para seus sofrimentos. Se não puderem decidir por si mesmas, farão a opção da via de resolução de conflitos o processo judicial. Para que este seja o *locus* da cidadania inclusiva, tanto as manifestações processuais dos advogados quanto às decisões judiciais precisam se desamararr das narrativas que fazem das crenças jurídicas um conto de fadas normativo, com personagens despersonalizados e reduzidos pelo senso comum teórico dos juristas a um conjunto de chavões.

E para melhor ilustrar a aplicabilidade deste instituto, passaremos, em momento futuro, à análise do mesmo à luz de três 'sub ramos' do Direito, se assim os podemos chamar.

O que não impede de ser utilizado também, no setor público. A Lei de Mediação, divergindo aqui do novo CPC - que preserva irrestrito sigilo e confidencialidade na atuação extrajudicial, e proíbe categoricamente seu depoimento acerca de fatos ou elementos oriundos dos procedimentos; retira deste rol de sigilo informações relativas a crime de ação pública e também, aquelas de interesse da Administração Tributária.

Destarte, o novo Código Processual Civil, traz certas atribuições para as câmaras, tais como elucidar conflitos que abrangem órgãos e entidades da administração pública; analisar a admissibilidade de pedidos de resolução de conflitos, dando prioridade à técnica de conciliação, no âmbito da administração pública; Promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Por fim, passamos a falar brevemente da necessidade que surgiu a partir de tantos regulamentos, de se controlar, também, de certa forma, o registro desses mediadores, uma vez que gozarão da confiança daqueles participantes de todo o processo.

Devem os mediadores e, sendo este o caso, suas respectivas câmaras privadas de conciliação e mediação serem inscritos em cadastro nacional e no cadastro de Tribunal de Justiça ou até mesmo do Tribunal Regional Federal, estes que deverão manter o registro dos profissionais devidamente habilitados, indicando sempre sua área profissional.

Uma vez registrados, deverão ser remetidos pelo tribunal ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária de onde atuarão os dados necessários para que passem a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

Ademais, mediadores devem ter uma capacitação mínima para sua atuação. Estes deverão ser feitos por meio de cursos realizados pelas entidades credenciadas, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. Somente após poderão requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro dos Tribunais já citados.

Uma vez cadastrados, se tornam auxiliares da justiça, o que, nos termos do inciso II do artigo 148 do NCPC, os tornam candidatos às causas de impedimento e suspeição dispostas nos artigos 144 e 145, da citada lei. Caso ocorra o impedimento, deverá o mediador o comunicar imediatamente, de preferência por meio eletrônico, à autoridade responsável, neste caso, o juiz do processo, e prosseguirá a devolver os autos a ele(a) ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Contudo, se a causa de impedimento for percebida quando já iniciado o procedimento, o mesmo será suspenso, lavrando-se ata com relatório do ocorrido seguido de solicitação de distribuição para novo ou mediador. Em regra, respeitando-se o princípio da autonomia das partes, serão estas que escolherão o mediador responsável por seu procedimento, podendo ele estar ou não cadastrado no tribunal. Porém na ausência de um acordo quanto à escolha, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no Tribunal.

## 5 A MEDIAÇÃO NO DIREITO

### 5.1 MEDIAÇÃO NO ÂMBITO CIVILISTA

O Novo Código de Processo Civil, NCPC, em seu artigo 2º, §3º, estabelece 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.” Onde de fato, a própria Resolução 125, que se constitui no grande marco regulatório da mediação no Brasil, viu-se atualizada após o NCPC. Por meio da Emenda nº2/2016, o Conselho Nacional de Justiça redefiniu sua redação, estabelecendo no seu artigo 1º, § único, o dever de o Judiciário disponibilizar a mediação:

Resolução CNJ125/2010 – Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Assim, oferece-se a mediação preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, onde o mediador auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprias soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

De todo modo, os procedimentos devem sempre estar pautados pelos princípios narrados no art 2º, da Lei 13.140, conhecida como Lei da Mediação, e são eles: a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada. E assim os vemos: primeiramente a atuação de mediadores e conciliadores deve se dar de forma livre e autônoma, sem quaisquer influência, pressão ou subordinação causados pelas partes envolvidas; a imparcialidade vem, como podemos presumir, a atuação dos mediadores assim como as de magistrados em seus devidos atos

jurídicos, deve se dar com total ausência de pré-conceito ou parcialidade sobre as partes, preferência ou preconceito, de maneira que valores pessoais não interfiram na atividade.

