MEDIAÇÃO PÓS-JUDICIAL: UM CAMINHO ALTERNATIVO RUMO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Fabiana Marcello Gonçalves

Graduada pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, com especialização em Direito Processual Civil. Mestranda pela Universidade Estácio de Sá (Área de Concentração: Direito Público e Evolução Social / Linha de Pesquisa: Acesso à Justiça e Efetividade do Processo). Advogada do escritório Vaz e Dias, Arruda da Veiga e Associados.

Resumo: O estudo dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias desperta crescente interesse dos processualistas. Somado a isso a insuficiência do Judiciário em solucionar de forma satisfatória algumas demandas, fazendo com que a figura da mediação passe a ser pensada como uma saída, apesar de ninguém negar que a mediação não representa uma forma genérica para a pacificação dos conflitos, tendo a sua razão de ser ancorada na preservação de relações duradouras. Mas, sendo a mediação um instrumento de pacificação e, considerando que as decisões proferidas pelo Judiciário nem sempre cumprem seu papel, seria possível viabilizar uma mediação pós-judicial?

Abstract: The study of alternative mechanisms on dispute resolution has brought the attention of law scholars throughout the world. Add to that the flagrant limitation of judicial decisions. In this context, the mediation emerges, bringing consequences that are extremely relevant. Furthermore, there is no reasonable refutation of the fact that mediation does not represent a generic way of reaching solution for all conflicts. From this realization, some questions rise: up to what point mediation can be used? Also: considering that decisions expressed by the Judiciary System may not always reach this purpose, would it be possible to execute post litigation mediation?

Palavras-Chave: Mecanismos alternativos de solução de controvérsias; Mediação; Insuficiência do Judiciário; Mediação pós-judicial; Pacificação dos conflitos.

Keywords: Alternative mechanisms on dispute resolution; Judicial decisions; Mediation; Post litigation mediation; Pacification justice.

1. Considerações iniciais:

O estudo dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias, notadamente a mediação, vem despertando cada vez mais o interesse dos estudiosos do direito em todo o mundo, seja em virtude da constatação de que o Poder Judiciário não é infalível, não sendo necessariamente a instância solucionadora de todos os problemas da sociedade (visão historicamente disseminada entre os jurisdicionados), seja em decorrência da insuficiência das decisões judiciais, que, em muitas ocasiões, não são capazes de atingir a tão almejada pacificação social, ainda que proferidas de forma escoreita.

Diversos são os motivos que levam os autores a se debruçarem sobre o assunto em cotejo, evidenciando-se, com isso, a necessidade de reformulação de determinados conceitos já solidificados na sociedade, principalmente se considerarmos a existência de decisões proferidas pelo Judiciário que, em inúmeros casos, objetivam meramente por fim ao processo judicial sem qualquer comprometimento com os vieses emocional e psicológico inerentes a todo conflito de interesses. Diante dessa notória “limitação” das decisões judiciais, emerge a figura da mediação, cujas conseqüências são extremamente relevantes, especialmente no que concerne ao fato de que o recrudescimento da solução mediadora promove uma corporificação de todo o sistema de mecanismos alternativos de solução de controvérsias. Isso sem considerar que esse ganho de importância da mediação (bem como dos demais mecanismos alternativos) acaba fazendo com que muitos institutos e conceitos propedêuticos do direito passem a ser revisitados, conforme veremos adiante.

Questão que deve restar clara desde já, antes de qualquer debate mais aprofundado acerca do tema, reside no fato de que qualquer estudo sobre a mediação, seja ele qual for, deve sempre partir da premissa básica de que a sua função não é, de forma alguma, substituir a jurisdição estatal, mas, muito pelo contrário, o que se pretende é uma atuação conjunta e inteligente de tais mecanismos, com vistas a promover um desprendimento do conceito de jurisdição da figura do Estado, de forma a privilegiar, em casos específicos nos quais as decisões judiciais não sejam a melhor alternativa (como nos casos das relações continuativas, por exemplo), os órgãos e mecanismos de solução de conflitos alternativos.

Por esse motivo, é possível se afirmar que, de acordo com uma concepção contemporânea, a jurisdição é o espaço adequado para que, no caso concreto, possam ser aplicados os princípios constitucionais, fazendo com que surja, de um lado, a idéia de processo justo como mecanismo de aperfeiçoamento da qualidade da prestação jurisdicional e, de outro, a noção de que é possível compor os litígios de forma adequada fora do Judiciário¹.

