

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIANA ABRAM ROCHA DOS SANTOS

**A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL FRENTE AO  
PARADIGMA DO PLURALISMO JURÍDICO**

CURITIBA

2015

MARIANA ABRAM ROCHA DOS SANTOS

**A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL FRENTE AO  
PARADIGMA DO PLURALISMO JURÍDICO**

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Teoria do Direito e Direitos Humanos, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr. Sérgio Said Staut Jr.

Co-orientador: Professora Maria Cândia Pires Vieira do Amaral Kroetz.

CURITIBA

2015

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

MARIANA ABRAM ROCHA DOS SANTOS

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL FRENTE AO PARADIGMA  
DO PLURALISMO JURÍDICO

Trabalho apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de bacharel em Direito, Habilitação em Teoria do Direito e Direitos Humanos, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

---

Orientador: Prof. Dr. Sérgio Said Staut Jr.  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

---

Co-Orientador: Prof. Maria Cândia Pires Vieira do Amaral Kroetz  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

---

Prof. Ricardo Prestes Pazello  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

---

Prof. William Pugliese  
Setor de Ciências Jurídicas – UFPR

Curitiba, 8 de dezembro de 2015

## **AGRADECIMENTOS**

*À minha mãe, por toda a paciência e amor. À ela devo tudo, minha força e minha vida.*

*Aos meus avós Terezinha, Nivaldo, Rose e Omar, meus portos seguro.*

*Aos meus amigos, pelo apoio e compreensão.*

*À minha tia Daniella pelo auxílio e dedicação nesse trabalho, meu muito obrigada.*

***Pactum legem vincit et amor iudicium - (o acordo prevalece sobre a lei e o amor sobre o julgamento)***  
***– Leges Henrici Primi.***

## RESUMO

O Paradigma do Pluralismo Jurídico é o marco teórico que tem como proposta fundamental o descolamento do ordenamento jurídico-processual das formas de dizer o direito ditadas pelo Estado. Essa proposta vem no sentido de consolidar um sistema jurídico que esteja receptivo às formas plurais e espontânea de manifestação do direito surgidas da complexidade da sociedade contemporânea, bem como que permita a manifestação de práticas jurídicas que possibilitem a diversidade e autonomia dos sujeitos. Tendo em vista este marco teórico, é possível traçar um paralelo de suas propostas com os interesses delineados pelos instrumentos processuais que se pautam na resolução alternativa de conflitos, na medida em que tais instrumentos constituem-se em formas de aplicação do direito afastadas da jurisdição tradicional, baseadas na informalidade e na participação dos interessados na composição do direito. O objetivo do presente trabalho é apresentar os métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial a mediação, como instrumento processual compatível com as propostas do Pluralismo Jurídico, ressaltando seus benefícios e aptidão para alcançar de forma mais apropriada a pacificação social.

**Palavras-chave:** Pluralismo Jurídico, mediação, pacificação social, diversidade, autonomia.

## **ABSTRACT**

The Paradigm of the Legal Pluralism is the theoretical framework that has the fundamental proposal detachment of the legal and procedural ways of saying the law dictated by the state. This proposal is to consolidate a legal system that is responsive to the plural forms and spontaneous manifestation of the right arising from the complexity of contemporary society as well as to allow the manifestation of legal practices that enable diversity and autonomy of the subjects. To this theoretical framework, it is possible to draw a parallel of their proposals with the interests outlined the procedural instruments which are based on alternative dispute resolution, to the extent that such instruments are in away from the right application forms of the traditional jurisdiction , based on informality and stakeholder participation in the composition of law. The purpose of this paper is to present alternative methods of conflict resolution, particularly mediation, as a procedural tool compatible with the proposals of the Legal Pluralism, highlighting its benefits and ability to reach more appropriately the social peace.

**Key-words:** Legal Pluralism, mediation, social peace, diversity, autonomy.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO I - PLURALISMO JURÍDICO <i>VERSUS</i> ESTATALISMO JURÍDICO ....</b>	<b>11</b>
1.1 BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA DOS PARADIGMAS DO PLURALISMO E ESTATALISMO JURÍDICO.....	11
1.2 A CRISE DO ESTATALISMO JURÍDICO: INSUFICIÊNCIAS .....	15
1.3 ACESSO À JUSTIÇA: ACESSIBILIDADE À PRESTAÇÃO ADEQUADA - UMA QUESTÃO QUALITATIVA.....	21
<b>CAPÍTULO II - MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ADEQUADOS: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ÀS INSUFICIÊNCIAS.....</b>	<b>27</b>
2.1 A BUSCA DE MECANISMOS ALTERNATIVOS QUE POSSIBILITEM A MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PLURAL .....	27
2.2 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: APONTAMENTOS PROCESSUAIS.....	32
2.3 PLURALISMO E MÉTODOS ALTERNATIVOS FRENTE À RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEI DE MEDIAÇÃO .....	40
<b>CAPÍTULO III - A MEDIAÇÃO COMO OPÇÃO DIFERENCIADA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS .....</b>	<b>46</b>
3.1 A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO DE CONCESSÃO DE TUTELAS PERMEÁVEL AO DIREITO PLURAL .....	46
3.2 MEDIAÇÃO: PRINCÍPIOS, TÉCNICAS, PROCEDIMENTOS E ESTRATÉGIAS	51
3.3 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO: EM BUSCA DA CULTURA DA PACIFICAÇÃO FRENTE À SOCIEDADE PLURAL .....	58
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>65</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>67</b>

## INTRODUÇÃO

É notório na cultura contemporânea a deficiência do ordenamento jurídico-processual em atender de forma satisfatória e adequada aos objetivos e demandas sociais mais atuais de regulamentação, pacificação e harmonização social. Muito das carências experimentadas ocorre porque o sistema de direitos atual ainda se pauta em fórmulas exclusivamente positivadas de normas e práticas jurídicas, modelo no qual se vivencia a exclusividade estatal nos modos de dizer o direito.

Trata-se do Paradigma Estatalista de Direito, o qual, marcado pelo viés generalizante, unificador e previsível do direito, acabou por suprimir as formas espontâneas de manifestação de direito surgidas na comunidade, sua diversidade e complexidade, bem como a manifestação da autonomia dos sujeitos na regulação de suas disputas.

Nesse sentido, a proposta do presente trabalho é partir das questões epistemológicas oferecidos pela Teoria do Direito, quais sejam, os marcos teóricos do Estatalismo e Pluralismo Jurídico e seus projetos de superação e transformação do ordenamento jurídico-processual hoje posto, para apresentar a mediação como sugestão de política e instrumento processual capaz de reparar várias das insuficiências experimentadas hoje no sistema de direito.

Trata-se de juntar conhecimentos de esfera distantes, sendo uma propedêutica e outra eminentemente prática, o que torna o trabalho desafiador. Nesse sentido, conforme salienta Wolkmer, para a concretização de uma postura anti-legalista e construção de uma cultura jurídica crítica, é necessário tanto a constatação de questões político-ideológicas como também a verificação empírica de instrumentos que o possibilitem<sup>1</sup>.

Assim é que se busca atravessar, para o referido objetivo, as respectivas áreas da Teoria Geral do Direito com a área do Direito Privado, o que evidencia, como salienta o autor, a relevância na tratativa e compilação entre esses temas.

Buscar-se-à apresentar a mediação, desse modo, como recurso interessante às carências constatadas no paradigma jurídico vivido atualmente, na medida em que é modelo alternativo de prestação jurisdicional que permite, devido ao seu procedimento diferenciado de buscar a resolução das controvérsias, a

---

<sup>1</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 4<sup>a</sup> ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

participação direta e efetiva do jurisdicionado, de forma a possibilitar a assunção do direito espontâneo e plural.

O objeto trazido a estudo agrega temas bastante vastos e que comportam variadas abordagens. Vale ressaltar, assim, que não é objetivo do presente trabalho questionar a legitimidade democrática concernente ao Pluralismo Jurídico, tampouco o papel da magistratura frente à crise do Estatalismo Jurídico e do Poder Judiciário.

A proposta reside, portanto, tão somente em destacar em destacar o instituto da mediação, seu procedimento, técnicas e benefícios como método diferenciado de resolução de conflitos capaz de atender satisfatoriamente às vindicações trazidas à tona pelo paradigma do Pluralismo Jurídico, bem como realizar de forma satisfatórias as demandas por autonomia e pacificação social.

Assim, é sugerido, em suma, a compreensão da mediação como instrumento de resolução alternativa de conflitos como proposta integrante a consolidar um contexto cultural que se pretende construir, este que preza por administrar e coordenar a complexidade e pluralidade social, constituindo elemento para repensar a própria cultura e os discursos institucionais.

## CAPÍTULO I - PLURALISMO JURÍDICO *VERSUS* ESTATALISMO JURÍDICO

### 1.1 BREVE INTRODUÇÃO HISTÓRICA DOS PARADIGMAS DO PLURALISMO E ESTATALISMO JURÍDICO

A teoria do Pluralismo Jurídico tem como principal pressuposto a existência de fontes normativas e/ou jurisdicionais múltiplas de direito. Reconhecem-se nesse modelo que vigoram na sociedade manifestações de direito que vão além daquelas atreladas às leis e jurisdição do Estado. São normatividades emergidas nos níveis da vida, como nota António Manuel Hespanha<sup>2</sup>.

Trata-se, portanto, de uma concepção pluralista de direito, em oposição ao Monismo Jurídico, modelo este onde “o Estado é o único agente legitimado capaz de criar legalidade para enquadrar as formas de relações sociais que vão se impondo.”<sup>3</sup>

Necessário destacar que, diferente do que possa parecer, o direito nascido na sociedade existe muito antes da apropriação de dizer o direito (iurisdictio) pelo Estado, o que ocorreu apenas na modernidade. Hespanha<sup>4</sup> demonstra com riqueza de detalhes o fato de que o ordenamento jurídico pré-oitocentista era essencialmente pluralista, utilizando das normas e formas oficiais do direito como práticas minoritárias.

Depreende-se, assim, conforme conclui o autor, que “vistas as coisas com mais rigor, este fenômeno [pluralismo] é uma constante, mais visível ou mais encoberta, da história do direito ocidental”<sup>5</sup>.

Paolo Grossi também destaca as manifestações plurais de direito como dominantes na sociedade pré-moderna. O direito do medievo, segundo o historiador do direito, era visto como “uma realidade historicamente e logicamente antecedente, que das vastas aspirais do social, com esse se mistura, desse se incorpora”<sup>6</sup>. Vigorava, diz ele, a concepção de que antes vinha o direito e depois o poder político, pois aquele se encontra na raiz íntima da sociedade.

---

<sup>2</sup> HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013. p. 10.

<sup>3</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito**. 3<sup>a</sup> ed. rev. at. São Paulo: Editora Alfa Ômega, 2011. p. 48.

<sup>4</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade: história e prospectiva de um paradigma**. 1<sup>a</sup> ed. Porto: Orlando & Ca., Ltda., 1993. p. 13.

<sup>5</sup> HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

<sup>6</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 30.

No período Medieval, como exemplo, vigoravam simultaneamente como formas válidas de direito as práticas realizadas pelos chamados direito divino, direito natural, direito romano, o direito das corporações (códigos de boas práticas característicos das classe profissionais), direito dos doutrinadores, a lex mercatória (auto regulações do mercado financeiro), o direito dos negócios, costumes e usos, entre outros.

A mudança de paradigma se deu com o advento do Estado Moderno. Segundo Grossi<sup>7</sup>, diante da tentativa organizadora a qual aspirava a recém ascendida sociedade burguesa liberal, “A idade moderna, idade de mitologias jurídicas, encolheu-se em um constrangedor horizonte de modelos, sendo a complexidade da experiência jurídica notavelmente sacrificada”.

Em outras palavras, conforme Santos<sup>8</sup>, na modernidade se deu a cientificização e conseqüente estatização do direito, o que o levou a perder de vista a tensão entre regulação e emancipação social. Sagrou-se assim um modelo moderno de direito marcado pela supremacia doutrinária do centralismo jurídico<sup>9</sup>, um direito legalista, passível de exercício exclusivo pelos letrados ou cultos, sinônimo de manifestação de poder.

Wolkmer<sup>10</sup> apresenta algumas características do que chamou de monismo jurídico: o estatualismo, marca do Estado como único ente capaz de produzir e ditar as formas do direito; a unicidade, integração das normas jurídicas; a positivação, direito composto por conjunto de regras formais coercitivas; e a racionalização, marca da organização burocrática do sistema jurídico.

O autor destaca ainda outros atributos do sistema jurídico Estatal ora vigente, este que é marcado pelo unicidade, que valerão adiante para demonstrar as causas que acarretam as insuficiências do modelo de direito atual frente às exigências da sociedade contemporânea.

São elas: i) a lei estatal é tida como fonte por excelência de direito que representa a vontade geral do Estado-Nação, ainda que se admitam outras fontes; ii) usa como pressuposto a existência de uma sociedade hegemônica, unitária e economicamente integrada conforme o modo de produção capitalista, o que é um

---

<sup>7</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias...** p. 79.

<sup>8</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente**: contra o desperdício da experiência. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002. p. 120.

<sup>9</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico...** p. 54

<sup>10</sup> Ibid. p. 61-63.

mito; iii) existência de órgãos oficiais aptos e competentes para assegurar o cumprimento das regras; iv) pressuposto de que as regras postas pelo direito do Estado são neutras e verdadeiras.

Segundo este autor, trata-se o Paradigma Estatalista de um sistema de direito marcado por um caráter ideológico claramente liberal que servia aos ideais da burguesia, revestindo-se assim das facetas da positividade, formalismo e institucionalismo para realizar influxos condicionantes. Nesse mesmo sentido manifesta-se Hespanha<sup>11</sup>:

O caráter ideológico do princípio da legalidade aparece na medida em que ele perpetua a imagem de que, no processo complexo e interrompido de interpretação e de concretização da lei, nunca existe senão uma e uma só solução que seja conforme à ordem jurídica.

Por fim, outro corolário do paradigma legalista vigente na modernidade (e até os dias de hoje) importante de ser enfatizado, é o ideal de “juridificação” (*Verrechtlichung*) das relações sociais e do acesso a justiça - pelo menos num dos seus entendimentos: o do acesso a justiça “oficial” dos tribunais estatais -, identificado por Hespanha<sup>12</sup>. Quer dizer, as formas de controle social e solução de litigiosidade são, pelo modelo Estatalista, unicamente as disponibilizadas pela justiça oficial, constringendo os cidadãos a resolverem toda e qualquer querela sob a égide estatal.

Essas são algumas das principais considerações do cenário que se convencionou chamar de Estatalismo, Monismo, Legalismo, *direito oficial*, *direito centralizado* e até mesmo *direito dogmático*, que tomou lugar ao direito plural e espontâneo existente na idade média.

Trata-se de paradigma vigente até os dias de hoje nos ordenamentos jurídicos de grande parte dos países ocidentais, constituindo-se, em suma, de um modelo de direito calcado no formalismo e na lei, e que, por conta desses predicados, tem revelado uma visão bastante racionalista, individualista e de massificação, não correspondendo, muitas vezes, às expectativas de tratamento adequado dos conflitos.

---

<sup>11</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 136.

<sup>12</sup> *Ibid.* p. 13.

Vale dizer, contudo, que se reconhece<sup>13</sup> hoje, no ordenamento jurídico, a presença de outros modos de se dizer o direito, outras práticas jurídicas que se articulam com o direito oficial de diversos modos, sendo ainda, porém, o direito estatal o modo de juridicidade dominante.

Assim, se admite na contemporaneidade que o Estado não possui o monopólio da produção e distribuição do direito, mas tolera a coexistência de algumas formas espontâneas de direito, em especial aquelas que considera como semi-independentes ao sistema oficial.

Após ter servido adequadamente às prioridades institucionais, o Estatalismo Jurídico começa, na Contemporaneidade, a apresentar sinais de colapso em decorrência e paralelamente à crise da cultura liberal-individualista, bem como com advento da globalização, concentração do capital, de forma que passa cada vez mais a frustrar as pretensões do universo complexo dos sistemas organizacionais e novos sujeitos sociais<sup>14</sup>.