Sua atuação deve sempre respeitar os diferentes pontos de vista das partes bem como sua autonomia, permitindo-lhes a liberdade para chegar a suas próprias decisões, de modo voluntário e não coercitivo, a todo e qualquer momento do processo. Fato que, sendo-lhes facultado, é possível a desistência e a interrupção da mediação a qualquer momento, se assim algumas das partes assim aprovar, uma vez que se entende que para o efetivo sucesso do procedimento ambas as partes devem estar expressamente interessadas no mesmo.

Agora, no tangente às informações produzidas no curso do procedimento, estes devem ser mantidos em sigilo, salvo por expressa deliberação das partes. O que deságua no fato de o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderá divulgar ou depor acerca de fatos ou informações geradas no curso das sessões de mediação; deste modo podemos pressupor que todo o processo é feito de forma oral estruturado de maneira que a comunicação se mantém a todo momento aberta, flexível e acessível às partes.

O resultado proposto pela mediação é que as partes cheguem a um entendimento das visões e perspectivas umas das outras, mesmo que pessoalmente não concordem com eles, e que seus interesses sejam discutidos, para que opções possam ser pensadas, propostas e exploradas sem uso de comunicação violenta, ou disparidade entre eles, gerando um comprometimento mais informal até a melhor solução para aquele seja alcançada.

E como previamente exposto é um processo informal, construído pelas próprias partes num ambiente acolhedor e sem pressões judiciais como prazos ou produção de provas, onde, com ajuda do mediador, as partes foquem em seus interesses e possíveis soluções para o problema do que em formalmente expor e convencer umas às outras sobre suas posições e justificativas.

Por fim, o último princípio ilustra que as partes devem estar em plena consciência de seus direitos e ao contexto fático no qual estão inseridos e ativamente construindo naquele momento.

Pontua-se, a tempo, que são admitidas a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à auto composição, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais, ou seja, o conciliador ou o mediador e as partes definirão a sua estrutura e desenvolvimento, que dependerá do tipo de disputa, do estilo do mediador e das partes, e do programa judicial em que o processo está inserido.

Pode-se afirmar que o Brasil passa a adotar, a partir do NCPC, as diretrizes preconizadas no modelo europeu para a solução dos conflitos familiares, cuja marco legal é a “Recomendação n.º R (98) 1”, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros, sobre a Mediação Familiar. Reforça esse entendimento o fato de que o Conselho Nacional de Justiça, ao editar a Resolução 125/2010, dentre suas justificativas, igualmente reconhecendo os benefícios da mediação, afirmou:

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 nos países tem reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças;

Também afirmando os benefícios da mediação, o legislador brasileiro a adotou como procedimento padrão nas Varas de Família, por meio do artigo 695, do NCPC:

Art. 695. Recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no art. 694.

## 5.2 MEDIAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO

Como elucidado previamente, a Resolução 125 do CNJ normatiza a mediação, assunto que voltou à tona com a revisão recente da citada resolução, onde em seu artigo 18 B ilustra que a Justiça do Trabalho teria um regramento específico e, por isso deverá existir uma comissão constituída para estudos sobre isso no CNJ. Baseando-se nela, muitos Tribunais do Trabalho constituíram os seus centros e núcleos especializados.

Dentre eles, podemos citar o TRT da 15ª Região, que com suporte na Resolução Administrativa 12-2014, além da sede, mantém em atualmente oito Centros Integrados de Conciliação em suas regionais, com resultados estatísticos impressionantes, comprovando o que a prática pode acrescentar na solução de processos de modo adequado e razoável, sendo assim desafogando um judiciário já abarrotado de demandas.

Com isso, na premiação no CNJ no CONCILIAR É LEGAL, seu Centro Integrado de 2º Grau foi agraciado com a mesma, conforme publicado no site do CNJ,

o Tribunal realizou 1.952 audiências de conciliação em 2015, primeiro ano do programa. Desse total, foram fechados 1.153 acordos, gerando uma movimentação financeira da ordem de R\$ 115,6 milhões. Em 2016, até o final de abril, já foram realizadas 1.119 audiências, nas quais foram fechados 532 acordos, com um fluxo financeiro de R\$ 60,3 milhões.