Por outro lado, já é clichê afirmar que não se deve enxergar a mediação como uma forma utópica e genérica para a pacificação de todos os conflitos existentes, sendo inegável que a razão de ser do instituto reside nos conflitos surgidos a partir de relações duradouras². A partir dessa constatação que alguns questionamentos emergem: até quando a mediação pode servir como um importante instrumento de pacificação social? E mais: considerando que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário nem sempre atingem tal finalidade, seria possível viabilizar uma mediação pós-judicial? Tais indagações sintetizam a preocupação central desse estudo, qual seja, a de analisar a viabilidade da opção mediadora como verdadeiro mecanismo pacificador de conflitos, de forma a promover a restauração das relações sociais, ainda que tal pacificação se dê posteriormente à tomada de decisões judiciais.

Para que se torne possível efetuar uma correta investigação da problemática ora apresentada, faz-se imperioso o estudo de algumas questões prévias, a fim de que se evidencie o real alcance de uma eventual mediação após dado início o trâmite de um processo judicial, analisando-se a viabilidade de sua aplicação no direito

---

¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 1-2.

² Idem.

brasileiro. No que tange à questão da viabilidade, urge salientar que o Projeto de Lei 517/11, proposto pelo Senador Ricardo Ferraço, foi responsável pela materialização da mediação pós-judicial, ao prever, em seu artigo 5º, a possibilidade de a mediação ser prévia, incidental ou posterior à relação processual eventualmente instaurada.

Tal previsão, reitera-se, faz com que seja necessária a revisitação de alguns conceitos fundamentais do direito processual civil, tais como o de jurisdição e o de acesso à justiça, bem como demanda um passar de olhos pelas problemáticas que envolvem a coisa julgada, já que o mencionado projeto de lei não impõe qualquer limitação temporal à instauração da mediação, falando tão somente em “mediação pós-judicial”, sem que se estabeleça como a opção pela via alternativa ocorrerá nesses casos, fazendo com que se questione acerca da possibilidade de relativização da coisa julgada através da mediação.

2. Mediação e jurisdição:

A jurisdição se apresenta como instituto fundamental da Teoria Geral do Processo, sendo, classicamente, uma emanção do poderio estatal. Chiovenda, nesse sentido, afirmava ser a jurisdição uma função do Estado, que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei por meio da substituição, pela atividade de órgãos públicos, da atividade de particulares³. Tal conceito, inegavelmente, evidencia a existência de um elo entre a função jurisdicional e a atividade estatal, concepção esta que, hodiernamente, ainda se encontra arraigada na sociedade. Outrossim, a visão da jurisdição como monopólio do Estado nada mais é do que uma herança do próprio direito romano, onde se promoveu a retirada da possibilidade de fazer justiça privada das mãos dos particulares, vedando-se a autocomposição dos litígios.

Ocorre que, embora seja vista classicamente como uma função estatal, a visão de que a jurisdição é monopólio estatal não mais basta na atualidade. Com propriedade, assevera Leonardo Greco que a jurisdição não precisa ser necessariamente uma função estatal, pois a composição dos litígios e a tutela de interesses particulares podem ser exercidas por outros meios, por outros órgãos, e até por sujeitos privados⁴.

---

³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002, p. 08.

⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense, p. 65.

Inclusive, o próprio Chiovenda, embora enxergasse a jurisdição como função do Estado, já mostrava intensa preocupação com um processo de resultados efetivos e práticos, apregoando que o processo deve dar a quem tenha um direito, o quanto for possível, tudo aquilo que ele tenha direito de conseguir⁵.

Diante disso, sempre que se fala em mediação, deve-se optar pelo abandono da visão tradicionalista que encara a jurisdição como uma *longa manus* do Estado. E qual a relevância disso? Somente dessa forma tornar-se-á possível visualizar a mediação, não sob uma ótica de acessoriedade ou subordinação com relação à jurisdição estatal, mas como um instrumento que caminha ao lado do Poder Judiciário. Por esse motivo, diz-se que o conceito de jurisdição é um conceito em evolução⁶. Entretanto, muito embora no plano teórico tudo isso faça sentido, a verdade é que, na prática, o Brasil ainda não conseguiu, por completo, desprender o conceito de jurisdição do Estado e, por esse motivo, ainda existe uma certa resistência em encarar a mediação como jurisdição legítima.

Nessa esteira, consoante muito bem explicitado por Greco, o que deve ficar muito claro é que a jurisdição deve ser exercida por órgãos independentes e imparciais, o que não significa, necessariamente, que ela deva ser exercida por juízes. Ainda, realça o autor, a Convenção Americana de Direitos Humanos alude à jurisdição como uma função exercida por um tribunal imparcial⁷. Logo, a mediação seria jurisdição legítima, ainda que atípica.

Dessa forma, partindo da premissa de que a jurisdição engloba os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, especialmente a mediação, questiona-se: seria possível um juiz extinguir um processo sem julgamento do mérito, remetendo as partes à mediação, por entender que o exercício da função jurisdicional típica, em um dado caso, não seria capaz de conferir os resultados mais práticos e efetivos? Ora, partindo da concepção de que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias também integram o conceito de jurisdição, ainda que “atípica”, parece ser extremamente plausível e viável que um juiz, por entender que a mediação seria mais proveitosa em um determinado caso, extinga um processo sem a resolução do mérito. Até porque, em nome da verdade real, o juiz deve sempre buscar a paridade de armas a

---

⁵ CHIOVENDA. Giuseppe. Op. cit. p. 67.