É nesse panorama que surgem movimentos que visam a retomar o Pluralismo Jurídico como modelo de direito, pois que identificam a necessidade de atender algumas necessidades da vida as quais o estatalismo, devido a sua pouca eficácia em responder as crescentes necessidades da sociedade contemporânea, não consegue atender.

O Pluralismo Jurídico como paradigma de modelo legal e jurisdicional “pode ser designado como a multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais”<sup>15</sup>.

É dizer, este modelo de direito não é determinado pelas atas da lei, doutrina ou jurisprudência, é antes a produção jurídica que tem “como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado”.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Nesse sentido, cita-se a título ilustrativo os autores Boaventura de Sousa Santos (SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução da sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça, a função social do judiciário**. São Paulo: Ática. p. 54.) e Antônio Carlos Wolkmer (WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 222).

<sup>14</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 69.

<sup>15</sup> Ibid. p. 219

<sup>16</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 222.

Da mesma forma que distingue os corolários do Estatalismo Jurídico, Wolkmer<sup>17</sup> procura estabelecer alguns “valores” próprios do novo paradigma que se tenta criar, o Pluralismo Jurídico. Diz o autor que essa nova forma de direito é dotada dos valores de identidade, caracterizado enquanto reconhecimento de subjetividades, experiências históricas e ações compartilhadas; a autonomia, noção de lei baseada numa práxis concreta associada a vários e diversos centros de produção normativa de natureza espontânea, dinâmica, flexível e consciente, correspondente à auto-regulação social; participação, por constituir um processo contingente de interação entre sujeitos individuais/coletivos e o poder comunitário legitimamente constituído; e justiça, como virtude ordenada para a satisfação das necessidades mínimas e equilibradas que garantam as condições materiais e culturais de uma vida boa e digna.

Nesse sentido, nascem as reformas caracterizadas pela elaboração alternativa de direito ao modelo centralizado, compostas pelos movimentos de ‘informalização da justiça’, ‘deslegalização’, ‘justiça comunitária’, ‘resolução de conflitos’, ‘processamento de litígios’, que consistem em propor a criação de processos, instancias e instituições relativamente descentralizadas, informais e desprofissionalizadas que substituam ou complementem em áreas determinadas, a administração tradicional da justiça e a tornem mais rápida, barata, e mais acessível<sup>18</sup>.

É aí que se insere a proposta da mediação frente ao paradigma do Pluralismo Jurídico: trata de modelo de resolução de controvérsias que busca privilegiar o arranjo do direito pelos interessados, mediante participação direta na composição do conflito de forma a manifestarem espontaneamente seu direito. Essa proposta de “reforma”, contudo, será tratada com profundidade mais adiante.

## 1.2 A CRISE DO ESTATALISMO JURÍDICO: INSUFICIÊNCIAS

Falou-se brevemente sobre o esgotamento do Paradigma do Estatalismo Jurídico no direito atual, registrando dentre as suas causas a colapso do liberalismo

---

<sup>17</sup> Ibid. p. 336-339.

<sup>18</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O direito e a comunidade: as transformações recentes da natureza do poder do Estado nos países capitalistas avançados. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 10, 1982. p. 11.

como modelo econômico-cultural. Analisar-se-á, a seguir, mais detidamente os motivos da referida crise do Estatalismo, bem como as falhas e carências que esse sistema de direito apresenta, para, pautando-as, conseguir adiante pensar em uma possível alternativa de modelo jurídico capaz de suprimir tais insuficiências.

Como já delineado, o Estatalismo Jurídico sagrou-se na história do direito moderno como modelo de sistema jurídico cujas pretensões se baseavam nos ideais de igualdade, individualidade e emancipação do homem. Ocorre que, passado certo tempo após a consolidação do Estado Moderno, frustrou-se a promessa de emancipação, à medida em que a transformou em verdadeira regulação social<sup>19</sup>.

Nesse sentido, constata-se um descompasso entre o modelo jurídico ora corrente e o anseio social de ver pacificados os seus conflitos em conformidade com as expectativas de participação e acesso à justiça de maneira democrática, e de ter possibilitada a manifestação da sua diversidade, a pluralidade de direitos e formas de justiça.

Sobre esse aspecto, ensina Grossi que o ordenamento jurídico não pode sacrificar a diversidade social em nome de uma compactação totalizadora: precisa privilegiar a harmonia da complexidade respeitando as diversidades individuais; é dizer, deve procurar, antes de regular a sociedade de maneira a restringi-la, ordená-la respeitando sua complexidade. Diz o autor<sup>20</sup>:

É necessário, ao contrário, insistir no direito como ordenamento. [...] Ordenamento significa o ato de ordenar, de colocar em ordem, e ordem é uma noção preciosa ao menos no seu aspecto: presta contas com a realidade subjacente, a pressupõe na sua onticidade querendo alcançar o objetivo de ordená-la e não de restringi-la; conseqüentemente, registra e respeita toda a sua complexidade.

O cerceamento da diversidade e restrição da pluralidade da vida social perpetuado pelo legalismo é fruto de sua base formalista e positivista, qualidades privilegiadas nesse modelo uma vez que viabiliza a aplicação e interpretação das normas da forma mais objetiva possível. Esse sistema formalíssimo acaba por conferir ao ordenamento uma condição abstrata, generalizante e impessoal, muitas vezes indiferente às considerações humanas.

---

<sup>19</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. rev. amp. São Paulo: Cortez, 2007. p. 6.

<sup>20</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias**... p. 73.

Wolkmer, ao descrever as características do Paradigma Estatal de Direito já alerta para os seus problemas. Em larga medida, isso ocorre porque o sistema legalista tem como pressuposto de fundamentação, como já descrito, a sociedade como ente homogêneo e integrado, além de promover sua normatividade como sistema de regras neutras e verdadeiras.

Ora, tais fundamentos não mais encontram aderência na realidade contemporânea. Isso porque a sociedade alcançou esferas de complexidade impensáveis, decorrentes de seu aumento quantitativo, bem como devido incremento das relações pessoais de forma complexa: a sociedade é mais do que nunca plural e diversificada, onde as instituições legislativas e judiciais já não esgotam a realidade do direito.

Da mesma forma, sabe-se hoje que as regras oficiais, longe de serem neutras, foram elaboradas por segmento específico, e por isso falham na compreensão da complexidade social e abrangência do direito e da justiça, sendo insuficiente para resolver os conflitos deflagrados na realidade da vida<sup>21</sup>.

Esse é, pode-se dizer, o cerne da crise atual do direito e da jurisdição: o paradigma moderno, ainda cultivado, mostra-se calcado em um racionalismo exacerbado, na cientificização e burocracia extrema do sistema, não mais condizentes com a realidade e demanda atuais. Além disso, ao aplicar, no mais das vezes, o texto legal de forma literal e sistematizada, se promove a objetificação do ser jurisdicionado, ignorando sua historicidade e facticidade.

Não é, contudo, de todo negativo o legado do Estatalismo Jurídico. É forçoso reconhecer que o modelo teve seu mérito na medida em que cumpriu papel de outorgar segurança jurídica ao sistema de direitos, qualidade necessária à formação do direito moderno, abalado pela incerteza gerada pelo absolutismo presente no sistema político até então.

Porém, este modelo experimenta hoje profunda crise por permanecer preso à legalidade formal escrita e tecnicismo de conhecimento abstrato<sup>22</sup>, de forma que afastou-se das práticas sociais cotidianas, renegando a pluralidade de expressões jurídicas extraoficiais e perdendo o substrato social do direito.

A alienação política decorrente do vigente paradigma jurídico é também outro aspecto de relevância a ser considerado dentre as deficiências identificadas

---

<sup>21</sup>WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico...**<sup>22</sup>

Ibid. p. 75.

nesse modelo. Hespanha<sup>23</sup> explica que o aspecto autoritário e impositivo do paradigma legalista revela a “dimensão deste fenômeno (imposição do direito oficial, escrito e legislativo) como fator de alienação político-jurídica e de exclusão de largos extratos da população da vida jurídica oficial”.

Nesse sentido, destaca-se a carência assinalada no ordenamento jurídico pautado no modelo legalista no cumprimento dos deveres de cidadania e justiça para com os sujeitos na medida em que os priva de uma participação efetiva na defesa de seus interesses e na resolução de seus conflitos. Além disso, falha na garantia de realização da justiça plena e emancipação do homem, vez que, incrustado na lógica funcional-mecanicista, promove apenas uma garantia geral de acesso a um direito e a uma justiça ‘igual’ a todos.

Quanto ao atendimento da justiça pelo paradigma atual, vale notar que o legalismo não adota como critério identificador de juridicidade “aquilo que é justo”<sup>24</sup> em sua materialidade, por ser este um critério subjetivo e incerto, da mesma forma que não atenta para o quesito de eficácia da norma devido à sua imprevisibilidade. Não, esse paradigma considera como parâmetro de juridicidade a validade, corolário por excelência do positivismo e formalismo jurídico. O ordenamento, assim, não é necessariamente justo ou eficaz, mas deve sim ser válido.

Faria<sup>25</sup> comenta, ainda, de uma crise de identidade ligada à derrocada do Estatalismo Jurídico como paradigma dominante: trata-se da inaptidão do Judiciário em responder de modo eficiente à complexidade social e litigiosa diante da qual se depara. Acaba por sucumbir, assim, a uma carga desproporcional de tarefas, o que leva à defasagem entre a procura e oferta dos serviços judiciais, em termos quantitativos, bem como qualitativos, provocando uma frustração geral.

Encontra-se então o Poder Judiciário envolvido em uma crise de identidade, ligada intimamente à uma crise de eficiência, ocasionada por um legalismo jurídico inflexível, o qual traz como consequência o “esmagamento” da justiça e a descrença do cidadão comum: “O que verifica, então, é a desconexão entre o aparelho judicial

---

<sup>23</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 19.

<sup>24</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição em crise e a instituição do consenso:** por uma outra cultura no tratamento de conflitos. 477 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007, p. 191.

<sup>25</sup> FÁRIA, José Eduardo. O poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995. In: SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição...** p. 11.

e o sistema político e social, distanciando-se a lei (e, por conseguinte, sua interpretação e sua aplicação) da sociedade na qual se encontra inserida”.<sup>26</sup>

A crise de identidade encontra ainda muito de suas causas no cultivo, pelo ordenamento atual, de um aparato judicial formal, burocratizado e distante das realidades vividas, o que leva ao distanciamento e descontentamento da população. A propósito de essa questão, Santos<sup>27</sup> comenta sobre o que ele denomina de procura suprimida do judiciário:

É a procura daqueles cidadãos que têm consciência dos seus direitos, mas que se sentem totalmente impotentes para os reivindicar quando são violados. [...] Ficam totalmente desalentados sempre que entram no sistema judicial, sempre que contatam com as autoridades, que os esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de se vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas secretarias labirínticas, etc. Esses cidadãos intimidados e impotentes são detentores de uma procura invisibilizada.

Na filosofia de Santos, a procura suprimida constitui uma área do que o autor chama de sociologia das ausências, que trata de uma situação de exclusão e desqualificação sociais. Segundo o jus filósofo português, quando se passar a levar em conta a procura suprimida realizada pelos cidadãos, se perceberá a necessidade de uma grande transformação do sistema judiciário e do sistema jurídico no seu todo, tão grande sentido falar da revolução democrática da justiça<sup>28</sup>.

Quanto à insuficiência do Estatalismo Jurídico especificamente no que tange à jurisdição, destaca Grossi<sup>29</sup> que “quando há fixação dos limites da juridicidade, há confirmação do dogma da estatalidade do direito, sendo evidente a violação do pluralismo jurídico. Deve ser considerado relíquia do pensamento do passado”. Tal é como se apresenta o panorama da jurisdição no ordenamento brasileiro hoje, tendo presenciado relativas aberturas à expressões jurídicas semiautônomas num período mais recente, como ainda se analisará.

Sobre a questão da função jurisdicional do Estado, esta se sobressai como pauta essencial das insuficiências ora analisadas considerando a falha do modelo estatal de direito em atender a função de pacificação social por ele monopolizada,

---

<sup>26</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição...** p. 152.

<sup>27</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3ª ed. rev. amp. São Paulo: Cortez, 2007. p. 23.

<sup>28</sup> Ibid. p. 24.

<sup>29</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias...** p. 79.

gerando sérios problemas no acesso à justiça e na oferta de métodos adequados capazes de satisfatoriamente dirimir conflitos sociais.

Nesse sentido, brilhantemente elucida Santos<sup>30</sup> que a tutela moderna concedida pelo Estado tem como característica e uma das principais falhas o fato de gerar entre os interessados uma dicotomia drástica entre *ganhadores* e *perdedores*. Devido a importância e centralidade no presente trabalho, esse aspecto será discutido de forma específica no próximo tópico.

Outra carência detectada no modelo de adjudicação atualmente praticada pelo direito do Estado é que este trata somente de modo superficial da conflitualidade social; quer dizer, soluciona controvérsias, mas nem sempre resolvendo a fundo o conflito.<sup>31</sup> Isso porque a tutela concedida pelo Estado-juiz é capaz de dirimir somente a lide processual, qual seja, aquilo que é levado pelas partes ao conhecimento do poder judiciário, na petição inicial e contestação. Assim, não dá conta de atender efetivamente interesse das partes, na complexidade maior das relações, questão que abarca a unidade maior do conflito. Esta é chamada de lide sociológica, e não pode ser confundida com a lide meramente processual.

Essas parecem ser umas das distorções vividas no atual paradigma jurídico de maior relevância a ser tratada no presente trabalho, pois que é precisamente nesse aspecto que irá empenhar-se o instituto da mediação.

Conclui-se, assim, que há no atual panorama do mundo do direito um convencimento claro de que o paradigma vigente está em franco descrédito, decorrente da falência do Estado em monopolizar a produção e distribuição do direito, bem como na certeza de que a juridicidade oficial deve reconhecer e conviver com outras formas plurais, mais justas e participativas de manifestações informais de direito que emanam da sociedade. A chave para a superação dessa crise, diz Hespanha<sup>32</sup>, pode residir na restauração de um sistema menos unidimensional de regulação social.

---

<sup>30</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução...** p. 81.

<sup>31</sup> Nesse sentido, diz-se: “Nesses casos, a pretensa solução se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto as pressupostas crises de outra natureza, as quais, por não terem sido conjuntamente dirimidas, tendem a retornar num momento futuro, por vezes recrudescida.” (ALMEIDA, D. A. R.; PANTOJA, F. M.; PELAJO, S. **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 07).

<sup>32</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 13

### 1.3 ACESSO À JUSTIÇA: ACESSIBILIDADE À PRESTAÇÃO ADEQUADA - UMA QUESTÃO QUALITATIVA

Delineou-se na seção anterior as carências encontradas no atual modelo jurídico, o estatismo jurídico, ressaltando a crise de eficiência e de identidade pela qual passa esse paradigma. Assim, é seguro analisar detalhadamente a referida crise de identidade pela qual passa o direito oficial, tendo como ponto de partida o exame do acesso a justiça frente à crise estrutural identificada pelas noções do Pluralismo Jurídico.

Acredita-se que a crise paradigmática identificada implica também em uma crise estrutural do modelo jurídico experienciado atualmente: o monopólio da jurisdição, marcado pelo processo hermético de aplicação e administração da justiça vêm descumprindo com o compromisso primordial do direito, que é a pacificação social.

Isto é, uma das deficiências centrais encontradas no modelo jurídico atualmente posto é sua incapacidade em absorver, processar, e, principalmente, responder adequadamente ao seu escopo de resolver conflitos e viabilizar o convívio social de maneira pacífica. Nesse sentido, percebe-se a necessidade de concretizar os ideais do pluralismo jurídico no que tange às formas existentes de eliminar conflito e fazer justiça, desvinculadas do direito oficial.

Sobre as formas plurais de aplicar o direito frente as carências constatadas pela forma de dizer o direito atual, salienta Wolkmer<sup>33</sup>:

Por mais ampla, forte e totalizadora que possa ser essa “regulamentação jurídica” da sociedade moderna por parte da ação monopolizadora do Estado, este não consegue erradicar e inviabilizar todo fenômeno de regulação informal proveniente de outros grupos sociais não estatais. Para além da oficialidade global dos aparelhos de produção e distribuição da justiça estatal, subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semiautônomos de instâncias legislativas e jurisdicionais. Esses procedimentos societários não estatais envolvendo a convenção de padrões normativos de conduta e resolução consensual de conflitos, articulados informalmente por segmentos ou vontades individuais e coletivas, assumem características específicas de uma validade distinta, legítima e diferenciada, não menos verdadeira, podendo ser, por vezes, até mais justa e autêntica.