Para melhor ilustrar, A Resolução Administrativa 12-2014 do TRT 15, aqui apresentada, coordena as atividades desses Centros, buscando sempre acolher os litigantes para que através da comunicação não violenta, alcancem a melhor solução para os seus conflitos, mantendo sempre o canal aberto para ambas as partes melhor se expressarem no tangente à seus desafios e dificuldades:

"[...]CONSIDERANDO a Resolução 125 de 29/11/10 do Conselho Nacional de Justiça, que instituiu a Política Nacional de Tratamento dos Conflitos de Interesses, visando a democratizar o direito à solução dos conflitos por meios adequados a sua natureza e peculiaridade;

CONSIDERANDO a possibilidade de transformação da convicção social, passando da judicialização do conflito - a substituição da vontade das partes pela vontade do magistrado - a uma solução adequada e ajustada, observada tecnicamente, levando em conta peculiaridades e especificidades dos envolvidos nos conflitos e com sua atuação direta na solução da questão;

CONSIDERANDO que a conciliação é princípio e característica do sistema de leis trabalhistas, sendo um dos meios mais rápidos e eficazes na solução das demandas judicializadas;

CONSIDERANDO o objetivo essencial da construção de um acordo, qual seja, por fim não apenas à lide, mas por fim ao conflito, respeitando-se os direitos fundamentais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV do artigo 1º da Constituição Federal de 1988), com significativa utilidade social, de forma que a solução deva primar pela satisfação máxima o quanto possível de todos os participantes, para se verem com a sensação de problema resolvido, com mínima ou sem nenhuma perda.

CONSIDERANDO os princípios protetores do trabalhador imanescentes do conjunto de leis, de forma ampla, assegurados pelo artigo 7º, caput, da Constituição Federal de 1988;

CONSIDERANDO os princípios e valores éticos, morais, profissionais, amparados na boa gestão, transparência, solidariedade, responsabilidade e liberdade social, segurança operacional e democracia participativa, assegurando a todos o direito à solução dos conflitos, com acesso qualificado à justiça - acesso à ordem jurídica justa -, e a disseminação da cultura da pacificação social por meio da descentralização das estruturas judiciárias, da adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como da estruturação e acompanhamento estatístico específico;

CONSIDERANDO a alta movimentação processual em trâmite em todas as unidades de primeiro e segundo grau deste Regional e a necessidade de aplicação do tratamento adequado a observar o princípio da razoável duração do processo (inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988);

CONSIDERANDO a intenção de regular uniformemente os setores de conciliação, respeitando-se a flexibilidade para ajustar-se a situações peculiares, observando-se as diversas realidades dentro da área de jurisdição deste Tribunal;

CONSIDERANDO o Provimento GP 02/2013 deste Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, que criou os Núcleos de Gestão de Processo e de Execução e a necessidade de trabalho intimamente ligado;

CONSIDERANDO a Portaria GP 20/2011, que criou o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região;

CONSIDERANDO decidido pelo Egrégio Órgão Especial em Sessão Administrativa realizada em 18 de setembro de 2014, nos autos do Processo Administrativo 0000220-30.2013.5.15.0897 PA" (TRT 15, 2014).

Por fim, o que temos nesses Centros é um tipo de mediação, denominada mediação qualificada, que é aquela realizada por servidores aposentados ou não, e até mesmo antigos magistrados, todos devidamente

capacitados. E caso venha a se encontrar frustrada essa mediação imediatamente passa-se à fase processual.

Obviamente que todo o procedimento não é executado em sua perfeição, uma vez que podemos ver que cada vez mais a mediação é executada como uma conciliação. Isto é, buscando o acordo final mais do que a simples construção de um canal saudável de diálogo. Isto se dá porque em até determinado momento este diálogo é estimulado para que a solução seja encontrada pelas partes. Contudo, na impossibilidade deste, entra a atuação específica do conciliador, que os guia para um acordo final.

Isto posto, para muitos daqueles atendidos, o verdadeiro diferencial se dá pela acolhida. As pessoas são recepcionadas em um ambiente agradável, propiciador para um diálogo, e não um embate acalorado entre fatos e 'verdades' como se vê nos tribunais.

Em contrapartida, encontramos aqueles que defendem a incompatibilidade do processo do trabalho com esses procedimentos, com frequência utilizando de argumentos pautados no princípio da confidencialidade. Aqui se torna importante relevar que não caberá ao mediador ou conciliador expor questões de foro íntimo, tais como sentimentos, entretanto o quadro muda perante uma confissão de atuação ilícita de alguma das partes, tais como uma confissão de fraude ou corrupção. Se o mediador ouvir uma confissão de fraude, não haveria problemas que esse relato fosse feito ao Juiz, após frustrada a conciliação.