⁶ GRECO. Leonardo. Op. cit. p. 66.

⁷ Idem, p. 67.

fim de garantir a igualdade das partes em juízo. Logo, em princípio, nada obstará que um juiz entenda que a melhor forma de garantir a dita igualdade seria remetendo o caso para a mediação.

A questão mais tormentosa que se põe sobre tal possibilidade, a meu ver, relaciona-se a uma possível violação do princípio da indelegabilidade. Nessa linha, é indiscutível que a indelegabilidade representa a impossibilidade de qualquer órgão jurisdicional transferir o poder que lhe é atribuído, outorgado pela lei, para outro juiz ou órgão jurisdicional⁸. Nesse sentido, sendo a mediação espécie autêntica de jurisdição, remeter um determinado caso para a mediação não configuraria uma afronta a este princípio?

Ainda, outro problema que merece guarida refere-se à questão do consenso. É inegável que a mediação deve ser pretendida pelas partes envolvidas no conflito, pois se trata de técnica que visa a aproximação das pessoas interessadas na resolução de um problema, com o objetivo de induzi-las a encontrar soluções capazes de trazer ganhos mútuos. Logo, é pressuposto básico que as partes estejam interessadas na mediação. Sendo assim, permitir que um magistrado promova a extinção de um processo sem a resolução do mérito simplesmente por entender que o caso deve ser submetido à mediação não afrontaria a consensualidade? Nesse caso, o problema poderia ser resolvido com maior facilidade, já que o magistrado, ao optar pela mediação e extinguir determinado processo sem resolução do mérito, deve constatar a presença dos mesmos elementos a serem observados na mediação prévia e na incidental, quais sejam: no caso sob análise, a preservação das relações sociais deve se demonstrar tão importante quanto a obtenção de uma sentença; deve-se estar diante de um objeto negociável e; é imperioso que exista desejo de negociar, ainda que este não tenha sido exteriorizado. Sendo assim, constatada a existência de tais requisitos, entendo ser possível que o juiz, em vez de suspender o processo (caso em que ficaria limitado a um período máximo de suspensão, que poderia não ser suficiente), entenda pela extinção do mesmo sem julgamento do mérito, viabilizando que as partes possam, no futuro, caso não se chegue a um acordo, propor novamente a mesma ação.

Em síntese, ainda que se entenda pela possibilidade de um magistrado extinguir um processo sem julgamento de mérito para submetê-lo à mediação, não se

---

⁸ Idem, p. 121.

pode perder de vista o fato de que sempre se deve trabalhar com o conceito de filtragem dos conflitos, não devendo a mediação ser apresentada como uma forma utópica e genérica para a pacificação dos conflitos, já que a sua razão de ser reside exatamente nos conflitos surgidos a partir de relações duradouras⁹.

Outra questão que também precisa ser posta refere-se ao princípio da inafastabilidade, consagrado pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal. De acordo com este princípio, a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito. No tocante a esse aspecto, algumas observações devem ser realizadas. Preliminarmente, destaque-se que o Projeto de Lei 517/2011 não especifica como ocorrerá a mencionada “mediação pós-judicial”, razão pela qual devem ser analisadas todas as possibilidades. Assim, em um primeiro momento, tratando-se de um processo em curso no qual o juiz entenda que a mediação seja a via mais adequada, seria possível, conforme exaustivamente mencionado, que o mesmo procedesse a extinção do mesmo sem o julgamento do mérito. Nesse caso, não se estaria impedindo a questão *sub judice* de ser apreciada pelo Judiciário, mas tão somente estar-se-ia encaminhando a demanda para uma tentativa de mediação que, inclusive, poderia ser feita dentro do próprio Judiciário. E, se frustrada, nada impedirá que as partes retornem ao ponto de onde começaram, estando o acesso ao Poder Judiciário devidamente garantido.

Finalmente, cumpre destacar que a possibilidade de um juiz se “recusar” a proferir uma sentença de mérito com base em uma suposta insuficiência da jurisdição “típica” (ainda que momentânea) para resolver o conflito se coaduna com o conceito de Estado mínimo, noção esta que já encontra abrigo no Direito Penal brasileiro. Através de uma análise meramente perfunctória, é possível se afirmar que o minimalismo, embora não tenha qualquer previsão legal, se encontra assentado nas máximas garantias constitucionais e nos princípios basilares do direito, tais como: insignificância, adequação social da conduta, intervenção mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, proporcionalidade, legalidade, dignidade humana, dentre outros.