Assim, se mostra necessário buscar alternativas plurais de acessibilidade e aplicação da justiça, diversos da jurisdição aplicada pelo ordenamento estatal hoje

---

<sup>33</sup>

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico...** p. 286.

vigente. Nesse sentido, constatadas as deficiências do sistema jurídico e da crise de identidade do aparelho judiciário em responder de forma adequada aos anseios da sociedade, evidenciada pela incapacidade de absorção de determinadas demandas sociais, passa-se à reflexão sobre uma nova dimensão das formas de aplicação do direito, no sentido da ampliação da participação popular e descentralização das esferas de poder.

Morais e Silveira<sup>34</sup> expressam de forma clara essa relação:

Vivemos, por isso, um momento de desacomodação interna, onde há um aumento extenso e intenso de reivindicações de acesso à justiça, quantitativa e qualitativamente falando, em contraposição a instrumentos jurisdicionais notoriamente insuficientes para atender e satisfazer subjetiva e objetivamente o conjunto de demandas que lhe são propostas.

Da mesma forma, afirma Fernando Luis Coelho<sup>35</sup> que “ao considerar outras realidades e praticas jurídicas, o pluralismo jurídico descortina novas formas de se relacionar com a justiça, abre canais para uma maior participação dos cidadãos tanto no direito estatal quanto fora dele”, o que revela uma importante dimensão de inter-relação entre pluralismo e acesso à justiça.

Se faz essencial, nesse diapasão, o estudo das pretensões de reforma do aparato judiciário tendo em vista as concepções de acesso a justiça. Nesse sentido, afirma Hespanha<sup>36</sup>,

[...] o verdadeiro sentido do movimento (acesso à justiça) é sobretudo conseguir introduzir mais justiça nas relações e transações em que os indivíduos estão envolvidos. Os homens não fazem apenas (nem principalmente) a experiência da justiça (ou da injustiça) quando recorrem às instituições patrocinadas pelo Estado; justiça ou injustiça encontram-se igualmente ao nível das instituições primárias onde se exerce a sua atividade.

A concepção tradicional de acesso a justiça é geralmente fundamentada na compreensão de acesso como simples possibilidade de ingresso de demanda sob o Poder Judiciário. Aí, a noção de justiça é construída como algo elevado e longínquo, tangível apenas pelas coordenadas do aparato formal do Estado.

<sup>34</sup> MORAIS, J. Luis Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo**: a mediação no direito. 2<sup>a</sup> ed. Buenos Aires: Almed, 1999; p. 69.

<sup>35</sup> ANTUNES, Fernando Luis Coelho. Pluralismo jurídico e o acesso à justiça no Brasil. In: WOLKMER, A. C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. M. **Pluralismo jurídico**... p. 246.

<sup>36</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça**... p. 77.

Tendo em vista esse cenário, entende-se pela necessidade de uma nova visão do conceito de acesso a justiça, para que passe a levar em conta não somente o sentido estrito de ingresso e disposição do judiciário, mas abranger também a noção de acesso como a necessidade de participação social e postura ativa dos atores sociais na administração da justiça, alcançando assim uma forma de dizer o direito efetivamente democrática, construtiva e equitativa.

Para o devido acesso à justiça é necessário mais do que a simples facilitação da entrada do sujeito no sistema judiciário, é necessário dar atenção aos anseios sociais para que se possa adjudicar de forma a satisfazer as necessidades das partes e efetivamente pacificar o conflito. Hespanha<sup>37</sup> dimensiona bem essa questão:

O problema posto pelo acesso à justiça não é apenas, assim, permitir a todos recorrer aos tribunais; implica que se procure realizar a justiça no contexto em que se colocam as partes; nesta óptica, os tribunais só desempenham um papel indirecto e, talvez mesmo, menor.

O que se propõe, nesse sentido, é a análise crítica do referido conceito, considerando-o pelo viés da sociologia jurídica e pelos ensinamentos da teoria do Pluralismo Jurídico. Assim, o acesso a justiça pode ser entendido como o objetivo de garantir um espaço público descentralizado, permeado por uma pluralidade de interesses e pela efetivação real das necessidades humanas, no qual o direito se identifica com as formas de agir comunitário, por meio de processos sociais de grupos, comunidades locais e profissionais<sup>38</sup>.

É por esse caminho que se pretende a análise do acesso a justiça do ponto de vista qualitativo, em detrimento da exame quantitativo do acesso a justiça geralmente realizado, que enfoca apenas os aspectos numéricos de ingresso de demandas no judiciário sem considerar a qualidade da tutela prestada ou o grau de satisfação dos envolvidos por ela alcançados.

Adotando mesmo viés, Anonni<sup>39</sup> explica a relação entre pluralismo jurídico e acesso a justiça destacando este como o meio judicial ou extrajudicial de promover os direitos fundamentais. Diz a autora:

Com efeito, a construção de uma democracia plural emerge da

---

<sup>37</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 75.

<sup>38</sup> ANTUNES, Fernando Luis Coelho. Pluralismo jurídico...

<sup>39</sup> ANNONI, Danielle. O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília, 2008. p. 80.

horizontalidade não apenas dos direitos, mas também do poder conferido aos sujeitos que, em condições de igualdade, possam legitimar novos instrumentos de promoção dos direitos fundamentais, tornando concreta a proteção conferida pela norma, no sentido de permitir a todos, indiscriminadamente, acesso aos mecanismos que os materializem, sejam estes jurídico-estatais ou não.

No tema do acesso a justiça destaca-se o estudo realizado por Garth e Cappelletti<sup>40</sup>, na medida em que trazem a proposta da atividade judicial exercida pelo Estado como mera atividade secundária, enquanto privilegiam e estimulam o uso de métodos extraprocessuais diferenciados de resolução de conflitos como práticas primordiais ao acesso à justiça.

Os professores da Universidade de Stanford assinalaram em seu Projeto Florença, desenvolvido nos fins da década de setenta, "inquietações de muitos juristas, sociólogos, antropólogos, economistas, cientistas políticos, e psicólogos, entre outros, que conclamavam alterações no sistema para se prover o 'acesso à Justiça'"<sup>41</sup>. O projeto mostrou-se, dessa forma, pioneiro no sentido de pesquisar e estudar o ambiente do Poder Judiciário, suas deficiências, bem como propor alternativas aos problemas encontrados<sup>42</sup>.

Fala-se<sup>43</sup> que vivemos hoje a chamada *quinta onda de acesso a justiça*, fase de propostas que se volta à ações de desjudicialização e oferta de métodos alternativos de resolução de conflitos, oficiais ou extra oficiais, num movimento denominado acesso a justiça como acesso à resolução adequada do conflito. Esse movimento tem como alvitre desvencilhar-se da concepção de acesso meramente formal de justiça e atentar-se à complexidade das relações entre as pessoas, propondo o acesso a justiça como acesso à resolução adequada dos conflitos.

A quinta onda de acesso a justiça preocupa-se, assim, em proporcionar a cada caso o procedimento que melhor convém à causa identificada entre as partes, de acordo com as relações envolvidas, valores, grau de intensidade do relacionamento, extensão de seus feitos perante o grupo familiar, social, dentre outros fatores.

Nesse sentido, salienta Bacellar<sup>44</sup> que

---

<sup>40</sup> GOMMA, André. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a auto composição no direito processual. In: **Estudos em arbitragem, negociação e mediação**. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2005. p. 06.

<sup>41</sup> GOMMA, André. Perspectivas metodológicas... p. 06.

<sup>42</sup> ANNONI, Danielle. O movimento...

<sup>43</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29-30.

<sup>44</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação**... p. 56.

Hoje, a promessa do acesso formal a justiça, sem efetividade, não é mais suficiente. Nova perspectiva, a do acesso a ordem jurídica justa, o que inclui o processamento da forma mais adequada, efetiva, e em tempo razoável. [...] Há de se planejar um acesso qualificado que propicie mobilidade ao cidadão para escolher, com orientação suficiente, as melhores alternativas para a resolução de seus conflitos.

Entende-se, assim, que, escolhendo os interessados por dirimir seus conflitos por métodos plurais ou extra oficiais à jurisdição, tal opção deve ser respeitada, com vistas à busca por efetividade e melhor cumprimento do princípio do acesso a justiça.

Quanto ao direito fundamental da inafastabilidade do Poder Judiciário de qualquer lesão de direito, expresso no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>45</sup>, o autor afirma que o princípio não tem papel de vincular todos os conflitos à decisão do Estado-juiz, antes ele preceitua que os conflitos deverão ter resolução adequada de acordo com o devido processo legal.

Feitas essas considerações, conclui-se que o acesso a justiça pensado pelo viés crítico do pluralismo jurídico constitui em ampliar canais de participação dos atores sociais na administração da justiça e descentralização do poder político, convergência de propostas que Fernando Luis Coelho<sup>46</sup> chama de “*formas plurais de acesso à justiça*”, numa síntese dos conceitos de pluralismo jurídico e de acesso a justiça.

Nesse panorama, é possível afirmar que frente a leitura crítica do conceito de acesso, os mecanismos a serem implementados com fins de atingir o acesso a justiça como espaço público descentralizado não mais podem ser limitados ao enfoque meramente processualista, que se baseia na simples implementação de mecanismos legais e procedimentais vinculados à justiça estatal. Essas ações já não são suficientes para alterar o quadro de exclusão presente na administração e fruição do direito.

Na nova concepção de acesso a justiça, percebe-se a necessidade de implementar mecanismos que visam a efetivar modalidades descentralizadas da administração da justiça, práticas que possibilitem a participação dos agentes sociais na produção da justiça, escolha do modo de adjudicação e papel ativo na resolução de conflitos, reduzindo sua dependência do sistema intervencionista do

<sup>45</sup> “XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

<sup>46</sup> ANTUNES, Fernando Luis Coelho. Pluralismo jurídico... p. 254.

Estado.

Assim é que se consolidará modelo de jurisdição democrática e cidadã, com verdadeira promoção de acesso à justiça e pacificação social, uma vez que, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, “Ser cidadão não é somente ter acesso a justiça, usufruir do poder judiciário: a litigiosidade não significa cidadania. [...] A ordem jurídica não é uma ordem litigiosa”<sup>47</sup>.

---

<sup>47</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. A justiça é lenta porque é desorganizada. **Revista Encontro**, n. 129, 2012. p. 8.

## **CAPITULO II - MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ADEQUADOS: UMA PROPOSTA DE SOLUÇÃO ÀS INSUFICIÊNCIAS**

### **2.1 A BUSCA DE MECANISMOS ALTERNATIVOS QUE POSSIBILITEM A MANIFESTAÇÃO DO DIREITO PLURAL**

Como foi visto, o paradigma de direito atualmente vigente é dotado de um elevado grau de institucionalização da função jurídica, revelando seu caráter autoritário e impositivo à medida em que se apresenta extremamente especializado, autônomo, burocrático e sistematizado. Essa feição conduz a impessoalização, generalização e a subestima da justiça como critérios de juridicidade, o que acaba por ocasionar uma crise de identidade do Poder Judiciário e um sentimento generalizado de frustração na sociedade.

Também, viu-se que a noção de acesso a justiça tradicional, aquela pautada estritamente no volume de demandas ingressas no Poder Judiciário, hoje já não mais atende às expectativas e necessidades da sociedade plural contemporânea.

Atualmente se anseia, mais do que o simples favorecimento de entrada ao judiciário, o desenvolvimento e incentivo de práticas adequadas à real resolução dos conflitos, que possibilite a participação dos sujeitos envolvidos na disputa, proporcionando verdadeira experiência de autonomia e cidadania. Sobre a necessidade de valorizar as práticas plurais de aplicação do direito comenta Dinamarco<sup>48</sup>:

A sólida herança cultural transmitida pela obra dos cientistas do direito, mais a prática diuturna dos problemas da Justiça institucionalizada e exercida pelo Estado com exclusividade mediante julgamentos e constrições sobre pessoas e bens, são responsáveis pelo grande zelo votado à jurisdição como objeto de hermético monopólio estatal. Mas a exagerada valorização da tutela jurisdicional estatal, a ponto de afastar ou menosprezar o valor de outros meios de pacificar, constitui um desvio de perspectiva a ser evitado.

Assim, percebe-se que a administração da justiça volta-se a melhor resolver disputas afastando-se muitas vezes de fórmulas exclusivamente positivadas e incorporando métodos interdisciplinares a fim de atender não apenas aqueles interesses juridicamente tutelados mas também outros que possam auxiliar na sua função de pacificação social.

Nesse sentido, “À medida que o Estado e o direito legislado perdem espaço (...), o direito inoficial ganha forças como meio de tratamento de conflitos. Na

---

<sup>48</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.

verdade, se assiste a um gradativo abandono do Direito ‘como ele é’ para se atribuir valor a um novo direito, oficialmente não legitimado.”<sup>49</sup>

Diante das inúmeras insuficiências encaradas pelo legalismo estrito no contexto da sociedade atual, mais exigente por justiça, celeridade, eficácia; percebe-se a necessidade de dar maior vazão à manifestação do direito espontâneo e plural, este que é nascido no seio da comunidade.

Quando deixam de estar condicionadas às premissas burocráticas, sistemáticas, tecnicistas e especializadas, as erupções de direito espontâneo ganham eficácia social, cuja dinâmica é assumida pelas próprias forças individuais ou grupos sociais. Quem acaba por definir e produzir o conteúdo do direito, assim, são os próprios sujeitos interessados, tendo como pauta a matéria que eles próprios consideram política e socialmente relevante.

O Direito, dessa forma, afasta-se da ideia de controle disciplinar do Estado ou direção social impositiva, e passa a vigorar como verdadeira resposta eficaz e justa às necessidades surgidas, tornando-se assim supremo bem jurídico protegido e garantido<sup>50</sup>.

Tal proposta não se trata, necessário dizer, de um “discurso anarquizante”<sup>51</sup>, tampouco da negação de autoridade ou repulsa a todo direito procedente do Estado. Ou seja, de forma nenhuma se defende, no presente trabalho a negação do valor e eficiência da tutela prestada pelo Estado e sua serventia e função na resolução de variados tipos de conflitos.

Muito menos se pretende argumentar que o remédio para todas as insuficiências detectadas no modelo de direito hoje existente reside na busca e uso de formas alternativas de aplicação do direito. Trata-se tão somente de conferir uma maior atenção à realidade efetiva que constitui a pluralidade social e suas formas espontâneas de dizer o direito e que não coincide, em muitas das vezes, com a conformação da jurisdição hoje posta.

Nesse sentido defende-se o posicionamento de Hespanha<sup>52</sup> acerca do Pluralismo Jurídico: o autor se vale do conceito de relegalização, segundo o qual propõe não substituir por completo o paradigma legalista, mas antes reorienta-lo de forma a encontrar modelo que permita compatibilizar os mecanismos legislativos

---

<sup>49</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdição**... p. 137.

<sup>50</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 351.

<sup>51</sup> GROSSI, Paulo. **Mitologias**... p. 78.

<sup>52</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça**... p. 34-35.

com a preservação da autonomia do direito espontâneo.

Ressalta ainda o historiador o valor heurístico da reflexão sobre a composição do sistema de direito, uma vez que seus princípios fundantes direcionam-se pelos ideais de unidade, respeito à diversidade e seguridade de controle, persistindo a autonomia.

Assim, o que se propõe dentro do ideal de relegalização é a busca de uma solução que combine ambos os modelos de sistema jurídico apresentados, o Pluralismo e o Estatalismo Jurídico:

Destronar e dismantelar o direito estadual por um lado, fazer absorver este direito pelo direito espontâneo, por outro: estas duas soluções não nos parecem nem realizáveis nem mesmo atraentes. Não será possível, todavia que direito oficial e direito espontâneo venham a enriquecer-se um ao outro, cada um deles trazendo uma solução às fraquezas do outro?<sup>53</sup>

Tais conclusões levam a busca de reformas da administração da justiça no sentido de investigar institutos capazes de conciliar a procura por um direito mais justo, efetivo, espontâneo, mais acessível e inteligível, sem desprezar o direito oficial.