No tangente ao desequilíbrio entre as partes, Daniela Rezende Borges, responsável pelo CIC de São José do Rio Preto, nos elucida:

[...] O fato de uma das partes envolvidas no procedimento da mediação ser, em tese, hipossuficiente, não inviabiliza, a meu ver o instituto. Há toda uma legislação de respaldo (direito material) a resguardar a parte mais frágil da relação; e tal legislação deverá ser respeitada. A mediação não importará em "precarização" de direitos. Se a desigualdade entre as partes fosse óbice à mediação, também o seria à interposição de qualquer ação judicial. E não é o que ocorre. Partes, em situação de desigualdade (econômica, social etc.) litigam, via Poder Judiciário, a todo momento; também podem submeter-se à mediação. Nesse caso, o mediador deve assumir postura análoga à do juiz, com imparcialidade e tratamento isonômico das partes, fomentando uma perspectiva construtivista do diálogo, como mecanismo apto para responsabilização compartilhada dos envolvidos no conflito, de maneira a permitir que satisfaça os envolvidos integralmente.

Há que se lembrar também, que mesmo na mediação, ambos os envolvidos podem se valer da assistência de advogados, os quais deixam de atuar como defensores e passam a atuar como assessores.

Em outra matéria, desta vez da Revista do Advogado, nº 123, de agosto de 2014, escrita por Kazuo Watanabe, intitulada 'Mediação como política pública social e judiciário', a matéria fora abordada, desta vez ressaltando a importância do instituto para o âmbito jurídico:

No contexto da cultura hiperindividualista, característica marcante da sociedade ocidental contemporânea, a escolha de uma forma de resolução de conflitos fundamentada no exercício do diálogo é um desafio cotidiano [...].

Um outro importante objetivo da resolução 125 é a transformação da sociedade brasileira com o prevalecimento da cultura a pacificação, em vez da hoje dominante da sentença. Essa transformação somente se obterá com a mudança de mentalidade dos profissionais do Direito e também dos próprios jurisdicionados, que veem na solução adjudicada pela autoridade estatal a forma mais nobre e adequada de solução de controvérsias, quando a solução amigável pode propiciar aos conflitantes uma solução mais célere, barata, exequível e acima de tudo, mais democrática, porque nascida do diálogo e do entendimento entre as próprias partes.

Dito isso, então quais seriam as vantagens de se incorporar a mediação pré-processual no cotidiano dos dissídios individuais? Num primeiro momento, o principal ponto positivo se mantém na celeridade para realizar a primeira sessão sem maiores preocupações de fabricar procedimentos formais processuais. Além de sempre ter um atendimento mais acolhedor e com estímulo à comunicação como meio para obtenção da solução do litígio.

Os pontos negativos, por sua vez são os temores de que o instituto seja desvirtuado, banalizado e faça do juiz do trabalho um mero homologador de acordos simulados. Há também o risco de não conseguirmos arcar com a demanda, pois tais sessões seriam necessariamente acompanhadas pelo Judiciário.

Conclui-se que são esses os principais problemas relacionados à implantação plena da mediação pré-processual na Justiça do Trabalho. Entretanto, as dificuldades não devem impedir que o esforço de consolidar o instituto da mediação em nosso contexto seja em vão, algo que se mostra cada mais essencial em nosso país.

### 5.3 MEDIAÇÃO NO DIREITO PENAL

Enquanto a vítima continua sendo tratada como um mero objeto no processo penal, uma parte fruto da ação do delito cometido, há um crescimento na doutrina e entendimento atuais que há a falta de empoderamento, de voz, da mesma.

Lorenzo Vadell ressalta o papel da mediação para essa mudança, quando destaca a Recomendação nº (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho de Europa:

[...] todo procedimento que permite à vítima e ao delinquente participar ativamente, se livremente assim o consentem, na resolução das dificuldades derivadas do crime, com a ajuda de um terceiro independente (mediador)” e que “a Decisão-quadro 2001/220/JAI, do Conselho, de 15 de março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal, no artigo 10 obriga aos Estados-membros a esforçarem-se por promover a mediação nos processos penais relativos às infrações que consideram adequadas para este tipo de medida e também por assegurar que possam ser tidos em conta quaisquer acordos entre a vítima e o autor da infração, obtidos através da mediação penal.

De fato, o processo penal, para que haja seu legítimo desenvolvimento, observa uma série de garantias e princípios. Ainda mais numa conjuntura como a atual em nosso país, há sempre o destacar e ressaltar dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que se torna uma necessidade quase que de caráter existencial do Estado Democrático de Direito, sendo visto por muitos como a única forma de se construir um processo justo.