Dessa forma, considerar a possibilidade de um juiz não julgar uma causa por entender que a mesma seria melhor resolvida através de um procedimento de mediação, configuraria uma verdadeira e autêntica aplicação do minimalismo no direito civil, resguardando o exercício da jurisdição “típica” (a *longa manus* do poderio estatal)

---

⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. cit. p. 02.

para os casos realmente imprescindíveis, de forma a tentar preservar, ao máximo, os direitos fundamentais de ambos os envolvidos em um dado conflito. Conseqüentemente, o processo deixa de ser um mero conjunto de atos processuais para ser instrumento da pacificação social, inserindo-se em uma perspectiva constitucional, o que implica na necessária coordenação entre as duas diversas exigências de fundo: a existência de correção formal e a de justiça substancial¹⁰.

Com isso, pelo menos sob este viés, a mediação pós-judicial parece se revelar um poderoso instrumento de racionalização da jurisdição e de dosagem do poder estatal, possibilitando que os juízes se libertem das amarras que os impedem de concluir, em muitos casos, pela impossibilidade de proferir uma decisão. Permite-se, com isso, que a jurisdição seja enxergada de forma mais ampla (e por que não dizer mais humana?), já que visualizá-la como mera “função sentenciante” passa a não mais dar conta de todos os problemas submetidos ao Judiciário.

3. Mediação e acesso à justiça:

Consoante muito bem exposto por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, a idéia e o significado da expressão *acesso à justiça* variaram no tempo em função de uma série de elementos, de influências de natureza política, religiosa, sociológica e filosófica¹¹. Por questões lógicas, não constitui objetivo do presente estudo analisar a evolução do acesso à justiça no decorrer dos anos. Entretanto, faz-se imprescindível observar de forma mais apurada o conceito de acesso à justiça na atualidade. Tal observância tem por intuito verificar como a mediação, em todas as suas formas, inclusive a pós-judicial, se coaduna com a noção de acesso à justiça.

A partir da segunda metade do século XIX, a influência marxista fez com que fosse realizada uma releitura do acesso à justiça, especialmente no campo do Direito do Trabalho, ponto de partida do verdadeiro acesso à justiça. Dessa maneira, a necessidade da intervenção do Estado ocorria para assegurar direitos, posto que não mais interessava assegurar aquela igualdade puramente formal. Por isso, a nova ordem resgata a dimensão social do Estado e todas essas mudanças refletem na própria postura

---

¹⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 07.

¹¹ CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 57.

dos magistrados, que deixam de simular a mera declaração do conteúdo da lei para efetivamente interpretá-la e aplicá-la¹².

Diante de todas essas mudanças, o valor justiça ganha muito mais importância com a superação do positivismo estritamente normativista. Nesse diapasão, superado o velho positivismo, o juiz deixa de ser “a boca da lei”, não mais sendo possível impedir a participação criadora dos juízes¹³. E é justamente essa alteração de postura dos juízes que faz surgir a noção atual de acesso à justiça, promovendo um fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ser visto como um verdadeiro “realizador de direitos”. Paulo Cezar Pinheiro Carneiro chega a afirmar que o Judiciário se converte em uma instância de solução de conflitos de toda espécie, passando a haver uma demanda muito grande por justiça¹⁴.

Esse fortalecimento do Poder Judiciário, que passa a ser visto como único instrumento de concretização do acesso à justiça explica o por quê adotamos uma cultura judiciária tão forte. Entretanto, conforme exposto por Leonardo Greco, o acesso à justiça não pode ser visto apenas sob uma perspectiva processual, sendo indispensável a necessária associação da idéia de acesso à justiça à idéia de acesso ao direito. Note-se que, conforme Greco expõe, essa associação surgiu na Constituição Portuguesa de 1976, que, em seu artigo 20, estabeleceu que “a todos é assegurado o direito de acesso ao Direito e à Justiça”. Logo, antes dos cidadãos terem assegurado o acesso à proteção judiciária, o Estado deve se dedicar à concretização dos direitos destes¹⁵.

Nessa lógica, resta evidente que a criação de mecanismos alternativos para a solução das controvérsias representa uma forma de concretização dos direitos e expectativas dos cidadãos, configurando uma verdadeira forma de se permitir um real acesso ao direito e à justiça, ainda que não haja propriamente um acesso à jurisdição típica.

Registre-se, ainda, que o acesso à justiça, na visão de Greco, é apenas um dos vieses do acesso ao direito, representando o acesso a um tribunal imparcial, previamente instituído pela lei como competente para a solução de qualquer litígio a

---

¹² Idem, p. 25.

¹³ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro afirma que o juiz deve perquirir os fins sociais que informam a aplicação da norma no caso concreto, amoldando-a às exigências do bem comum. CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. cit. p. 28.

¹⁴ Idem, p. 30.