Assim, conforme preleciona Santos<sup>54</sup>, “A nossa meta deve ser a criação de uma cultura jurídica que leve os cidadãos a sentirem-se mais próximos da justiça. Não haverá justiça mais próxima dos cidadãos, se os cidadãos não se sentirem mais próximos da justiça”.

Dessa forma, na certeza de que o direito desenvolve-se também fora dos trilhos do direito oficial, por ser produto social, e, frente as dificuldades apresentadas pelo Poder Judiciário no exercício e aplicação desse direito, o que se procura é um sistema que propicie a autonomia e primazia dos interesses dos cidadão envolvidos nos conflitos.

Trata-se de buscar novos mecanismos de acesso à justiça que acolham as necessidades da sociedade atual, quais sejam, instrumentos jurídico-processuais que, convivendo com os meios processuais tradicionais, estejam aptos a concretizar as demandas por participação dos envolvidos na construção da solução, de forma a individualizar e oferecer harmonização do conflito da maneira mais adequada ao caso.

---

<sup>53</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 88-89.

<sup>54</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução...** p. 84.

O questionamento a seguir feito é: como melhorar as instituições de direito? De que modo torná-las sensíveis às reivindicações da sociedade pluralista contemporânea, que deseja em certa medida a regulamentação legal de suas demandas, mas também a aplicação de uma justiça efetiva e individualizada aos seus conflitos, bem como a atenção do judiciário às questões e interesses satélites à suas disputas?

Neste diapasão, os autores irão analisar diferentes maneiras de fazer valer a necessidade de expressão desse direito plural e promover a reforma da administração da justiça visando a alcançar a composição ideal do sistema de direito, conforme visto: alguns falarão da reforma tecnológica das estruturas do judiciário, outros recomendarão reforma da organização e formação da magistratura, outros ainda enfocarão no aspecto hermenêutico da aplicação do direito como objeto de reforma voltada a esses fins.

É possível dizer, de qualquer forma, que as reformas que buscam a criação e desenvolvimento de alternativas de resolução de litígios constituem uma das maneiras de maior inovação na política judiciária. Faria e Sousa<sup>55</sup> esclarecem que, nesse sentido, o aprimoramento do sistema judiciário não se relaciona tanto com uma estrutura constitucional pré-estabelecida, antes advém de intrincado processo onde se desenvolvem múltiplas estratégias de negociação que visam a chegar em uma ordem jurídico-política nova e mais justa.

Pode-se mencionar, nessa seara, a tendência processual denominada de *pluri processualismo*, a qual preceitua que o sistema jurídico deve ter um espectro plural de processos, para que cada caso concreto possa receber o melhor mecanismo de solução conforme seu perfil, com o escopo, assim, de serem reduzidas as ineficiências inerentes aos mecanismos tradicionais de resolução de disputas<sup>56</sup>.

Alguns autores tratam tal expediente com o nome de Fórum de Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse*), uma proposta de criação de um centro de justiça o qual disponibiliza aos jurisdicionados uma multiplicidades de procedimentos

---

<sup>55</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução da sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça**... p. 13-55.

<sup>56</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação judicial**. 5ª ed. Brasília: CNJ, 2015. p. 36.

possíveis de serem utilizados de acordo com as características peculiares apresentadas pelos sujeitos e seus conflitos<sup>57</sup>.

Trata-se de proposta que visa a conceder acesso a justiça em seu sentido amplo, não meramente formal, pois tem como diretriz a consciência de que, conforme o mecanismo utilizado, é possível atender melhor ou pior ao interessado, vez que cada processo possui vantagens e desvantagens intrínsecas.

Assim, o Fórum de Múltiplas Portas apresenta institutos que visam a criar, paralelamente à justiça convencional, métodos alternativos de resolução de conflitos, cuja proposta é formar processos afastados do Estado-Juiz, de baixo custo ou gratuitos, e que visam a maximizar o acesso a seus serviços, com vista a obtenção de soluções mediadas entre as partes.

São os institutos chamados pela doutrina de “deslegalização”, “justiça comunitária”, “resolução de conflitos”, “processamento de litígios”, que consistem, em suma, na criação de processos descentralizados que substituam ou complementem em áreas determinadas áreas a administração da justiça para que reduzam a marginalidade de justiça e produzam genuinamente a efetividade e democratização do direito. Mas o fato é que, por todo o país, em todas as classes sociais, diante de todos os tipos de conflitos, explodem opções parajudiciais (ou sociais) de administração de justiça.

É nesse contexto de necessidade de reforma do Judiciário visando essencialmente a inclusão da pluralidade social ao direito oficial é que se apresentam como opção ótima os métodos alternativos de resolução de conflitos, ou os chamados ADR's (*Alternative Dispute Resolution*), que englobam práticas como a conciliação, mediação, arbitragem, justiça restaurativa, justiça comunitária, entre outros.

São alternativas procedimentais ao sistema formal tradicional de resolução de conflito, aplicados independentemente ou complementarmente ao Poder Judiciário, por intermédio de métodos e técnicas diferenciados que se destacam por constituir novo tipo de cultura na solução de litígios, distanciado do antagonismo agudo dos clássicos combates entre as partes, e mais centrados nas tentativas de negociar harmoniosamente a solução desses conflitos, num sentido, em realidade,

---

<sup>57</sup>

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação...** p. 80.

direcionado à pacificação social quando vistos em seu conjunto, em que são utilizados métodos cooperativos<sup>58</sup>.

Os métodos alternativos podem ser consensuais, quando tem como alicerce a formação de uma solução conjunta pelos envolvidos na disputa, fundada na auto composição; ou adversariais, fundados na heterocomposição, quando usam de um terceiro imparcial não oficial que imporá solução para por fim ao conflito. Esses métodos tem como paridade a resolução do conflito por partes distintas do Estado-juiz, como ocorre nos procedimentos tradicionais de jurisdição.

O Poder Judiciário tem como finalidade a realização da justiça e a promoção da equidade e da paz social<sup>59</sup>. Ocorre que de nada valem tais premissas se o aparato oficial de jurisdição não consegue, dentro do paradigma monista de direitos, adjudicar de forma tempestiva e satisfatória à justiça, necessidade, e interesse das partes.

Assim, frente as suas insuficiências e, visto que a ele não é dado recusar a recepção de demandas, o instrumento ora indicado para a desfiro desse impasse é a implementação dos métodos alternativos de resolução de conflitos, possibilitando aos jurisdicionados a escolha por métodos diferenciados de resolução de conflitos, semi ou extrajudiciais, visando a efetivação da justiça e pacificação tão almejadas.

## 2.2 MÉTODOS ADEQUADOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: APONTAMENTOS PROCESSUAIS

Identificou-se a necessidade de perseguir novos instrumentos de concessão de direitos e promoção de justiça, tendo em vista as insuficiências identificadas no atual paradigma jurídico, marcado pela estrita formalidade e legalidade, bem como pela perspectiva mais recente do conceito de acesso a justiça, que acata não somente a questão quantitativa de ingresso ao judiciário, mas também a visão de acesso como oferecimento da resolução adequada ao conflitos.

Da mesma forma, foram timidamente assinalados como alternativas eficientes nesse panorama de crise os métodos alternativos de resolução de conflitos como instrumentos aptos a desempenhar a resolução de litígios, proporcionando escolha da aplicação do direito mais adequada ao interessado, e

---

<sup>58</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação**... p. 37.

<sup>59</sup> Nesse sentido, conferir o art. 1º da Resolução 70/2009 do Conselho Nacional de Justiça.

visando a participação cidadã, justiça e pacificação entre os envolvidos, de forma paralela ao Poder Judiciário.

Passa-se agora à análise mais detalhada dos métodos ADR's (*Alternative Dispute Resolution*), bem como seus institutos, características e interação com o ordenamento jurídico oficial, do ponto de vista da doutrina processualista civil, para então realizar resumido exame de alguns institutos hetero e auto compositivos de resolução de disputas e suas diferenças.

Sobre essa questão, importa destacar que foi excluído do presente trabalho a análise dos métodos de resolução alternativos de litígios praticados no âmbito do direito penal, em especial a denominada Justiça Restaurativa, instituto pautado no processamento colaborativo dos conflitos caracterizados como crime, visando a não punição e recuperação da relação entre vítima e ofensor. Essa exclusão, necessário esclarecer, ocorre não por irrelevância desse instituto, mas por falta de espaço suficiente para trata-lo com propriedade junto dos demais.

Inicialmente, cumpre delimitar o entendimento doutrinário dos métodos alternativos de resolução de conflitos como procedimentos alheios ou parcialmente externos à jurisdição estatal. Esse esclarecimento se mostra fundamental no sentido de enfatizar as práticas alternativas como formas diversificadas de solucionar disputas e dizer o direito, condizentes com o marco teórico do Pluralismo Jurídico.

É clara a doutrina ao ressaltar tais procedimentos como métodos extrínsecos ao direito oficial do Estado. Nesse sentido comenta Humberto Theodoro Jr.<sup>60</sup>:

Sendo a jurisdição atividade estatal provocada, e da qual a parte tem disponibilidade, como já vimos, pode a lide encontrar solução por outros caminhos que não a prestação jurisdicional. Assim, nosso ordenamento jurídico conhece formas de auto composição da lide e de solução por decisão de pessoas estranhas ao aparelhamento judiciário (árbitros).

O autor denomina as formas extrajudiciais de composição de litígios de *substitutivos da jurisdição*. Quanto a essa nomenclatura entende-se necessário, contudo, fazer uma ressalva. Isso porque o que se propõe com os referidos métodos diferenciados de resolução de conflitos é a obtenção de solução transformativa da

---

<sup>60</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1 - Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 55ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41.

disputa, resposta essa incapaz de ser dada pela jurisdição em sua forma tradicional, pelo que incomparável à esta.

Ainda, entende-se, com a devida vênia, que não há que se falar em *substitutivo* ou *equivalente* jurisdicional uma vez que não se busca, na proposta desses novos métodos, sobrepor a adjudicação oficial provida pelo Estado: esta continua sendo eficiente e oportuna para determinadas espécies de conflitos. Assim, é preferível a qualificação métodos alternativos ou diferenciados para nomear as modalidades de resolução de conflitos autônomas ou semiautônomas à jurisdição tradicional.

Dinamarco<sup>61</sup> também ressalta o caráter extrajurisdicional dos métodos ADR's:

Na realidade, a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa, eliminando conflitos e satisfazendo pretensões justas. (...) Como esse ideal é utópico [exclusividade estatal], faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade.

Didier<sup>62</sup> é outro processualista que destaca os métodos alternativos de solução de conflitos como formas não jurisdicionais de solução de conflitos que, não sendo jurisdição, funcionam como técnica de tutela de direitos, resolvendo conflitos ou certificando situações jurídicas.

Ainda, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves<sup>63</sup>:

A auto composição é uma interessante e cada vez mais popular forma de solução dos conflitos sem a interferência da jurisdição (...). Inclusive é considerado atualmente um excelente meio de pacificação social porque inexiste no caso concreto uma decisão impositiva, como ocorre na jurisdição, valorizando-se a autonomia das partes na solução dos conflitos.

Já Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto<sup>64</sup> atestam que os métodos alternativos de resolução de conflitos correspondem a técnicas semi autônomas à

---

<sup>61</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v.1. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 55.

<sup>62</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14<sup>a</sup> ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012. p. 105.

<sup>63</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 6.

jurisdição estatal. Segundo os autores, esses modelos ajustam-se à dimensão da política judiciária, essa que é marcada pela participação cidadã:

Assim como a jurisdição não tem apenas escopo jurídico (o de atuação do direito objetivo), mas também escopos sociais (como a pacificação) e políticos (como a participação), assim também outros fundamentos podem ser vistos na adoção das vias conciliativas, alternativas ao processo: até porque a mediação e a conciliação, como visto, se inserem no plano da política judiciária e podem ser enquadradas numa acepção mais ampla de jurisdição, vista numa perspectiva funcional e teleológica.

Como visto, as técnicas diferenciadas de resolução de conflitos são consideradas práticas de direito diversas da jurisdição tradicional, ainda que institucionalizadas. Assim, como informa Wolkmer<sup>65</sup>, “para além da oficialidade global dos aparelhos de produção e distribuição da justiça estatal, subsiste, paralela, subjacente e concorrente, uma pluralidade de níveis autônomos e semiautônomos de instancias legislativas e jurisdicionais.”

Admite-se, dessa forma, uma espécie de pluralidade alterativa quanto aos métodos de dizer o direito em cotejo com as formas jurisdicionais usadas pelo direito oficial. Trata-se de processos diferenciados de aplicar o direito, mais atentos às necessidades e complexidades das relações e demandas sociais hoje clientes do sistema jurídico.

De qualquer forma é notório, na doutrina processualista atual, o movimento que tende à inclinar-se ao instrumentalismo<sup>66</sup> e efetividade do processo civil, isto é, a ideia de que o processo, como ferramenta própria para obter a pacificação social, deve buscar em suas técnicas aquela que se mostre mais adequada para produzir o resultado desejado, qual seja, a resolução das disputas verificadas no plano material.

Assim, quanto mais adequado for o processo e as técnicas implementadas ao caso, mais efetiva será a resposta dada pelo direito ao caso concreto. Instrumentalismo e efetividade são, dessa forma, conceitos do processo civil

---

<sup>64</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional - guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3.

<sup>65</sup> WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**... p. 286.

<sup>66</sup> Salienta-se que Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto chamam essa tendência de instrumentalismo substancial, em oposição ao instrumentalismo meramente nominal ou formal.

moderno que casam em perfeita sintonia com os ideais do novo paradigma que se tenta alavancar, o Pluralismo Jurídico.

Essas noções difundidas na processualística moderna são, dentre outras, responsáveis também por dar espaço à manifestação e desenvolvimento da chamada *cultura de pacificação*, esta que projeta se sobrepor a cultura existente hoje, a *cultura da sentença*. Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto alertam que a *cultura da sentença* é produzida desde os bancos universitários, onde se perpetua essa mentalidade, dificultando desenvolvimento da cultura da conciliação. Dizem os autores<sup>67</sup>:

A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado. Decisão esta muitas vezes restrita à aplicação pura e simples de previsão legal, o que explica o vasto universo de normas no ordenamento jurídico nacional que buscam pelo menos amenizar a ansiedade do cidadão brasileiro em ver aplicadas regras mínimas para regulação da sociedade.

As ideias de instrumentalismo e efetividade processuais corroboram assim a uma melhor abertura e aceitação de métodos alternativos de resolução de conflitos como mecanismos (semi) autônomos a jurisdição capazes de prestar adequadamente o direito, de maneira de o processo tenha plena aderência à realidade sócio jurídica. Dessa forma, espera-se caminhar no sentido da disseminação da cultura da pacificação.

Outro princípio processual civil o qual vem ao encontro dos métodos alternativos de resolução de conflitos é o Princípio da Adaptabilidade, também denominado por alguns autores de adequabilidade formal do processo, segundo o qual o procedimento há de afeiçoar-se as peculiaridades de cada litígio<sup>68</sup>. Este princípio é estritamente ligado à ideia do Fórum de Múltiplas Portas, já tratado na seção anterior.

Na sua essência, determina o referido princípio que se deve buscar adequar a técnica processual de resolução dos conflitos a partir da realidade do direito material. Nesse sentido também é que se (re)afirma que nem sempre as técnicas processuais alternativas serão mais adequadas para a justa composição de um determinado conflito em oposição ao método processual tradicional. É dizer,

---

<sup>67</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento...** p. 64.

<sup>68</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação...** p. 82.

dependerá das características do conflito, como a qualidade do direito discutido, existência de vínculo entre as partes, entre outros fatores.

Sobre esse tema, exemplifica André Gomma<sup>69</sup>:

Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que continuarão a ter contato uma com a outra (e.g. disputa entre vizinhos), em regra, recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, tal como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse em abrir um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (e.g. disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores), recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que público ou ao menos pouco sigiloso (e.g. processo judicial).