A utilização da mediação para resolução pacífica de conflitos é especialmente interessante no caso daquelas relações ditas continuadas, sendo elas as questões familiares, as condominiais, as trabalhistas, tangentes à infância e juventude, e relações em que haja afeto entre as partes, uma vez que busca a preservação do vínculo ao mesmo tempo em que busca fortalece-lo, identificando o impasse como parte do histórico daquela relação em questão e não como um fato posto. Com isto busca-se sempre o autoconhecimento das partes envolvidas e trazendo-os como partes ativas para a solução do litígio.

Logo, o processo penal tem muito a se beneficiar com o crescimento da mediação extrajudicial, em especial nos crimes de ação penal privada e ação penal

pública condicionada, onde a iniciativa da vítima é fundamental para o início do processo.

Ademais, também cabe ressaltar os importantes contornos que o instituto pode acrescentar nas infrações de menor potencial ofensivo, visto que perante o Juizado Especial todo o procedimento pauta-se nos critérios da celeridade, economia processual, oralidade e informalidade, sempre almejando a reparação dos danos sofridos pela vítima, e, para o réu, a aplicação de pena não privativa de liberdade.

Outrossim, mesmo se tratando de um crime de ação penal pública incondicionada, ou seja, aquele que não necessita da vítima para que haja a denúncia, é frequente um conflito pré-existente ao delito. A mediação, por sua vez, contribui, portanto, na prevenção de novas infrações penais derivadas daquele embate.

O novo Código Processual Civil manteve o movimento iniciado na década de 90, que buscava um real acesso à justiça, em especial, a terceira onda renovatória encabeçada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que visava o interesse de pacificar como política nacional para o tratamento pertinente frente à conflitos, abarcando tanto a mediação quanto a conciliação.

Nota-se que, mediante o parágrafo segundo do CPC/2015, “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”. Evidencie-se que a lei atribui tal encargo ao Estado e não somente ao Poder Judiciário, o nos leva a ver que abarca os demais órgãos do Estado, entre os quais devemos ressaltar a polícia, deverão ter tal parâmetro pré-estabelecido em sua dinâmica de atuação.

Em seguida, temos no §3º do CPC/2015 que os procedimentos extra judiciais devem ser estimulados pelos juízes, advogados, defensores e promotores, inclusive no curso do processo. Ora, se a solução consensual deve ser fomentada até no decorrer do processo, obviamente que também deverá ser incentivada e buscada antes mesmo de seu início.

Exatamente por isso é dever de todos aqueles que operam o direito que, antes mesmo da propositura de uma ação, enveredem esforços para aplicação a mediação e procurar pacificá-lo, diminuindo drasticamente o número de novas ações num Poder já tão saturado de demandas desnecessárias.

Bem como o direito penal deve ser visto como um último recurso tangente à proteção de bens jurídicos mais relevantes, o processo também o deve ser no tocante ao conflito, em outras palavras, deveria se tornar o último instrumento a se lançar mão, o estado-juiz, que ao invés de fomentar o empoderamento e, por consequência, o desenvolvimento de seu povo, mantém seu controle em forma de ações burocráticas e, por muitas vezes, dispensáveis.

Muitas vezes visto como uma substituição para o processo, a mediação é, efetivamente, uma possibilidade posta à disposição dos litigantes, já que, dependendo do tipo e natureza de litígio que se apresenta, a mediação, pode ser a mais pertinente, uma vez que permite a revelação do drama que existe por trás da disputa judicial, possibilitando o enfrentamento da causa e não do efeito do conflito, pacificando-o de maneira verdadeiramente efetiva. Na lição de Humberto Dalla, 'o Poder Judiciário deve ter o monopólio da função jurisdicional, mas não da Justiça, e nem se confundir com ela'.

Para além disso, a missão de pacificar os conflitos não pode nem deve se restringir mais a um único poder, e este, mais uma vez deve se tornar o último recurso, através do processo. Embora o novo Código de Processo Civil seja uma grande conquista, ele é apenas um passo a caminho da concretização do Estado Democrático de Direito e das efetivas melhorias na busca de um processo verdadeiramente justo, em que vigorem na sua plenitude todas as garantias constitucionais.

Torna-se necessário, para tal tarefa, que haja a diminuição da avalanche de processos que assola o Judiciário e dificulta uma tutela mais efetiva e adequada dos direitos; o que exige, por sua vez, o fim do protagonismo irrestrito da jurisdição na resolução de litígios, o início da cooperação dos demais órgãos do Estado na pacificação dos conflitos e a inserção das partes na discussão e resolução do conflito, responsabilizando e conscientizando ambas as partes.