¹⁵ GRECO, Leonardo, Op. cit. p. 12.

respeito de interesses que se afirme juridicamente protegidos ou para a prática de qualquer ato que a lei subordine à aprovação, autorização ou homologação judicial¹⁶.

Dessa feita, o acesso à justiça e, em uma visão mais ampla, o acesso ao direito, não se resume à possibilidade de ingresso aos órgãos jurisdicionais estatais típicos. Por esse motivo, falar em mediação pós-judicial, mais do que se coadunar com o acesso à justiça, fato que se evidencia com a terceira onde de Cappelletti, se revela compatível (em determinados casos) com as próprias necessidades e expectativas dos jurisdicionados. Portanto, se um juiz, no decorrer de um processo percebe que a jurisdição típica não será capaz de dar conta da questão que lhe é posta, ele poderia sim, em nome do acesso à justiça, remeter o caso à mediação (seja ela extrajudicial ou judicial). Sobre o assunto, há que se destacar que um dos princípios que informam o acesso à justiça, na visão de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, é justamente a utilidade. Chiovenda já afirmara (e mais uma vez repetimos) que o processo deve dar a quem tenha um direito tudo aquilo e exatamente aquilo que ele tenha direito de conseguir. E mais do que isso, ressalta Paulo Cezar, o processo deve assegurar tal direito da forma mais rápida e proveitosa possível, com o menor sacrifício para o vencido. Sendo assim, se a jurisdição típica não é capaz de assegurar determinado direito nos moldes acima preconizados, por que não remeter o caso à mediação? Essa “transferência” seria uma concretização do próprio princípio da utilidade!

Da mesma forma, por que não pensar na possibilidade de uma mediação após a prolação de uma sentença definitiva? Não se está negando aqui que pensar em uma mediação após uma sentença definitiva é algo simples. A verdade é que isso traz em seu bojo inúmeras discussões, mas estas não constituem objeto imediato deste ensaio. Mas, o que precisa ser evidenciado é que, sob o prisma do acesso à justiça, permitir uma mediação pós-judicial em tais condições seria perfeitamente possível. E, mais uma vez, valendo-se do princípio da utilidade, a mediação pós-judicial estaria apta a assegurar determinados direitos sem que uma das partes tenha que suportar sozinha grandes sacrifícios.

Em suma, a mediação pós-judicial é a maior prova de que o acesso à justiça e ao próprio direito não se limita ao acesso dos cidadãos a órgãos jurisdicionais típicos. Ademais, determinado jurisdicionado pode vir a não ter o acesso à justiça

---

¹⁶ Idem, p. 17.

efetivado ainda que sua demanda seja submetida ao crivo da jurisdição típica se esta não for competente para encontrar uma resposta adequada (e ao falar em competência, não estou me referindo à competência como medida da jurisdição, mas como suficiente capacidade ou aptidão para a resolução de um conflito). Por esse motivo, a proposta da mediação pós-judicial, sem dúvidas, configura uma iniciativa corajosa e brilhante, trabalhando, ainda que de forma não explícita, no sentido de igualar o grau de importância dos diferentes tipos de jurisdição (típica e atípica), tornando nítido que a imprescindibilidade da mediação, em determinados casos, transcende o momento da prolação de uma decisão. Afinal, conforme Cappelletti afirmara, o acesso à justiça não se resume a proclamar direitos¹⁷. Sendo assim, torna-se forçoso concluir que os mecanismos alternativos de solução de controvérsias, mais do que não irem de encontro com o princípio do acesso à justiça, encontram-se plenamente respaldados pelo artigo 5º, XXXV, da Constituição brasileira, ou seja, o mesmo artigo que consagra este princípio.

Portanto, não se pode olvidar que os métodos de solução de controvérsias se justificam pela necessidade de segurança, estabilização das relações humanas e paz social. E, apesar de, entre as instituições, haver maior destaque para a função judiciária, a vida social é rica de atos e fatos que fogem à regulamentação pelas instituições estatais formais e é exatamente aqui que entre o papel das ADR's¹⁸. Sendo assim, é preciso parar de olhar para a mediação (e para os outros métodos alternativos de solução de controvérsias) com tanta desconfiança, como se a própria existência de mecanismos alternativos ferisse o próprio acesso à justiça. É preciso superar o modelo conflitual vigente caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, onde sempre há um ganhador e um perdedor, onde o Estado é chamado a dizer a quem pertence o direito¹⁹.

---

¹⁷ “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça - tradução e revisão de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002, p.12.

¹⁸ GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos e WEBER, Ana Carolina. Disposições gerais sobre mediação civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, 3-58.

¹⁹ MORAIS, José Luis Boldan de. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça - Uma questão recorrente. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). *Estudos sobre mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003, p. 76.