Desse modo, se afirma que tais métodos alternativos de resolução de conflitos não devem ser utilizados de forma indiscriminada pelos centros de justiça, mas de forma parcimoniosa e adequada, sob pena de ferir distorcer a finalidade dessas medidas. Pelo mesmo motivo, predomina hoje na doutrina entendimento que a aplicação de métodos alternativos de resolução de conflitos não pode se dar de maneira imposta aos sujeitos, mas de maneira espontânea e voluntária, sendo essas características fundamentais ao *pluri processualismo*. Os métodos alternativos devem ser, assim, estimulados, e não impostos.

Sobre a voluntariedade desses métodos alerta André Gomma<sup>70</sup>:

De fato, há indicações de que, quando a auto composição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto. Em relação a essa conduta, também denominada de pseudo auto composição, muito se escreveu para criticá-la, conforme indicado acima quando se discutiu a proposta de Baumbach.

Quanto aos métodos alternativos de resolução de conflitos, far-se-à brevíssimo exame de alguns institutos hetero e auto compositivos de resolução de disputas e suas diferenças.

Começando pela conciliação, esta constitui instituto de resolução de disputas pelo meio consensual, utilizando-se do auxílio de um terceiro imparcial que tem o poder de sugerir soluções. É dizer, trata-se de um método de auto composição de conflitos, no qual as partes, com a ajuda e intervenção de um

---

<sup>69</sup> GOMMA, André. Perspectivas metodológicas... p. 8.  
<sup>70</sup> Ibid. p. 5.

terceiro, irão elas mesmas compor a resolução ao caso, podendo esse facilitador fazer sugestões e propostas, durante o processo, visando a conquistar o acordo.

Já a mediação, assim como a conciliação, é método consensual de resolução de conflito, vez que seu processo é pautado na participação dos jurisdicionados na construção da decisão. Porém, nesse processo, o papel do terceiro é de mero facilitador e mediador do diálogo como meio de construção da solução, não podendo este sugerir resultados. Nesse processo, a resolução do caso é inteiramente arquitetada pelas partes envolvidas, de acordo com seus interesses, condições e realidades fáticas.

As principais diferenças entre conciliação e mediação são, portanto, o papel desempenhado pelo terceiro: se tem prerrogativa de oferecer soluções e interferir de forma mais ativa no processo de composição, fala-se em conciliação; já se a postura do terceiro for de mero facilitador do diálogo entre as partes, será este um procedimento de mediação.

Nesse sentido, pode-se dizer que a mediação promove a capacitação jurídica do cidadão ao fomentar a aproximação entre justiça e cidadania, além de viabilizar “alargamento necessário do poder da Sociedade Civil e construção de espaço público mais democrático e compartilhado.”<sup>71</sup>

Outra diferença de relevância entre esses métodos diz respeito aos conflitos aptos a aplicar a mediação e conciliação: enquanto a conciliação é apropriada a quase a totalidade de conflitos, onde a disputa é exclusivamente material, e é, por isso, em geral mais rápida, a mediação é recomendada para os casos em que existe entre as partes uma inter-relação entre as partes, ou seja, a disputa é permeada pela existência de certo tipo de atrito no relacionamento contínuo e significativo entre as partes.

Esse método específico de resolução de conflitos será estudado com mais profundidade no próximo capítulo.

Por fim, outra prática alternativa à jurisdição tradicional é a arbitragem. Essa técnica diferencia-se bastante das demais formas alternativas de resolução de conflitos por ser forma não consensual de resolução, chamada heterocompositiva. Isso se dá porque o conflito é dissolvido pela imposição de decisão por um terceiro alheio à disputa, o árbitro.

---

<sup>71</sup>

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico...** p. 289.

Não se trata, assim, de resolução composta pelas partes, mas fixada por terceiro imparcial escolhido por estes, ainda que não seja pelo Estado-juiz. Chama-se de método adversarial, onde a solução independe da vontade das partes. Por ser desenvolvido fora do ambiente oficial do Poder Judiciário, é reconhecido como meio alternativo de resolução de conflitos.

Outros meios diferenciados de se resolver conflitos podem ser a avaliação técnica (neutra, por terceiro), o aconselhamento (orientação profissional), o ombudsman (facilitação de disputas entre empresas e consumidores), a “*med-arb*” (combinação entre mediação e arbitragem), dentre outros mais variados métodos e alternativas.

Os métodos ADR`s tem como principais características comuns a confidencialidade procedimental, segundo a qual o terceiro facilitador não poderá tratar fora do processo sobre as questões discutidas, a livre manifestação da vontade das partes e a informalidade dos atos. Relevante destacar também que essas formas extrajudiciais de composição de litígios só podem ocorrer entre pessoas maiores e capazes e apenas quando a controvérsia girar em torno de bens patrimoniais ou direitos disponíveis<sup>72</sup>.

Essa observação é importante no sentido de esclarecer que os procedimentos alternativos não tem o condão de criar normatividade. É dizer, não é aí que reside seu caráter plural, mas no fato de constituírem métodos diferenciados de conceder resposta jurídica à disputas de forma mais adequada às necessidades e particularidades das partes, proporcionando sua verdadeira participação no processo de construção da justiça.

Sobre esse aspecto, esclarece Hespanha<sup>73</sup> que o acesso à justiça baseado nas resoluções de natureza privada vai além do que simplesmente “*criar o direito que convém à situação das partes*” vez que os dados jurídicos usados são pré existentes, ou seja, não se cria nova norma. Para o autor, é mais correto dizer que as partes usam de “uma regulamentação jurídica que se situa na sombra de uma ordem espontânea” na construção do direito alternativo.

Este é o panorama geral observado na doutrina processual civil a respeito dos métodos alternativos de resolução de conflitos. Apesar de observarmos ainda

---

<sup>72</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol.1 - Teoria geral do direito processual civil e processo do conhecimento. 55ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 41.

<sup>73</sup> HESPANHA, António Manuel. **Justiça...** p. 83.

bastante enraizada entre estudantes e operadores do direito a cultura da sentença, nota-se também a crescente abertura da doutrina processualista para as modernas concepções de instrumentalismo e efetividade do processo, essas que possibilitam um novo olhar aos métodos diferenciados de resolução de disputas, com vistas ao desenvolvimento de uma *cultura da pacificação*.

### 2.3 PLURALISMO E MÉTODOS ALTERNATIVOS FRENTE À RESOLUÇÃO 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E LEI DE MEDIAÇÃO

Como visto no tópico anterior, a cultura processualista paulatinamente vem dando espaço ao desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, tendo em vista a atenção da doutrina mais recente ao instrumentalismo e efetividade do processo.

Prova bastante concreta disto é o recente acolhimento dos procedimentos alternativos de resolução de conflitos no Novo Código de Processo Civil<sup>74</sup> de forma mais expansionista e receptiva. Além disso, tivemos no ano de 2015 a aprovação da Lei de Mediação<sup>75</sup>, que regulamentou o procedimento da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública.

Essas são amostras de como as práticas diferenciadas de resolução de controvérsias tem sido bem vindas e acomodadas no sistema de direito oficial. Isso porque é notório não só aos operadores do direito mas também ao legislador a necessidade de dar abertura a novas concepções de jurisdição que se descolam do monopólio Estatal; preparar uma nova ordem processual atenta às contemporâneas tendências de desligamento da produção de direito e resolução de conflitos estritamente ligados ao Estado-Juiz.

Nesse sentido, destacam Paumgarten e Bernardina de Pinho<sup>76</sup>:

A busca por um sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial não é apenas oportuna, como essencial. A expectativa na adição de formas extrajudiciais para a solução das demandas como antídoto contra a

<sup>74</sup> Lei 13.105/2015, que passará a vigorar em março de 2016.

<sup>75</sup> Lei 13.140/2015, já em vigor.

<sup>76</sup> DE PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M. P. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do novo código de processo civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, D. A. R.; PANTOJA, F. M.; PELAJO, S. **A mediação...** p. 13.

inefetividade (e litigiosidade, a favor da pacificação) da via jurisdicional estatal é evidente.

Importante ressaltar, como já registrado em tópico anterior, que o fato de essas práticas estarem positivadas na normatividade não retira o seu caráter de pluralidade, vez que a vertente extra-jurisdicional e espontânea dos métodos alternativos de resolução de controvérsias está no fato destes possibilitarem aos envolvidos a participação na construção da resposta jurídica em conformidade com suas necessidades, através da auto composição da solução do conflito.

Nesse sentido, é possível entender a previsão da mediação no Novo Código de Processo Civil e Lei de Mediação não como formas de jurisdicionalização desse instituto, mas como uma adicional política pública de incentivo e difusão a esse método de resolução alternativa de conflito. É dizer, a sua previsão em lei aproxima-a, certamente, do direito tradicional, mas não tem o condão de tornar a solução alcançada no processo de mediação similar à tutela jurisdicional imposta pelo Estado-Juiz.

É possível encontrar na doutrina<sup>77</sup>, ainda escassa devido à novidade das normas, posicionamentos no sentido de que a positivação ou regulamentação normativa dos meios alternativos de resolução de conflitos ocasiona prejuízo à essência e identidade desses institutos, vez que acaba por conceder a eles certa semelhança com a adjudicação tradicional.

Há quem defenda, por outro lado, que a nova inclusão dos métodos alternativos em diplomas oficiais é positiva. Almeida, Pantoja e Pelajo<sup>78</sup> comentam que a previsão normativa dos métodos auto compositivos tem o propósito de dar notoriedade a esses institutos, de forma a livrar a sociedade do entendimento, muitas vezes comum, de que estes constituem formas subalternas de resolução de conflitos. Dizem os autores:

Alinhar e aliar a mediação à jurisdição não significa que ela deva ser atrelada ao ambiente judicial ou normativo (no que diz respeito a sua previsão e em códigos e legislações processuais, não querendo dizer que a mediação não tenha regras a seguir), sob pena de se tornar um mecanismo a serviço da eliminação ou impeditivo de processos judiciais e não de conflitos. Estar no mesmo nível e em harmonia com a jurisdição é não

---

<sup>77</sup> Nesse sentido, cita-se: NOLAN-HALEY, Jacqueline M. Mediation: the "New Arbitration". **Harvard Negotiation Law Review**, 2010, p. 3-54 e ROY, Ethiene. O lugar da juridicidade na mediação. **Meritum**, Belo Horizonte, v.7 n. 2, 2012, p. 297-301.

<sup>78</sup> DE PINHO, H. D. B.; PAUMGARTTEN, M. P. Os desafios para a integração... p. 16

perceber a mediação de forma subsidiária, alternativa ou como um método de segunda classe para a solução de conflitos.

Trata-se assim, de deixar os jurisdicionados cientes de uma nova ordem processual fundamentada numa noção ampliada de acesso à justiça, voltada à prestação adequada, bem como informa-los dos canais existentes de se processar os conflitos e buscar a pacificação social. A Lei de Mediação e, principalmente, o Novo CPC acertam ao acompanhar essas novas tendências, sob pena de restarem ineficientes e obsoletos.

Já em 2010 observou-se os primeiros avanços relacionados à difusão da cultura e implementação de políticas públicas favoráveis aos métodos alternativos de resolução de conflitos, com a elaboração da Resolução 125/2010 pelo Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Âmbito do Poder Judiciário.

Para os fins do presente trabalho, por questões metodológicas, propõe-se fazer análise da Resolução 125/2010 – CNJ por meio do estudo o qual fundamentou essa política pública, devido a clareza na apresentação dos objetivos e propostas da Resolução, bem como sua relação com as ideias apresentadas no presente trabalho. Trata-se de estudo intitulado *“Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses”*<sup>79</sup>, elaborado pelo Conselho Consultivo do Departamento de Pesquisas Judiciárias do CNJ.

O estudo estabelece, já de início, que a finalidade principal da proposta, qual seja, a implementação de uma política pública para tratamento adequado dos conflitos, é a mudança de mentalidade e transformação social através do oferecimento de uma solução mais adequada aos conflitos, *“com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das pessoas neles envolvidos”*<sup>80</sup>.

Define a seguinte passagem:

O objetivo primordial que se busca com a instituição de semelhante política pública é a solução mais adequada dos conflitos de interesses, pela participação decisiva de ambas as partes na busca do resultado que satisfaça seus interesses, o que preservará o relacionamento delas,

---

<sup>79</sup> WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Revista de Processo (RePro), São Paulo, ano 36, n. 195, mai. 2011.

<sup>80</sup> WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 36.

propiciando a justiça coexistencial. A redução do volume de serviços do judiciário é mera consequência desse importante resultado social.

Tal esclarecimento é de extrema importância para pautar o propósito final dessa política pública, que é, frisa-se, o propiciamento de resposta jurídica adequada aos conflitos, de acordo com as especificidades dos envolvidos e possibilitando a participação das partes na construção da solução. O descongestionamento do Poder Judiciário não é meta principal dessa política, mas uma consequência, muito bem vinda, mas não central.

Registra-se que a maioria dos estudos já realizados na seara dos métodos alternativos de resolução de conflitos tem como foco de proposta justamente este que é periférico, a desobstrução do Poder Judiciário.

Esse é um dos sentidos no qual vem se contrapor o presente trabalho, qual seja, o de apontar a pertinência das práticas alternativas de resolução de disputas – *especialmente da mediação, como se verá adiante* - , como caminho para a concessão de tutela adequada e justa às partes, possibilitando sua participação e exercício de cidadania.

O estudo destaca também o sentido ampliado de acesso a justiça concebido na atualidade, incorporado pela Resolução 125/2010 – CNJ, que é a noção de acesso à ordem jurídica *justa* tendo em vista a função primordial de solucionar conflitos. Nesse sentido que insere a proposta da política pública de resolução adequada de conflitos por meios consensuais, além dos métodos tradicionais da jurisdição.

O seguinte trecho do estudo ilustra bem esse entendimento<sup>81</sup>:

Ora, o inc. XXV do art. 5º da Constituição deve ser interpretado, como ficou acima sublinhado, não apenas como garantia de acesso ao judiciário, mas como garantia de acesso à ordem jurídica justa, de forma efetiva, tempestiva e adequada. Daí a conclusão de que cabe ao Poder Judiciário, pelo CNJ, organizar os serviços de tratamento de conflitos por meios consensuais, e não apenas por meios processuais, contenciosos, cabendo-lhes a institucionalização, em caráter permanente, dos meios consensuais de solução de conflitos de interesses.

Em suma, o que procura estabelecer a Resolução 125/2010 é a criação de uma nova cultura na sociedade brasileira, marcada pela pacificação e pela resolução

---

81

WATANABE, Kazuo. **Política pública...** p. 05.

de conflitos de forma negociada, que, se bem aplicada, “*terá inúmeros reflexos imediatos em termos de coesão social*”.

Os métodos alternativos de resolução de conflitos foram também prestigiados no Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, que trouxe seção específica com onze<sup>82</sup> artigos para o tratamento da mediação e conciliação, demonstrando sua intenção de estimular essas práticas alternativas no âmbito da esfera judiciária cível<sup>83</sup>.

Dispõe o art. 165 do referido diploma:

Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre 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.

Se deve ter em mente que a abordagem feita pelo novo diploma processual à matéria da mediação diz respeito aos aspectos desta que se relacionam com a atividade do Poder Judiciário, mormente à mediação realizada no percurso do processo judicial.

Na regulamentação trazida pelo Novo CPC, aplaude-se o esforço do legislador em diferenciar a figura da conciliação da figura da mediação, ao determinar que o conciliador atuará em situações onde não há vínculo entre os disputantes e poderá sugerir soluções<sup>84</sup>, enquanto o mediador terá papel em casos onde houver relação entre os envolvidos, devendo deixar a composição totalmente ao encargo das partes<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Arts. 165 à 175 Lei 13.105/2015.

<sup>83</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

<sup>84</sup> Art. 165, § 2º Lei 13.105/2015.

<sup>85</sup> Art. 165, § 3º Lei 13.105/2015.

O Novo CPC regulamenta também dentre esses artigos as técnicas e princípios da mediação e conciliação, revelando inédita atenção aos institutos alternativos, o que muito se estima.

Notável também dentre as inovações trazidas pela nova lei processual a disposição que estabelece que a dispensa da sessão de conciliação ou mediação só será permitida mediante manifestação de desinteresse por ambas as partes<sup>86</sup>. Tendo em vista que na regulamentação atual a liberação é possível por meio de pedido de apenas uma das partes, tal determinação vem no sentido de privilegiar a realização da audiência.