Demanda-se, assim, mais que uma nova lei, uma verdadeira mudança na cultura brasileira, essa ideia de justiça objetiva superar o sistema penal tradicional, que se lastreia na tenção de retribuição, tendo cunho punitivista. Ainda sob essa ótica, o crime é uma violação contra o Estado e seu ordenamento. Em uma concepção de Justiça Restaurativa, a Resolução ONU 2002/12, nos diz:

[...] a justiça restaurativa evolui como uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades, focando o fato de que essa abordagem permite que as pessoas afetadas pelo crime possam compartilhar abertamente seus sentimentos e experiências, bem assim seus desejos sobre como atender suas necessidades [...]

Com a seguinte ressalva:

[...] essa abordagem propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema; permite aos ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem-estar comunitário e a prevenção da criminalidade [...].

Adiante, reconhece-se que “[...] a utilização da justiça restaurativa não prejudica o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores [...]”. Ainda sob a luz da referida norma, cabe trazer conceitos estabelecidos, sendo que:

Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Assim, não podemos deixar de destacar a Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, cujos dois primeiros artigos lembram com perfeição ao que este trabalho defende também para as demais instituições. Os citados dispositivos instituem a política nacional de incentivo à auto-composição, objetivando assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Assim, visando implementar mecanismos de autocomposição, como a mediação, o processo restaurativo e as convenções processuais, de forma a possibilitar a disseminação da cultura de pacificação, a redução da litigiosidade, o empoderamento social e o estímulo de soluções consensuais, determina-se a adequada formação e treinamento de seus membros, acompanhamento estatístico

específico, revisão periódica e o aperfeiçoamento da Política Nacional, bem como a valorização do protagonismo institucional na obtenção de resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.

Iniciativas como a acima descrita são clássicas do Estado Democrático de Direito e colaboram para que se alcance a plena cidadania, facilitando a concretização de direitos e a paz social, devendo ser acolhidas e implementadas por outros órgãos do Estado. Como se não fosse suficiente, a própria Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público reconhece que:

na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada inclusa na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal [...]

Por conseguinte, disputas familiares, divergências condominiais, acidentes de trânsito, problemas conjugais, crises provocadas por um familiar envolvido com álcool ou drogas, brigas entre vizinhos, desacordos comerciais, lesões ao consumidor, dentre outros exemplos, comumente tomam os halls das unidades de polícia e salas de audiência, sendo que muitas vezes os envolvidos espontaneamente elucidam, por si próprios, as crises instauradas.

Entretanto, no que diz respeito aos crimes de ação penal pública incondicionada, a efetiva pacificação do conflito, independente da aplicação de pena que venha a ser escolhida, já é por si só razão suficiente para o uso da mediação na busca pela harmonia social. Com efeito, permite-se impedir que novos crimes derivem da desavença inicial, e que caso venham a surgir novos, que estes se resolvam à luz dos ensinamentos passados, sendo resolvidos no momento em que se iniciam, sem a necessidade da intervenção de terceiros.

O sucesso dessa iniciativa pode se multiplicar exponencialmente caso o legislador venha a prever instrumentos, por exemplo, que flexibilizem a pena à luz da pacificação social. Nesse sentido, o art. 4º da Lei 12.850/13 possibilitou que o juiz, a pedido das partes, conceda o perdão judicial, reduza em até dois terços a pena privativa de liberdade ou ainda substituindo-a por restritivas de direitos, na

ocorrência da chamada “colaboração premiada”, ou “delação premiada” de investigado envolvido com organização criminosa. Se já tão efetiva inclusive em situações, agora, cotidianas, por que não estabelecer dispositivo similar para a hipótese onde houver a efetiva pacificação do conflito entre vítima e acusado?

Como bem destacado na Resolução nº 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público:

o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias. A adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso.

Em momento histórico de renovação no processo e práticas de seus agentes, implementada através da elaboração de um novo Código de Processo Civil e de novas leis processuais, passando a cada vez mais dar forma à um modelo verdadeiramente democrático, no qual as partes são chamadas a atuar em colaboração junto com o juiz, ajudando, a ele e a si próprias, a alcançar um resultado final que seja justo, tempestivo e o mais satisfatório possível para todos.

## 6 CONCLUSÃO

Por fim, resta concluir que mediante o processo histórico de construção da sociedade moderna, os conflitos sempre se fizeram presentes na construção de relações interpessoais, vistas por Aristóteles como primordiais para a concepção do que é ser humano. Ideia esta onde lê-se o homem como aquele ser carente intrinsecamente com sua natural tendência à vida em sociedade, sendo levado a desejar alguém para se associar.