4. Objetivos e vantagens da mediação e como estes se coadunam com a mediação pós-judicial:

Questão preliminar digna de nota diz respeito ao papel que a chamada jurisdição “atípica” assume no cenário brasileiro. Um grande obstáculo ao enraizamento dos mecanismos de solução de controvérsias, sem dúvidas, é o olhar desconfiado lançado pelos jurisdicionados (e por muitos operadores do direito) quando o tema é mediação. Infelizmente, ainda há um certo ceticismo que incide sobre os mecanismos jurisdicionais não típicos, ceticismo este que deve ser atribuído, em grande parte, ao fato de as pessoas sempre enxergarem as “alternativas” que lhes são conferidas como substitutas daquilo que é tradicional, quando, na verdade, não existe um caráter substitutivo, pois não há que se falar em subsidiariedade, mas em duplo protagonismo (escolhe-se um ou outro). Inobstante, o que precisa ficar claro é que a função da mediação, assim como das demais espécies alternativas, é tão somente colaborar com a justiça. E, para que o instituto cumpra a sua função colaboradora, é necessário que o mesmo seja visto, conforme já mencionado oportunamente, como um mecanismo que caminha ao lado da jurisdição clássica estatal. Portanto, trata-se de um mecanismo alternativo e não, subsidiário!

Sobre o tema, Osvaldo Alfredo Gozáni destaca que cada um dos mecanismos alternativos é complementar à função judicial, remetendo aos juízes ordinários apenas as medidas de força e assecuratórias que se fizerem necessárias. Mas, destaca o autor, é inevitável notar que tais mecanismos geram um procedimento praticamente paralelo quando formam códigos adjetivos, de modo que a escolha dos indivíduos pelas vias não-judiciais podem significar uma opção contra aquilo em que já não mais se confia. Nesse caso, os mecanismos alternativos seriam, propriamente, substitutos do processo público²⁰. A meu ver, apesar de partir de uma premissa acertada, qual seja, a de existir uma complementaridade entre os mecanismos de solução de conflitos, o autor se equivoca ao afirmar pela possibilidade de encarar os mecanismos alternativos como substitutos do processo público, ainda que somente nos casos em que ocorra formação de códigos adjetivos. Acontece que, inegavelmente, é inerente aos

---

²⁰ GOZÁNI, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995, p. 09.

mecanismos alternativos, em específico a mediação, objeto deste estudo, a idéia de colaboração e complementaridade.

Portanto, a mediação possui como objetivo máximo a complementação da jurisdição típica, devendo a sua utilização ficar resguardada para os conflitos surgidos a partir de relações duradouras, casos em que a obtenção de uma sentença não seria a solução última buscada pelas partes. Assim, é possível se afirmar que a idéia de mediação pós-judicial se encaixa perfeitamente nesse escopo colaborador. O que se pretende, entretanto, é permitir que as partes e até mesmo o juiz não fiquem submetidos, de forma absoluta, à solução sentenciadora caso constatem que a mediação representa a melhor alternativa. Com isso, se após a prolação de uma sentença as partes descobrem que a mediação é o melhor caminho, porque não permiti-la?

Outro objetivo da mediação, consoante já adiantado, é a preservação das relações duradouras. O objetivo preservador em tudo tem a ver com a tão festejada cultura de pacificação. Até porque, a mediação parte do princípio de que não existe ninguém melhor do que as próprias partes para formularem os critérios que elas próprias reputam como mais justos para solucionar os seus próprios problemas²¹. Nessa toada, mais uma vez a idéia de uma mediação pós-judicial em nada afronta o objetivo pacificador, mas, muito pelo contrário, possibilita que esta seja alcançada mesmo após ser proferida uma sentença. Há de se reconhecer, dessa forma, que a necessidade de restauração dos relacionamentos prolongados pode ser superveniente à sentença.

Verdade seja dita, a sociedade brasileira está acostumada com a idéia de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida por um juiz. Todavia, não são raros os casos em que as partes, mesmo após a sentença, permanecem insatisfeitas. A mediação pós-judicial, nesse ínterim, possibilitaria que as partes pudessem alcançar a tão almejada justiça através do diálogo e do consenso. Além disso, possibilitar a ocorrência de uma mediação posterior ao processo judicial faria com que, pouco a pouco, a infalibilidade do Poder Judiciário passasse a ser vista como um mito, evidenciando-se que as sentenças não são capazes de resolver todos os problemas. Com isso, gradativamente, os jurisdicionados se desprenderiam da cultura judicialista,

---

²¹ LOPES, Vitor Carvalho. *A mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*. 206 fls. Dissertação. Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 53.

buscando os mecanismos alternativos de forma mais expressiva, o que, inclusive, proporcionaria maior estabilidade às decisões²².

Quanto às vantagens da mediação, muitos podem ser os benefícios provindos. Sem embargo, buscar-se-á, nesse momento, elencar alguns dos mais relevantes, sempre traçando um paralelo entre estes e a mediação pós-judicial, a fim de tornar possível aferir se a mediação posterior à instauração da relação processual será capaz de se coadunar com as vantagens já conhecidas da mediação pré-processual e incidental.