A aprovação, no ano de 2015, da Lei de Mediação, que regulamenta esse instituto como meio de solução de controvérsias entre particulares e no âmbito da administração pública é também outro marco de destaque na busca dos métodos alternativos de resolução de conflitos por reconhecimento e prestígio. Sobre o procedimento e técnicas da mediação, de forma específica, será tratado mais adiante.

Depreende-se desses novos regulamentos que os métodos alternativos de solução de conflitos vão gradativamente se fazendo mais presentes na realidade jurisdicional da nossa sociedade, pela exitosa implementação das referidas políticas públicas.

O que se espera, contudo, é que se possa alcançar a longo prazo a transformação da cultura jurídica atual do litígio e da sentença para uma cultura da pacificação. Acredita-se que o reforço e estímulo da participação social na composição de seus conflitos, de forma dialogada, permitindo o exercício de sua cidadania, mediante as práticas alternativas de resolução de conflitos é o meio capaz de se atingir esse objetivo.

---

<sup>86</sup> Art. 334 § 4º inciso I da Lei 13.105/2015.

## CAPÍTULO III - A MEDIAÇÃO COMO OPÇÃO DIFERENCIADA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

### 3.1 A MEDIAÇÃO COMO MÉTODO ADEQUADO DE CONCESSÃO DE TUTELAS PERMEÁVEL AO DIREITO PLURAL

Falou-se nos capítulos anteriores da vigência atual de modelo de direito pautado hermeticamente no ordenamento Estatal, nas leis e jurisdição oficiais do Estado, e na cultura da litigiosidade e da sentença.

Advertiu-se acerca das insuficiências e problemas decorrentes desse paradigma jurídico, bem como sobre a necessidade e desejo social de implementação de um modelo de direito mais plural, mais aberto à manifestação do direito espontâneo e a utilização de mecanismos de concessão de tutelas que permitam acesso à ordem jurídica justa, a participação dos jurisdicionados na resolução de seus conflitos de forma cidadã, e visando, acima de tudo, a pacificação social.

Passa-se agora a tratar especificamente do instituto da mediação, na crença de que este é o mecanismo de solução de conflitos que melhor atende as necessidades ora destacadas, quais sejam, propiciar a manifestação do direito espontâneo, ainda que como instrumento processual semiautônomo a jurisdição oficial, mediante a disponibilização de espaço de diálogo entre os disputantes para a resolução integralmente auto composta do conflito.

No capítulo anterior já se definiu os conceitos e características gerais da mediação. Para fins de aprofundamento no instituto, porém, se propõe mais uma descrição: conforme Warat<sup>87</sup>, mediação é o “procedimiento indisciplinado de auto-eco-composición asistida de los vínculos conflictivos con el otro en sus diversas modalidades”.

O autor conceitua a mediação como auto composição ecológica tendo em vista o sentido crítico do termo ‘eco’, por duas razões principais. Primeiro, por ser a mediação uma fonte de realização de autonomia uma vez que proporciona a educação dos mediantes, facilitando o entendimento de suas diferenças e produção de convergências de interesses, procedimentos típicos da negociação. Da mesma forma, a mediação é ecológica na medida em que representa aos envolvidos uma

---

<sup>87</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. **Scientia Iuris**, v. 4, 2000, p. 4.

melhoria na qualidade de vida, decorrente da prática de negociação e transformação das relações<sup>88</sup>.

Essa proposta de conceituação tem como fundamento uma visão da mediação bastante forte em termos de sensibilidade, como alerta o autor. Porém, tal conceito tem sentido para os propósitos do presente trabalho, uma vez que se busca, como já salientado, destacar as propriedades da mediação como mecanismo de auto composição capaz de gerar resposta jurídica que melhor se adequa as partes, ou seja, como instituto comprometido com a qualidade da jurisdição e com os sujeitos envolvidos, dependentes dessa prestação para a resolução de seus conflitos.

Privilegiou-se essa preocupação tendente à humanização da mediação no presente trabalho, em detrimento da fria preocupação numérica sobre produtividade do Poder Judiciário.

Na visão do autor, o procedimento da mediação logra realizar a autonomia das partes na medida em que propicia a conscientização e tomada de escolhas por estas, de forma a empoderá-las a fim de produzir as diferenças nos conflitos em que se veem envolvidas. Na medida em que o conflito determina os sujeitos, essa virtude é capaz de formar uma identidade cultural às partes, no que respeita às suas responsabilidades dentro das disputas da vida e suas capacidades em dirimi-los<sup>89</sup>.

Nesse mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover<sup>90</sup> menciona três fundamentos das *vias conciliativas* ou *vias consensuais* de resolução de conflitos, que foram responsáveis pelo renascimento do instituto da mediação e na construção da “cultura da conciliação”.

São eles: o fundamento *funcional/jurídico*, que se refere à atuação do direito objetivo, à racionalização da distribuição da Justiça; o fundamento social, que é o que visa a pacificação social; e o fundamento político, que é aquele que reflete a participação popular na administração da justiça.

A decisão proporcionada pela jurisdição tradicional, por suas delimitações, não leva em consideração a realidade e contexto específico das partes na prestação concedida; se existe entre elas relação de longo trato ou questões e interesses mais profundos do que os trazidos à lide. A decisão tem como liame unicamente a letra da

---

<sup>88</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 12.

<sup>89</sup> Id.

<sup>90</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento**... p. 5.

lei, o que engessa seus efeitos sem tornar a resolução do conflito necessariamente adequada aos envolvidos.

Sobre esse aspecto comenta Tássio Bezerra<sup>91</sup>:

Valoriza-se aqui a autodeterminação dos indivíduos enquanto sujeitos ativos do conflito e capazes de livremente conceber-lhe solução, construindo concretamente uma justiça cidadã e participativa. Radicaliza-se aqui o que foi relativizado por Cappelletti: 'A componente normativa do direito não é negada, mas encarada como um elemento, e com grande frequência não o principal, do direito. O elemento primário é o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos.'

A mediação, por sua vez, tem como procedimento-base a auto composição pura, na medida em que são as partes os sujeitos exclusivamente responsáveis por produzir a negociação com seus pares, e, assim, chegar ao acordo.

Isto é, a presença do mediador é unicamente como facilitador do diálogo, sem este em nenhum momento interferir no processo, ajudando, porém, as partes a assumirem compromissos recíprocos conforme os riscos que desejarem assumir. Sobre as técnicas e procedimento da mediação se falará detalhadamente no próximo capítulo.

O processo de mediação se mostra, assim, como concreta condição onde as partes se veem na oportunidade de administrar suas realidades, visto que muitas das vezes os conflitos se dão em momentos de encruzilhadas da vida. Revela-se a mediação verdadeira ferramenta de empoderamento social da qual é possível lançar mão para *"mejorar el proprio transcurso vital."*<sup>92</sup>

Nesse sentido também é que os autores encaram o procedimento da mediação como medida diferenciada, por esta conferir ao conflito olhar potencialmente construtivo. Isso porque vislumbra-se a possibilidade do sujeito orientar os rumos da sua vida conforme suas convicções e possibilidades, bem como tem oportunidade de recompor laços afetivos antes rompidos ou que estão prestes a se romper. Trata-se de uma visão psicológica do conflito<sup>93</sup>.

Coadunado com a noção de conflito tomada pelo paradigma atual pautado na cultura da sentença, que o trata de forma destrutiva e adversarial, e como algo a ser evitado e na qual o resultado produz sempre um ganhador e um perdedor, tem-

---

<sup>91</sup> BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, v. 1, Brasília, 2011, p. 220.

<sup>92</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 6.

<sup>93</sup> Ibid. p. 10

se que a perspectiva construtiva do conflito é muito acolhedora, devendo ser prestigiada.

Por essas razões é possível considerar a mediação um marco epistêmico diferenciado dentre as estratégias de tratamento de conflitos conhecidas, apresentando-se como a opção mais adequada, capaz de sobrepor-se às insuficiências apresentadas pelo paradigma jurídico vivido atualmente e oferecer a tão almejada participação na justiça, autonomia dos sujeitos e pacificação social<sup>94</sup>.

Sobre esse aspecto da mediação comenta Warat<sup>95</sup>:

En términos de autonomía, de ciudadanía, de democracia y de derechos humanos la mediación puede ser vista como su mejor forma de realización. Las practicas sociales y políticas de la mediación se configuran en un instrumento de ejercicio de la ciudadanía en la medida en que educan, facilitan y ayudan a producir las diferencias y a realizar tomadas de decisiones sin la intervención de terceros que decidan por los afectados en un conflicto.

Frente as necessidades identificadas no atual paradigma do Estatalismo Jurídico, que são a necessidade de ordenar a sociedade sem restringi-la, permitindo a manifestação do direito plural e espontâneo dos sujeitos, na produção de um direito mais justo, participativo e dinâmico, a mediação se apresenta como opção ótima de método de resolução adequada ao conflito.

Se fala em adequação da resposta jurídica prestada pela mediação na medida em que esta dá espaço para a composição pelos próprios indivíduos, de maneira adaptada, pelas suas peculiaridades, conforme interesse e desejo das partes; sempre, obviamente, nos limites da legalidade, e, principalmente, atentando para os conflitos de relacionamento que estão muitas vezes na base da litigiosidade.

É dizer, trata-se de controvérsias que na maioria das vezes não chegam a ser apreciadas pela justiça tradicional. Por essas razões acredita-se na capacidade desse método diferenciado, em detrimento do método contencioso.

Sobre esse aspecto salienta Fernando Luis Coelho<sup>96</sup>:

---

<sup>94</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación...

<sup>95</sup> Ibid. p. 14-15.

<sup>96</sup> ANTUNES, Fernando Luis Coelho. Pluralismo jurídico... p. 256.

A vantagem em comparação com o método jurídico tradicional é a superação da aplicação vertical e unilateral por parte do juiz a um caso concreto, fundamentado na coação, compreendida nesse paradigma como caracterizador do jurídico. Assim, a perspectiva horizontal, que favorece o diálogo e a interação, consolida a mediação como modalidade de resolução de conflito que busca uma decisão construída entre as partes.

Quando altera o método de resolução do conflito do modo impositivo, típico da jurisdição tradicional, e coloca essa prerrogativa no colo dos próprios envolvidos, a mediação acaba por constituir método de resolução que se aproxima das pessoas e de seus anseios sobre o direito, de forma desprende a solução do normativismo cru e da prestação moldada pelo Estado, permitindo o aparecimento de conformações de direitos inovadoras e mais adequadas às partes.

Santos é outro autor que destaca a importância de valorizar experiências e estratégias que fomentem a aproximação entre justiça e cidadania. Segundo ele, “precisamos sobretudo fortalecer a dimensão humana no sentido de construção de uma justiça democrática de proximidade.”<sup>97</sup> Reconhece, nesse sentido, a mediação como resposta possível.

Assim, uma das marcas importantes do paradigma que ora se constrói, o Pluralismo Jurídico, é a ideia instrumental-processualista de que não somente a resposta jurídica procedente do juiz será boa eficaz. A visão proposta por esse paradigma demonstra que o uso de mecanismos diferenciados que dispensam especial atenção às reais necessidades e interesses das partes pode ser muito interessante, justo e adequado.

De acordo com Warat<sup>98</sup>:

A resposta vertebral do eco-processualismo é a mediação. a proposta de uma nova visão do procedimento na resolução dos conflitos. [...] Novas possibilidades de resolução de conflitos baseadas nas necessidades, desejos, e interesses das partes, sob formas de integração e não de enfrentamento reciprocamente destrutivo do outro. A mediação, em termos abstratos, seria uma dessas alternativas mais proveitosas na resolução dos conflitos.

Dessa maneira, entende-se a mediação como instrumento que, além de constituir excelente mecanismo de resolução de conflitos, é verdadeiro meio de exercício de autonomia, enquanto método auto compositivo que privilegia a

---

<sup>97</sup>

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução...** p. 47

<sup>98</sup>

MORAIS, J. Luis Bolzan de; SILVEIRA, Anarita Araújo da. *Outras formas...* p.14.

participação, de forma que possibilita o afastamento da legalidade estrita e manifestação do direito espontâneo, apto a construir a resolução mais adequada ao conflito, de acordo com os específicos desejos e interesses dos envolvidos.

### 3.2 MEDIAÇÃO: PRINCÍPIOS, TÉCNICAS, PROCEDIMENTOS E ESTRATÉGIAS

Para satisfatoriamente conseguir apresentar a mediação como método adequado de resolução de conflitos frente as propostas do Pluralismo Jurídico, necessário se faz analisar as técnicas e princípios do instituto da mediação, responsáveis por proporcionar os benefícios e virtudes almejados.

Importa destacar, contudo, que a análise que se pretende fazer não logra esgotar o estudo das técnicas e princípios da mediação, tema esse extremamente rico e denso. Trata-se de apresentar panorama geral com o proposito de ilustrar os benefícios identificados nesse processo, bem como seu ajustamento a determinados tipos de litígios. Ainda, cumpre salientar que para os presentes fins, as técnicas de mediação serão apresentadas como do ponto de vista do aplicador do método, o mediador.

Segundo Roberto Portugal Bacellar<sup>99</sup>, a mediação constitui em “processo, arte e técnica intermediada por terceiro que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações, preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam”. Nesse mesmo sentido aponta o Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça<sup>100</sup>:

Na esfera da mediação, o processo tem como finalidade a solução de um conflito pelas partes que dele são parte e a superação, em definitivo, dos fatores que levaram à disputa. O procedimento consiste nas etapas que o mediador segue com intuito de alcançar essa finalidade.

Antes de adentrar nas etapas da mediação em si e as técnicas adotadas pelo mediador para atingir os fins mencionados, cumpre destacar os princípios que embasam o processo da mediação.

Como já mencionado, a mediação é uma espécie de negociação que tem como características a auto composição pura das partes, partindo de método consensual ou não adversarial de resolução de conflitos. A não adversariedade

<sup>99</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação**... p. 108.

<sup>100</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação**... p. 131.

constitui assim um dos preceitos fundamentais da mediação, na medida em que esse processo conta com o trabalho cooperativo das partes para se chegar a uma solução satisfatória do problema para todos os envolvidos.

É dizer, é favorecido ambiente onde os mediados não se tratam como oponentes, mas como colaboradores de um fim comum: resolver o a disputa, manter relacionamento saudável entre si e usar do conflito como oportunidade de crescimento social e individual.

Essa postura da não adversariedade conduz, dessa forma, a um processo em que as partes não ficam reféns de um resultado nos moldes ganha/perde, típico da decisão judicial tradicional. Segundo Pellegrini<sup>101</sup>, “Tais princípios possibilitam uma negociação caracterizada pelo “ganha-ganha”, na qual não há um perdedor e um ganhador, pois os interesses de ambos os negociadores são razoavelmente atendidos”.

Ainda, conforme a autora, a busca de uma solução onde ambas as partes saiam satisfeitas, pelo modelo ganha-ganha, não implica necessariamente a renúncia de direitos (esquema conceitual clássico da negociação), mas a verdadeira composição de interesses<sup>102</sup>.

Pode-se mencionar ainda outros princípios formadores da mediação, que podem ser divididos em três tipos: os que norteiam as partes, os que norteiam o processo e os que norteiam o mediador<sup>103</sup>.

Os princípios que dispões sobre a atuação dos mediados são os seguintes: o da *liberdade das partes*, segundo o qual estas são livres para optar pelo processo de mediação (tange o princípio da voluntariedade) e também livres para decidir quanto a firmar acordo ou não. É dizer, ninguém será obrigado a transigir. Quanto a voluntariedade da mediação, veja-se que, no caso de tratar-se de mediação judicial, a liberdade das partes será regida conforme o artigo 2º, § 2º da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015)<sup>104</sup>.

Outros princípios que tratam sobre as partes são o principio da não competitividade - uma vez que é método não adversarial -, o princípio da decisão das partes, segundo o qual estas tem autonomia para a tomada de decisão mais

---

<sup>101</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento**... p. 53.

<sup>102</sup> Ibid. p. 54.

<sup>103</sup> SALES, Lília Maia de Moraes [et al]. **Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade**: cidadania em debate. Vol. 4. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005, p. 266.

<sup>104</sup> “§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

satisfatória no decorrer do processo. Ainda, tem-se o princípio da boa-fé, que orienta os mediandos a buscar construir diálogo franco e junto, estabelecendo confiança frente aos mútuos compromissos que tentam alcançar.