Destas associações e do nascimento da vida em sociedade, surge, então, a necessidade da organização desta por meio de normas e regras. Diante esse fato, é possível compreender que o surgimento do direito não se dá apenas na elaboração de um conjunto de regras escritas, ou instrumentos de aplicação e atuação das mesmas, mas que também se vale de outros componentes em sua configuração, pois ao lado das normativas, temos como base os princípios gerais e costumes, com vistas à sempre obter o senso de justiça.

Nesse sentido, a qualquer pessoa que tenha um conflito é, em um primeiro momento, oportunizado um tipo arcaico de acesso à justiça, sendo este o Poder Judiciário. Tal acesso deveria ser oferecido com efetividade e qualidade, e com razoabilidade temporal. Contudo, diante do caos em que o Poder Judiciário se encontra, faz-se absolutamente imprescindível a possibilidade de fazer uso dos meios alternativos de resolução de conflitos para que o problema seja adequadamente endereçado, discutido e resolvido, e não apenas uma resolução pré-moldada.

O Judiciário não oferece àqueles que o procuram quaisquer possibilidade de dialogarem e chegarem às suas próprias resoluções. Pela crescente judicialização do litígio, as partes estão em sua totalidade submetidas à decisão do juiz, que frequentemente não satisfazem um dos envolvidos, ou, até mesmo todos eles. Ainda, tal decisão resolve apenas o que é posto e superficialmente discutido em petições, baseadas, por sua vez, em legislações referentes ao caso, não alcançado as suas particularidades factuais, o sentimento afetado e possíveis danos psicológicos. A decisão tomada pelo magistrado é imperativa, fria; devendo ser seguida nos termos expostos - as partes não podem decidir ou argumentar o que lhes pode ser melhor.

Com o auxílio do processo de mediação, podem as partes dialogar, aprender a escutar o outro, entendendo os interesses e motivos dos envolvidos. Cabe ao mediador auxiliar nesse diálogo, nunca interferindo, mas conduzindo-as para que cheguem a um resultado justo, que seja benéfico para todos os presentes.

O uso desse instituto numa resolução de conflitos prévia ao formal processo, se torna um importante aliado como fator de contribuição ao poder Judiciário, uma vez que desafoga as vias judiciais daqueles casos onde é claramente prescindível a intervenção do Estado-juiz. O que nos conduz à uma maior efetividade do sistema, fazendo uso do magistrado somente nas questões cuja presença deste realmente se vê necessária, ou seja, cumprindo o papel de “*última ratio*”.

Ao abordar o procedimento da mediação, a presente monografia aprofundou-se acerca de seus princípios, que possuem grande importância para o êxito desta técnica. Ressaltando sempre que a atuação do mediador deve ocorrer, sem exceção, de forma neutra e imparcial, apenas auxiliando na auto composição dos conflitos. Ademais, o mediador sendo considerado um auxiliar da justiça, aqui visto como mais um funcionário da máquina pública haja vista a importância de sua atuação, poderá vir a sofrer as mesmas suspeições e impedimentos atribuídos ao magistrado.

Esta pesquisa buscou abordar a técnica da mediação como alternativa de acesso à justiça, e não simplesmente mais uma maneira de tentar salvar o Judiciário de seu iminente afogamento - ou ainda, como um simples sistema paralelo para a resolução de conflitos. Mas sim, uma via para a consolidação de uma cultura baseada em diálogo e compreensão mútua. A obrigatoriedade imposta pela nova codificação processual civil da aplicação técnica em nada condiz com seu método, uma vez ela se pauta pela cooperação entre as partes, estando elas em comum acordo acerca de realizar o procedimento da mediação, fazendo uso de seu livre arbítrio, e não como mera tentativa de celeridade processual. Assim, para a técnica obter total efetividade, as partes devem buscá-la como sua primeira opção, e como meio para facilitar o diálogo e, não simplesmente buscando uma solução imediata logo na primeira sessão.

Isto posto, o que a mediação propõe é um olhar diferenciado ao conflito, fazendo com que as próprias partes analisem e resolvam suas questões geradoras

da consolidação deste, expondo seus respectivos pontos de vista, reestabelecendo a comunicação, buscando um novo canal comunicativo.