A primeira vantagem propiciada pela utilização da mediação (em suas modalidades pré-processual e incidental) é a celeridade advinda, principalmente em virtude da desburocratização procedimental. Ressalte-se, ainda, que a celeridade é extremamente atraente para os jurisdicionados, que, descontentes com a morosidade que impera no Judiciário - *os sem-número de recursos, as instâncias diversas, as sentenças ilíquidas a par de uma organização judiciária retida no tempo em descompasso com a realidade social hodierna, a deficiência na formação dos juízes, a precariedade das condições materiais e os métodos de trabalho obsoletos e minguados de utilização de recursos de tecnologia moderna são fatores que convergem para uma jurisdição que sai de sua inércia pela provocação, atua nos limites físicos e temporais dos atos do processo, mas não lhe extrapola os limites para atuar no conflito que a ensejou, afastando-o, ou atendendo prontamente a petição ou pretensão*²³ - acabam vendo na mediação a possibilidade de satisfação dos seus interesses de forma mais rápida.

Ademais, verifica-se que o processo de mediação não possui um procedimento rígido calcado em normas pré-estabelecidas, possuindo estruturas e regras procedimentais que advém da vontade das partes, o que propicia a criação de um procedimento especialmente destinado a resolver de forma mais satisfatória um determinado caso específico. Com isso liquida-se o inconveniente de ter um procedimento único, pouco adaptado às especificidades de cada conflito, como ocorre com o processo de uma forma geral²⁴.

---

²² “Uma decisão imposta por terceiros possui muito mais chances de ser impugnada pelas partes do que uma decisão consensuada entre elas próprias”. Idem.

²³ GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 87.

²⁴ LOPES, Vitor Carvalho. Op. Cit. p. 59.

Quando se trata de mediação pós-judicial, entretanto, não se eliminará o desgaste emocional e até mesmo financeiro que um processo traz em seu bojo, já que o processo judicial, de fato, existirá. Inobstante, parece-me que a mediação pós-judicial acaba por apostar em um outro ganho: o da mudança da cultura judicialista. Permite-se que as partes optem pela mediação mesmo após as mesmas terem se socorrido ao Judiciário. Assim, diante de determinado caso concreto, o Judiciário se mostra impotente ou insuficiente para o fim a que se propõe, fazendo cair por terra a falas idéia de que se trata de um poder infalível. O fato é que, embora a mediação possa não trazer ganhos em termos de celeridade, já que as partes podem optar pela solução em questão somente após todo o desenrolar do processo judicial, o cidadão passará, gradativamente, a entender que a justiça não se encontra umbilicalmente ligada aos juízes togados. O que se fará, portanto, é trilhar o caminho inverso: permite-se que a parte se frustre junto ao Judiciário e opte, posteriormente, nos casos em que for cabível, pela mediação. Abre-se mão de um resultado imediato (celeridade), para buscar resultados mediatos e duradouros.

Por outro lado, a opção pela mediação pós-judicial poderá trazer ganhos em termos de celeridade nos casos em que o próprio juiz, no início do processo, perceba que o caso deve ser submetido à mediação, extinguindo o processo sem julgamento do mérito e remetendo a causa para a solução alternativa. Nesse caso, embora o processo já esteja em andamento, impede-se todo trâmite processual rumo à prolação de uma sentença, privilegiando a tentativa de efetivação de um acordo mutuamente vantajoso para ambas as partes.

A segunda vantagem da mediação, por sua vez, é o controle exercido pelas partes sobre o processo. Na verdade, essa vantagem não deixa de ser um consectário da própria desburocratização, já que esta permite que as partes optem pelas regras que lhe parecerem mais convenientes ao longo do trâmite da mediação, a fim de que se chegue ao resultado almejado. Permite-se, com isso, uma manipulação procedimental a fim de permitir que o resultado alcançado seja realmente aquele desejado pelas partes.

Assim sendo, os sujeitos, ao se submeterem à mediação, não ficam atrelados ao princípio da inevitabilidade. Importante destacar que o princípio da inevitabilidade, na jurisdição típica, é aplicado em dois momentos distintos. O primeiro

diz respeito à vinculação obrigatória dos sujeitos ao processo judicial, já que, uma vez integrado à relação jurídica processual, ninguém poderá, por sua própria vontade, se negar a esse “chamado jurisdicional”. Essa integração obrigatória à relação jurídica processual coloca os sujeitos que dela participam em um estado de sujeição, o que significa dizer que suportarão os efeitos da decisão jurisdicional ainda que não gostem, não acreditem, ou não concordem com ela²⁵. Essa não ocorrência do princípio da inevitabilidade na mediação, faz com que a relação entre as partes e o mediador, no processo de mediação, não seja uma relação marcada pela sujeição, mas uma análise de perspectivas através de um panorama mais amplo de possibilidades onde não se precisa levar em conta somente o que a legislação determina²⁶.