O último princípio que diz respeito as partes é a igualdade (ou isonomia das partes), conforme o qual deve haver acolhimento indistinto a todos no processo de mediação, bem como determina que os mediandos devem encontrar-se em igualdade de condições de diálogo, sem tratamento privilegiado.

Quanto aos princípios que regem a atuação do mediador, fala-se na participação de terceiro imparcial, que deverá atuar como mero facilitador da comunicação entre os mediandos, sem intervenção no caso ou distinção entre as partes; e da competência do mediador, esta que não deve ser somente técnica, mas também ética, no sentido de agir com diligência, prudência e boa-fé.

Já os princípios que orientam o processo da mediação são a informalidade, que orienta o processo a não ter formas rígidas de condução, dispensando a formalidade típica do processo judicial tradicional; e a confidencialidade, pela qual se assegura sigilo ao processo, transmitindo segurança e confiança aos sujeitos para compartilharem na mediação suas questões, sejam elas negociais, legais, sociológicas ou emocionais.

Esses princípios foram também recentemente positivados na Lei 13.140/2015, que em seu artigo 2º traz os princípios orientadores da mediação: I- imparcialidade do mediador, II- isonomia entre as partes, III- oralidade, IV- informalidade, V- autonomia da vontade das partes, VI- busca do consenso, VII- confidencialidade e VIII- boa-fé.

Antes da análise do procedimento e técnicas da mediação, necessário fazer um adendo acerca dos métodos utilizados: há diferentes formas de se abordar o conflito pela negociação. Fala-se em negociação distributiva<sup>105</sup>, também chamada negociação por barganha<sup>106</sup> é o processo por meio do qual se negocia mediante posicionamentos, sem abrir mão de ganhos maximizados, criando falsas posturas rígidas e pactuando mediante barganha e concessões.

---

<sup>105</sup>

AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação...** p. 70.

<sup>106</sup>

Forma a que se referem Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto (Ibid).

Já a negociação dita cooperativa<sup>107</sup> ou integrativa<sup>108</sup> baseia-se no modelo de Harvard, e se orienta na busca de ganhos a todos os envolvidos. Utilizando-se da negociação de forma colaborativa pelos envolvidos, se separar as pessoas dos problemas e, utilizando-se de critérios objetivos, se busca avaliar as vantagens possíveis ainda não consideradas.

Considera-se o modelo mais adequado de negociação este último por ser modalidade de transação que leva em conta o futura da relação existente entre os mediandos, além de proporcionar ganhos mútuos às partes, o que se privilegia.

Ainda, é possível falar em diferentes modelos de mediação. Bacellar<sup>109</sup> comenta a existência de quatro modalidades de mediação e suas escolas; são elas: a mediação da *escola de Harvard (clássica)*, que se baseia na integração e busca de interesses encobertos por posições; a mediação *circular-narrativa*, que busca visão sistêmica do processo tanto nas pessoas como no conflito; a mediação *transformativa*, que visa a transformação dos sujeitos pela mediação; e a mediação *avaliativa*, cuja distinção mais marcante é a possibilidade de oferecimento, pelo mediador, de soluções e propostas de acordo.

Nos tribunais e Núcleos de Mediação brasileiros se tem priorizado a aplicação da negociação integrativa/cooperativa, bem como o uso da mediação proposta pela escola de Harvard, na medida em que essas modalidades são mais efetivas na implementação do modelo de resolução de conflitos fundamentado na lógica ganha-ganha e na inauguração de uma cultura de paz.

Assim, conforme salientam Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto<sup>110</sup>:

O processo técnico da negociação, embora pareça banal, implica uma mudança de atitude de todos os envolvidos, que se desvencilham de suas posições para discutir seus reais interesses, gerando o que se chama de acordo “ganha- ganha”, pois se busca uma solução por meio da qual ambas as partes saiam satisfeitas [...].

Para os fins de obter resultado com a máxima satisfação das partes e tendo como orientação o modelo de negociação ganha-ganha, a mediação conta com técnicas e estratégias diferenciadas na tratativa do conflito.

---

<sup>107</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento**... p. 52.

<sup>108</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação**... p. 75.

<sup>109</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação**... p. 112.

<sup>110</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento**... p. 54.

Isso porque a mediação como processo mira além da resposta jurídica ao conflito, busca estabelecer a cooperação, solidariedade e alteridade entre as partes, busca ajudar os mediandos a transformar a disputa, usando-a como oportunidade. Objetivo da mediação não é tão somente chegar a um acordo, é condiz a partes a um estado de cooperação<sup>111</sup>, e produzir a diferença<sup>112</sup>.

Assim, o processo de mediação utiliza-se dos critérios de oralidade, informalidade, simplicidade como estímulo aos mediandos para a expressão de suas emoções, percepções e desejos, procurando estabelecer espaço seguro para conseguir flexibilizar as posições dos envolvidos e reconhecer seus interesses encobertos. Nesse sentido, ensina Bacellar<sup>113</sup>:

Há cooperação sem produção de provas ou necessidade de que os interessados convençam o terceiro de que estão com a razão, pois a solução será construída pelos interessados a partir de suas próprias razões, sem quaisquer imposições: o resultado é que pelo método consensual, na forma auto compositiva, todos ganham.

Cumprido salientar ainda que a mediação é um processo transdisciplinar, na medida em que suas técnicas apoiam-se em conhecimentos de outras áreas como a comunicação, a psicologia, e a sociologia, na busca de aproximar as partes interessadas na resolução consensual de seus conflitos. Também nessa qualidade subsiste o caráter plural da mediação, no sentido de constituir método de resolução adequado de conflitos: abre espaço às soluções criativas.

Assim é que, com a adequada abordagem do conflito, se espera alterar a percepção dos mediandos sobre ele, de forma a torná-lo oportunidade de construção e pacificação na vida daqueles sujeitos, bem como prevenindo conflitos futuros.

Destacar-se-à alguns dos procedimentos mais significativos da mediação. Antes da sessão de mediação há a fase de pré-mediação, destinada ao preparo do mediador e estudo do caso.

Dado o início da sessão, o mediador faz sucinta apresentação às partes sobre o funcionamento do processo, e em seguida estas são convidadas a relatar o

---

<sup>111</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento...** p. 59.

<sup>112</sup> WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo...**

<sup>113</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação...** p. 29-30.

caso, suas preocupações e interesses. Trata-se da reunião de informações pelo mediador, que deve ser feita de forma atenta e livre de juízos de valor.

O objetivo principal desse primeiro contato é a investigação e identificação das posições das partes, seus interesses encobertos e sentimentos, devendo o mediador, oportunamente, fazer resumos sobre as questões debatidas a fim de confirmar seu entendimento sobre a situação.

Nessa fase é possível ao mediador, com o objetivo de melhor elucidar as controvérsias, oferecer às partes a realização da chamada sessão privada/individual, que visa a oportunizar às partes momento de privacidade com seu representante legal ou mesmo mediador, caso deseje expressar alguma preocupação a qual não sente conforto em expor na presença da outra parte.

Assim, é possível tornar claras as controvérsias e interesses presentes no conflito, ao mediador e às partes, e passar ao processo criativo de debate acerca das opções de solução. Nesse sentido, cumpre destacar que o acordo será mais adequado quanto mais tiverem sido discutidas na sessão as maneiras de resolver o conflito<sup>114</sup>.

Expostas as questões e interesses, e estudadas as possibilidades de resolução, cabe às partes escolher o desfecho mais adequado ao conflito, de forma consensual. Impera esclarecer que a obtenção do acordo no processo da mediação não é um resultado obrigatório: desejando as partes pela continuação do processo judicial ou simplesmente pela não composição, nada obsta que se encerre a sessão sem obtenção de acordo, sem que isso traga nenhum prejuízo às partes.

Em caso de acordo, este deve ser redigido em conjunto pelos mediandos, de forma clara e completa, podendo dispor inclusive sobre questões que extrapolam o âmbito da matéria de direito levada à juízo<sup>115</sup>.

Sobre a formulação de acordo entre as partes comenta Pellegrini<sup>116</sup>:

Por fim, ninguém melhor do que os próprios interessados, ainda mais se assistidos por advogados, para analisar a conveniência ou não da

<sup>114</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento...** p. 61.

<sup>115</sup> Nesse sentido, destaca Grinover, Watanabe e Lagrasta Neto que “Deve ser salientado que o juiz não pode proferir sentença que extrapole o âmbito do processo (art. 128 e art. 460 do Código de Processo Civil), mas pode homologar acordo que verse sobre questões que não constem do processo (art. 475-N, III, do Código de Processo Civil). Assim, o acordo pode solucionar questões que não estão sendo discutidas no processo” (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento...** p. 62).

<sup>116</sup> Ibid. p. 61.

celebração de um acordo. Assim, ainda que o conciliador/mediador, segundo seus critérios pessoais, entenda que o acordo é mais ou menos vantajoso para uma parte, não pode aconselhar a parte a deixar de celebrar o acordo e, em se tratando de interesses disponíveis, nem pode o juiz deixar de homologar o acordo sob este argumento. Frise-se que apenas não pode ser homologado o acordo que ofenda normas de ordem pública ou implique em renúncia a direitos indisponíveis.

Importa lembrar, por outro lado, que o uso da mediação não deve ser indiscriminado, visto que impera antes observar as características de cada situação para auferir se constitui a mediação meio verdadeiramente mais adequado para a resolução do conflito, sob pena de ferir a credibilidade do instituto.

Sobre esse aspecto comentam Sobottka e Muniz: “Diante disso, a aplicação da mediação tem de ser estimulada nos conflitos passíveis de restauração do diálogo, preservando as relações futuras, tendo em vista o respeito mútuo, a solidariedade e a cooperação.”<sup>117</sup>

O trabalho do mediador nesse processo é o de identificar os interesses escondidos na essência do conflito, e impulsionar os envolvidos a dialogarem sobre as questões de fundo, praticarem a escuta recíproca e esclarecimento mútuo sobre a disputa, para poderem, assim, melhor perceber os pontos de interesses comuns que podem auxiliar na obtenção do acordo.

Muitas vezes se observa que os disputantes não revelam, no diálogo cotidiano, seus reais e preocupações, mas ao contrário, mantem-se em posições intransigentes e em postura de atribuição de culpa. Nesse sentido é que, não raro, a simples escuta atenta do outro já é capaz de desarmar as posições, fazendo emergir possibilidades de acordo extremamente satisfatórias, antes desconsideradas.

Tal é o diferencial do processo da mediação: não se trata de mero acordo de interesses patrimoniais<sup>118</sup>, mas é método que oportuniza às partes exprimirem seus anseios e serem escutadas de forma facilitada, conseguindo resolver seus conflitos internos.

Trata-se de processo que, mais do que conduzir à solução de disputas, tem a competência de identificar o conflito em sua completude. Na medida em que estimula as partes para retomar o diálogo, investigar interesses e propor soluções satisfatórias a todos os envolvidos, constitui método que, por meio de seus rituais,

---

<sup>117</sup> SOBOTTKA, Fernanda Pinheiro; MUNIZ, Tânia Lobo. Da ilusão do normativismo à mediação como instrumento de pacificação social. **Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, v. 4, n. 3, p. 98-117, 2009.

<sup>118</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 03-18.

princípios, estratégias e técnicas tem a intenção de revisitar, psico-semioticamente, os conflitos para introduzir uma novidade nestes.

Sobre esse aspecto da mediação comentam Schnitman e Littlejohn<sup>119</sup>:

As práticas que fazem parte da resolução alternativa de conflitos consistem em destrezas e habilidades transversais que operam na diversidade à margem, nas interconexões. Sua proposta orientadora considera que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento. Superando lógicas binárias, essas práticas se interessam pelas possibilidades criativas que brindam as diferenças, a diversidade, e a complexidade.

Tais conceitos e propósitos se realizam em uma multiplicidade de técnicas, aludindo ao conflito por diferentes estratégias: por vezes empregam-se procedimentos que visam ao comprometimento mútuo das partes, outras situações se trabalha as diferenças de crenças e interesses visando a construir soluções inéditas. A mediação trata o conflito, assim, com estratégias sopesando-se a diversidade<sup>120</sup>.

Acredita-se, por isso, na mediação como procedimento mais acertado para resolver conflitos atualmente, deslocada de modelos positivados, e fazendo presentes estratégias transdisciplinares que buscam não somente resolver conflitos juridicamente entravados, mas também os individuais, pelo que logra atingir com mais apreço a função de pacificação social.

### 3.3 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO: EM BUSCA DA CULTURA DA PACIFICAÇÃO FRENTE À SOCIEDADE PLURAL

No seção acima tratou-se de demonstrar as técnicas e estratégias diferenciadas do processo de mediação, responsáveis por conduzir um método de resolução de conflitos que privilegia o diálogo, protagonismo e a preservação do relacionamento entre as partes, pela prática não adversarial e atuação pontual do mediador, a visão do conflito como oportunidade de crescimento, e a busca da real solução da disputa devido à atenção às questões e interesses que ficam no fundo do conflito.

---

<sup>119</sup> SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999, p. 20.

<sup>120</sup> SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas...** p. 20.

Assim, insurge nesta seção demonstrar quais os benefícios concretos logrados pela mediação e sua forma diferenciada de lidar com a conflituosidade das partes, além de demonstrar a maneira como tais qualidades singulares são capazes de levar à mais legítima forma de pacificação considerando a diversidade social e empoderamento das partes, e, assim, contribuem para a concretização do paradigma plural de direito que se procura difundir.

Tendo o Pluralismo Jurídico como marco teórico orientador da análise que ora se faz das técnicas diferenciadas de composição de conflitos, é possível ressaltar como qualidade mais proeminente da mediação o fato deste método proporcionar o protagonismo das partes na composição de suas disputas, promovendo sua capacitação no sentido pessoal, técnico e de cidadania, ao se tornarem atores da construção da justiça e resolução de seus próprios conflitos.

Nesse viés é que se fala que a mediação favorece a edificação da autonomia e proporciona o empoderamento dos sujeitos, vez que se constitui em oportunidade onde estes aprendem a aprender<sup>121</sup>, permitindo-lhes desenvolver técnicas de análise de diferenças e convergências, na qual saem capacitados para, por si mesmos, tomar decisões que melhoram suas vidas.

Acerca do empoderamento resultante da mediação, comentam Schnitman e Littlejohn<sup>122</sup>:

Os novos paradigmas integram o valor pragmático de tais metodologias com sua capacidade transformadora. Nesse âmbito, o mediador, o operador comunitário, o consultor e outros especialistas interessados na busca de soluções alternativas para as disputas criam condições para a resolução e para a “apropriação” responsável de ações, soluções, conhecimentos. O termo *empowerment* alude, precisamente, a essa “recuperação” como uma magnitude da transformação. Tal conceito permite distinguir entre modelos nos quais, por razões táticas ou estratégicas, o expert decide “conceder” poder as pessoas, e outros modelos – centrados no *empowerment* – que facilitam que os atores – pessoas, grupos, ou comunidades – recuperem reflexivamente seu próprio poder, promovendo a reciclagem de seus recursos e a criação de novas possibilidades.

A virtude do empoderamento das partes na mediação é um contraponto precípuo em relação às técnicas da jurisdição tradicional. Isto porque estas fundamentam-se no método da decisão imposta, e não utilizam estratégias participativas e democráticas para resolver conflitos, ou seja, não oferecem a chance

---

<sup>121</sup>

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas...** p. 18.

<sup>122</sup>

Ibid. p. 22.

aos mediandos de construir e dar sentido ao seu mundo conforme suas crenças, necessidades e possibilidades.

Nesse mesmo sentido aponta o Manual de Mediação do Conselho Nacional de Justiça<sup>123</sup>:

Um dos benefícios mais mencionados consiste no empoderamento das partes. “Empoderamento” é a tradução do termo em inglês *empowerment* e significa a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que esta esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos.

A mediação, ao contrário, por ser método de auto composição onde o terceiro facilitador favorece ambiente neutro onde os mediandos podem dialogar e apresentar ao outro seus interesses, mágoas e valores, e, assim, construir om este possibilidades de soluções alternativas<sup>124</sup>.