Ao lado da obrigatoriedade da mediação, vista comumente como uma situação à beira do caos; faz-se singular a constante busca de práticas inovadoras, tanto por parte da comunidade jurídica como da sociedade para que possa caminhar em direção ao verdadeiro e puro acesso à Justiça. Ele que, por sua vez, advém da desburocratização Direito simplificando-o para que também propicie a conscientização da responsabilidade de todo cidadão em trilhar seus próprios caminhos, resolvendo suas próprias contendas. Para que alcancemos um fim último com um viés ainda mais civilizado, de pacificação social, que desagua num efeito de prevenção de futuros litígios.

É possível concluir que o acesso à justiça não anda em descompasso com a desjudicialização, pois esta acaba por efetivar, efetiva em 'n' aspectos, a tutela de direitos que levariam um tempo inestimado para ser concretizado, face a morosidade do sistema jurisdicional em todas as suas áreas aqui debatidas originado pelo número elevado de demandas judiciais. Tornando possível considerar o descongestionamento do Poder Judiciário, através da mediação e outras práticas extra judiciais, como corolário de uma efetiva justiça.

Em suma, vê-se imperiosa a renovação das demais instituições, adequando-se a contemporaneidade, à urgente necessidade de trazer modernidade à esse Estado Democrático de Direito, inserindo-se a mediação e a conciliação em suas realidades, verdadeiras formas de empoderamento popular. Seja na seara trabalhista, equiparando o empregado com o empregador, responsabilizando as partes, cada qual por suas reais atitudes; ou ainda facilitando o diálogo no Direito Civil, que ao invés de guiar a convivência social à um patamar e de total igualdade e diversidade, sempre engessado em decisões comuns, que em nada acompanham a dinâmica da vida cotidiana. Até mesmo no campo penal é palpável a importância do uso contínuo desse instituto uma vez que traz à vítima a voz que lhe fora roubada por tantas burocracias e procedimentos, que, ao final, lhe resta apenas suas palavras em um relato do que lhe ocorrera.

Por tudo isso, podemos concluir que na busca de um efetivo acesso à Justiça, temos por missão fomentar a implementação de práticas extrajudiciais de prevenção

de conflitos através de uma ampla divulgação de diálogos pacíficos, haja vista que por meio do acesso a este mecanismo, não só poderemos resolver a problemática da judicialização, como também, e principal propósito, um fomento de uma cultura de paz, uma vez que seus benefícios levam às partes a reconhecerem que elas próprias podem ser capazes de resolver suas próprias desavenças.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia**: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. Tradução por Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio. **Jurisdição e execução na tradição romano-canônica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. **Relatório Semestral NUPEMEC 2016**. Disponível em: <[http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/copy3\\_of\\_RelatrioSemestral2016NUPEMECFINAL.pdf](http://www.tjdft.jus.br/institucional/2a-vice-presidencia/nupemec/relatorios-1/copy3_of_RelatrioSemestral2016NUPEMECFINAL.pdf)>. Acesso em: 01 jan. 2017.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e ação civil pública**, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DAVID, René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. Trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. Lisboa: Meridiano, 1972.

GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre o direito**. Tradução por Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme. **A Transformação do Civil Law e a Oportunidade de um Sistema Precedentalista para o Brasil**. Revista Jurídica, Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45- 50, junho 2009.

MELLO, Leonel Itaussu A.; COSTA, César Amad. **História antiga e medieval: da comunidade primitiva ao Estado moderno**. São Paulo: Scipione, 1995.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição constitucional**. 2005.

PANTOJA, Fernanda. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito Processual Civil Contemporâneo**, 6ª edição, Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

PORTO, Sérgio Gilberto. Sobre a *Common Law*, Civil Law e o Precedente Judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de Direito Processual Civil** – homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**Resolução ONU 2002/12.** Disponível em: <http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>, último acesso em 14/07/2017.

**Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.** Disponível em: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04\\_rev15\\_059-086\\_-\\_estefaenia\\_maria\\_de\\_queiroz\\_barboza\\_0.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/04_rev15_059-086_-_estefaenia_maria_de_queiroz_barboza_0.pdf), último acesso em 10/07/2017.

ROSENBERG. Marshall B. **Comunicação não violenta**: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais. Tradução Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremocracia**. Revista de Direito do Estado 12, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o estado de direito - Civil law e *common law***. Revista Jurídica, Porto Alegre, v. 57, n. 384, p. 53-62, out, 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e *common law***. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo in **Mediação como política pública social e judiciário**. Revista

SOUZA NETO, Cláudio Pereira et al. **Teoria da Constituição: Estudos sobre o lugar da política no direito constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.