Na medida em que capacita os sujeitos e dá espaço para exercício de sua autonomia, a mediação é oportunidade de restaurar nesses sujeitos a habilidade de, eles mesmos, tomarem consciência de suas condições sociais, psicológicas e jurídicas, podendo, assim, pela participação na construção da decisão, acionar o poder transformador que têm sobre suas vidas<sup>125</sup>.

Dessa forma, são os mediandos os responsáveis pela construção *do seu direito*, este que será composto de acordo com as suas condições, possibilidades, crenças e prioridades. Essa possibilidade não existe quando diante de uma decisão na qual se concede o direito por um terceiro perito nas leis, mas alheio às condições dos sujeitos ali jurisdicionados. Da mesma forma, no caso da decisão imposta não se verifica a possibilidade de empoderamento das partes.

---

<sup>123</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação**... p. 142-143.

<sup>124</sup> GOMMA, André. Perspectivas metodológicas... p. 06.

<sup>125</sup> Nesse mesmo sentido esnina André Gomma: “Com a introdução, nos modernos sistemas processuais, de outros instrumentos para a composição de conflitos (e.g. mediação) lentamente surgem novos escopos decorrentes de outras expectativas quanto a um ordenamento mais atuante e eficiente capaz de projetar distintos valores perante a sociedade. Nessa linha, os professores Robert Baruch Bush e Joseph Folger no livro *The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition*, sustentam que devem ser considerados ainda como objetivos da mediação e, indiretamente, de um sistema processual, a capacitação (ou empoderamento) das partes (e.g. educação sobre técnicas de negociação) para que estas possam, cada vez mais, por si mesmas compor parte de seus futuros conflitos e o reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos visando uma aproximação real das partes e conseqüente humanização do conflito decorrente da empatia. Esta corrente, iniciada, já em 1994, por Baruch Bush e Folger, costuma ser referida como transformadora (ou mediação transformadora)”. GOMMA, André. Perspectivas metodológicas... p. 03-04.

Sobre a educação e a autonomia proporcionadas pela mediação afirma Warat<sup>126</sup>:

A mediação ultrapassa a dimensão da resolução não adversarial de disputas, ela contém incidências que são ecologicamente significativas como estratégia educativa, como realização de uma política de cidadania dos direitos humanos e da democracia, produzindo um acontecimento de subjetividades que indicam uma possibilidade de fuga da alienação.

É possível dizer ainda que, em razão de a mediação constituir processo que visa à reconstrução simbólica do conflito e a superação de divergências entre os disputantes, esta se torna prática de resolução de conflito que se pauta pela alteridade e que favorece o respeito às diferenças.

E mais; na medida em que apresenta aos sujeitos a possibilidade, exitosa, de manejar seus conflitos de forma pacífica e dialogada, incute no meio social o entendimento de que a convivência mais harmoniosa e conciliada também é possível. Assim, a mediação acaba por estimular a colaboração nas bases das comunidades, promovendo a participação e aumentando a capacidade de gestão dos sujeitos nos grupos<sup>127</sup>.

Quando propaga a cultura do diálogo e da paz, percebe-se que a mediação incentiva franco exercício de cidadania, na medida em que reforça a conscientização pela convivência humana e responsabilidade social nas organizações comunitárias. Nesse sentido, afirmam Schnitman e Littlejohn que “Esses métodos conseguem reduzir a dependência de intervenções de organismos governamentais”.<sup>128</sup>

Assim é que, com a difusão de métodos auto compositivos de resolução de conflitos, em especial a mediação, torna-se possível a expressão de novos objetivos, interesses e expectativas da sociedade quanto à práticas jurídicas mais plurais, mais espontâneas, mais aderentes à realidade concreta dos jurisdicionados, mais eficientes e mais pacificadoras.

Outro benefício destacável desse método auto compositivo de conflitos é o fato de ele ser capaz, como já brevemente mencionado, de apreender a profundidade de toda a complexidade da disputa. É dizer, a mediação mostra-se procedimento apto para desvencilhar não só a lide jurídica ou processual, mas também a lide sociológica que se mantém intrínseca ao conflito, essa que diz

<sup>126</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 13

<sup>127</sup> SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. Novos paradigmas... p. 19.

<sup>128</sup> Ibid. p. 19.

respeito aos problemas acessórios ao conflito, sejam eles pessoais, sociais, psicológicos.

Vale ressaltar que é na lide sociológica que estão escondidos os verdadeiros interesses das partes. Nesse sentido descreve Roberto Portugal Bacellar<sup>129</sup>:

Analisando apenas os limites dela, na maioria das vezes não há satisfação dos verdadeiros interesses do jurisdicionado. Em outras palavras, pode-se dizer que somente a resolução integral do conflito (lide sociológica) conduz à pacificação social; não basta resolver a lide processual – aquilo que foi trazido pelos advogados ao processo – se os verdadeiros interesses que motivaram as partes a litigar não forem identificados e resolvidos.

Quando empodera o sujeito e o capacita para deslinde de seus próprios conflitos, a mediação faz mais do que solucionar a lide jurídica de forma efetiva, ela consolida-se como meio de prevenção de conflitos. É dizer, além de resolver a disputa atual, o método de auto composição pela mediação tem o condão de preservar aquelas partes de um eventual futuro conflito, na medida em que habilita as partes para, de pronto, atentarem para seus interesses extrajurídicos determinantes ao conflito, e, utilizando-se do diálogo, construírem soluções criativas e adequadas para seus problemas<sup>130</sup>.

Uma vez instruídos os sujeitos quanto ao processo de mediação, suas técnicas e estratégias, essas serão capazes de, no futuro, utilizar das mesmas técnicas não só para dirimir possíveis conflitos, mas também para preveni-los. Esse amparo prestado pela mediação não encontra precedentes similares dentre os modelos de resolução de litígios.

Ademais, como já mencionado, por se tratar de método de composição que busca pautar suas técnicas e procedimentos na premissa da visão construtiva de conflito, a mediação mostra-se prática competente para a preservação de um relacionamento sadio e duradouro entre os envolvidos, característica essa de extrema notoriedade dentre as formas de resolução de conflito.

Tendo em vista que o restabelecimento da comunicação entre os mediandos e a proposta de formação conjunta de solução são estratégias privilegiadas neste método de resolução de disputas, tem-se como resultado a manutenção do vínculo

---

129

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação**... p. 142.

130

SOBOTTKA, Fernanda Pinheiro; MUNIZ, Tânia Lobo. Da ilusão do normativismo...

existente entre os disputantes, evitando-se uma possível ruptura dessa relação. Percebe-se nesse sentido a atuação de verdadeira *justiça restauradora*<sup>131</sup>.

Ao tornar aptos os mediandos para resolver de forma autônoma seus conflitos e ao considerar, no deslinde da disputa, o relacionamento existente entre as partes, a mediação mostre-se instituto mais rico do que um mero instrumento processual: compõe uma teoria do conflito, além de jurídica, social e psicológica.<sup>132</sup>

Essas são algumas das razões pelas quais se afirma que os métodos de auto composição, em especial a mediação, são propostas genuinamente capazes de pacificar o conflito. Sobre a vocação da mediação para extinção do conflito, descreve Tássio Bezerra<sup>133</sup>:

A decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. Neste sentido são eficazes as palavras de Tércio Sampaio Ferraz Júnior ao afirmar que “[...] as decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam”. Mais adiante, vai discorrer o referido autor sobre a relação das decisões judiciais com os conflitos: “A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: eles terminam. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação”.

Outro predicado de destaque que apresenta o método de resolução de conflito ora em análise é, conforme já brevemente indicado, sua prevenção contra um método de pacificação social em que se entabula uma parte perdedora em desfavor de uma parte ganhadora.

É dizer, por meio das técnicas de identificação de interesses e sentimentos, bem como da composição pelo diálogo, a mediação se constitui como prática jurídica capaz de ocasionar uma solução favorável a ambas as partes, rompendo com a antiga lógica determinista binária, para estabelecer sistema no qual é possível a lógica ganha-ganha.

Isso porque as estratégias lançadas pela mediação, desatadas das formas cerimoniosas características do processo jurisdicional clássico, e despreocupadas com a verdade formal ou legalidade estrita, dão azo à construção de soluções

---

<sup>131</sup> BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento... p. 216.

<sup>132</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 03-18.

<sup>133</sup> BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento... p. 219.

inovadoras ao conflito, que seriam, por outro método, inexploradas<sup>134</sup>.

Acerca da aptidão da mediação em enriquecer o espectro de soluções possíveis aos conflitos, comentam Schnitman e Littlejohn<sup>135</sup>:

A construção de um mundo onde haja lugar para a criatividade, onde sejam possíveis marcos para refletir e atuar dentro do paradigma ganha-ganha, as associações e os acordos colaborativos na convergência e a diferença – e não só a competência, o poder e o litígio – permitem a geração de novos procedimentos e novas formas relacionais, novos empreendimentos, associações e instituições.

É possível, ademais, mencionar adicionais vantagens oferecidas pelo processo da mediação, tais como a celeridade no deslinde do conflito, sigilo e privacidade proporcionados pelo método, redução dos desgastes emocionais entre as partes, o baixo custo, a informalidade, bem como o alijamento da pauta do Poder Judiciário, aqui entendido como benefício meramente incidental da mediação, consoante já tratado anteriormente.

Diante dessas considerações, afirma-se que as resoluções de conflitos encontradas por meio dessa prática jurídica logram proporcionar aos mediados um legítimo sentimento de satisfação, posto que nesse processo são os próprios sujeitos quem orientam a composição da disputa, tendo a oportunidade de relacionar seu desejos, interesses e necessidades, e, assim, construindo, uma solução personalizada às suas disputas.

Resta claro, dessa forma, que as respostas jurídicas obtidas mediante os métodos auto compositivos de conflitos são os que alcançam os desfechos mais efetivos, considerando justamente que sua realização conta com o patrocínio e aquiescência das partes.

Em síntese, entende-se que a resolução de disputas pelo consenso obtido de forma autônoma pelas partes é o meio mais eficaz de se perseguir a satisfação, justiça e pacificação dos conflitos<sup>136</sup>, de forma a viabilizar adequadamente o convívio social.

---

<sup>134</sup> WARAT, Luis Alberto. Mediación... p. 03-18.

<sup>135</sup> SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. Novos paradigmas... p. 19.

<sup>136</sup> Com as devidas ressalvas quanto ao seu uso, já mencionadas nas seções anteriores.

## CONCLUSÃO

A cada dia é mais evidente o esgotamento do marco teórico que se pauta na exclusividade estatal para estabelecer as formas jurídico-processuais de dizer o direito. Isto porque tal modelo tinha como fundamento a procura pela certeza, pela verdade e pelo previsível, utilizando-se portanto de instrumentos unificadores e generalizantes.

Sem renunciar suas qualidades, observou-se que o modelo estatista de direito modelo acabou por contribuir, contudo, para o soterramento das diversidades existentes na sociedade, suas manifestações jurídico-processuais plurais e espontâneas. Isso especialmente com o avançar da sociedade contemporânea, na qual se observa que as relações humanas crescem de formas entrelaçadas e extremamente complexas.

A cultura atual é marcada pelo dinamismo, diversidade de agentes e linguagens, interação extensiva entre grupos e sujeitos com diferentes eixos problemáticos. Nesse sentido se observa que o paradigma de direito permeado por uma visão homogênea da sociedade vem perdendo sua capacidade de adequadamente gerir o convívio social e responder às demandas de pacificação social.

Sobre essa questão, comenta Wolkmer que o projeto contemporâneo, chamado de Pluralismo Jurídico, consiste em proposta de superar as relações ético-jurídicas tradicionais, que muitas vezes se traduzem injustas, para a concretização de instituições e acolhimento de práticas pluralistas e participativas de direito insurgentes.

Ao perseguir o abandono de práticas jurídicas exclusivamente albergadas pelo Estado, surge a proposta de implementação no sistema jurídico de mecanismos processuais que logrem atender adequadamente o as demandas postas atualmente na sociedade, de acordo com a cultura pautada no consensualismo, e na não adversariedade.

Advogam favoravelmente aos instrumentos extrajudiciais de aplicação do direito o fato destes focarem na qualidade da resolução do conflito pela via que entender mais adequada. Assim, as técnicas possibilitam maior envolvimento das partes no desenvolvimento do processo, sua percepção de interesses e problemas,

e composição da solução, proporcionando maior efetividade à resposta jurídica encontrada, satisfação às partes, e pacificação do conflito.

Ademais, outro aspecto de extrema relevância apresentada pelas novas estratégias desinstitucionalizadas de resolução de conflitos é que estas colaboram para devolver ao indivíduo autonomia perdida, na medida em que estimula a participação, empoderamento e cidadania permitindo-lhe reconquistar o desígnio de encontrar respostas para as suas demandas pela via que entender mais adequada.

Em síntese, as metodologias para a resolução alternativa de conflitos são praticas que aparecem em um contexto de mudança de paradigma: passa-se da ideia de saberes e poderes e unidimensionais onde as verdades e respostas são impostas, para modelo no qual os participantes, ao construírem renovadas possibilidades na resolução de seus conflitos, reconstroem suas relações em sociedade e reconstroem a si mesmos.

Nesse diapasão é que se percebe a mediação como projeto ótimo na persecução dos propósitos de empoderamento e pacificação social, na medida em que transfere integralmente a decisão para as partes envolvidas no conflito, possibilitando o exercício da cidadania em substituição à coatividade da decisão judicial.

Se afirma, assim, que a pacificação social é uma conquista diária de amor, respeito e solidariedade. No mesmo sentido, a mediação, ao transformar o conflito, atua no meio social e em seus atores, possibilitando o exercício da cidadania, o desenvolvimento da autonomia, a humanização das relações e, enfim, a pacificação social.

Diante das características do instituto da mediação, fica claro seu importante papel como instrumento para a pacificação social, caracterizada como práxis que consolida o pensamento jurídico crítico a partir do marco teórico do Pluralismo Jurídico.

Se entende que a função do direito, mais do que regular a comunidade de forma estrita, tem escopo de viabilizar o convívio social de forma harmonizada e pacífica. É nessa visão que a mediação apresenta seu valor e prestígio dentro do sistema de direito que se busca construir.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, D. A. R.; PANTOJA, F. M.; PELAJO, S. **A mediação no novo código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

ANNONI, Danielle. O movimento em prol do acesso a justiça no Brasil e a construção de uma democracia pluralista. In: **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, 2008.

AZEVEDO, André Gomma de (Org). **Manual de mediação judicial**. 5ª ed. Brasília: CNJ, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, v. 1, 1ª ed. Brasília, 2011.

CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 14ª ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. vol. 1. São Paulo: Malheiros, 2009.

FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça, a função social do judiciário**. São Paulo: Ática.

GOMMA, André. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a auto composição no direito processual. In: **Estudos em arbitragem, negociação e mediação**. Vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional - guia prático para a instalação do setor de conciliação e mediação. 3ª reimpr. São Paulo: Atlas, 2013.

GROSSI, Paulo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura Jurídica Europeia**: síntese de um milênio. Coimbra: Almedina, 2012.

HESPANHA, António Manuel. **Justiça e litigiosidade**: história e perspectiva de um paradigma. 1ª ed. Porto: Orlando & Ca. Ltda., 1993.

HESPANHA, António Manuel. **Pluralismo Jurídico e Direito Democrático**. São Paulo: Annablume, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

SALES, Lília Maia de Moraes [et al]. **Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: cidadania em debate**. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3ª ed. rev. amp. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen. **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

SOBOTTKA, Fernanda Pinheiro; MUNIZ, Tânia Lobo. Da ilusão do normativismo à mediação como instrumento de pacificação social. **Revista de Direito Público da Universidade Estadual de Londrina**, Londrina, v. 4, n. 3, p. 98-117, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **O Estado-jurisdicção em crise e a instituição do consenso: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. 477 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 55ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito**. 2ª ed. Buenos Aires: Almed, 1999.

WARAT, Luis Alberto. Mediación, el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. **Scientia Iuris**, v. 4, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WATANABE, Kazuo. Política pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. **Revista de Processo (RePro)**, São Paulo, ano 36, n. 195. Maio/2011.

WOLKMER, A. C.; VERAS NETO, F. Q.; LIXA, I. M. **Pluralismo jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 3<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2001.