Essa liberdade que as partes detêm na regência do processo é, sem dúvidas, muito importante e traz incontáveis ganhos, pois permite que se chegue a uma solução intermediária, não impositiva, capaz de agradar a ambos os envolvidos, fazendo com que a mediação cumpra o seu papel de restauração de relacionamentos prolongados. E note-se: essa necessidade de restauração das relações entre as partes pode restar evidenciada somente após a submissão destas à jurisdição típica. Então, por que não permitir, em nome da pacificação social, que se instaure uma mediação pós-judicial, permitindo às partes o reinício dos debates?

A jurisdição típica não é capaz de dar conta de todas as complexidades que a realidade social impõe e, por vezes, essa insuficiência do processo judicial só se evidencia após a sentença. Desta feita, permitir a utilização da mediação após o processo judicial, ainda que impostas algumas limitações, poderia trazer grandes ganhos não só para as partes envolvidas (insatisfeitas com o resultado de um processo judicial), mas também para a coletividade, que, gradativamente, deixaria de enxergar a via judicial como a solução de todos os problemas. Ademais, o processo judicial não pode ser considerado um fim em si mesmo, o que faz com que a afirmação de que o processo

---

²⁵ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 2^a ed. São Paulo: Método, 2011, p. 20.

²⁶ “Nesse sentido, pode-se dizer que a mediação devolve as partes um poder que a elas sempre lhe coube e que, com o passar dos tempos e com a intensa utilização e desenvolvimento da jurisdição, parece ter ficado meio esquecido das pessoas que necessitam solucionar as suas controvérsias: a de que cabe primeira e exclusivamente a elas próprias solucionarem as suas próprias disputas”. LOPES, Vitor Carvalho. Op. cit. p. 60-61.

é mero instrumento de exercício da jurisdição²⁷ passe a ser insuficiente. O processo judicial deve ser encarado como instrumento para que se chegue à real pacificação dos conflitos e, se ele não é capaz de cumprir o seu desiderato, nada mais justo do que permitir que a jurisdição alternativa venha a suprir essa deficiência.

Por fim, há que se elencar como vantagem da mediação o ganho de efetividade com os acordos obtidos, posto que a solução encontrada, sem dúvidas, virá a ser mais compatível com os reais interesses das partes. O grau de satisfação obtido por uma solução produzida pelas próprias partes envolvidas tende a ser muito maior do que aquele obtido por meio de uma solução imposta por um terceiro, o que diminui de sobremaneira comportamentos inadimplentes de ambas as partes²⁸.

E a mediação pós-judicial, como não haveria de ser diferente, também possui ganhos nesse sentido. Acontece que, inegavelmente, a justiça tem que dar ao titular de determinado direito material a máxima proteção deste direito, com o menor custo e no menor tempo possível, através de um processo regido pelas garantias fundamentais (garantismo). Em virtude disso, os direitos devem e necessitam ser protegidos integralmente, cabendo ao Poder Judiciário ser o guardião da eficácia dos direitos afirmados em sentença, sob pena de transformá-la em mera folha de papel.

Por outro lado, se o Judiciário não é capaz, em determinados casos, de dotar as suas ordens de eficácia, em virtude da própria natureza do direito *in casu*, deve-se sim permitir que as partes tentem, através da mediação (ainda que pós-judicial), cheguem a esse fim. Então, a chamada “justiça sentenciadora”, embora ponha fim aos litígios, nem sempre é pacificadora (até mesmo em virtude do fato de nela sempre haver um vencedor e um vencido) e, por não ter esse viés pacificador, acaba comprometendo, em muitos casos, a efetividade das decisões. A justiça sentenciadora, que age movida pela necessidade de “dar a cada um o que é seu”, nem sempre é capaz de enxergar a raiz do problema e, sem sombras de dúvida, a mediação visa a suprir tal deficiência. Nesse mesmo bojo surge a idéia da mediação pós-judicial, que também possui o objetivo de atuar como supridora da falta de efetividade de muitas decisões judiciais, especialmente aquelas que tratam de relações duradouras.

---

²⁷ “O processo é o instrumento de exercício da jurisdição, composto por um conjunto de relações ou vínculos jurídicos unitariamente direcionados a um único fim: a prestação jurisdicional em relação a determinada demanda”. GRECO, Leonardo. Op. cit. p. 417.

²⁸ LOPES, Vitor Carvalho. Op. cit. p. 61.

5. ***Mediação: justiça restaurativa aplicada no âmbito do direito civil***

Sempre que se fala em direito, justiça e jurisdição, ecoam vozes em prol da tão conclamada pacificação social. Nesse sentido, parece ser lugar comum que o objetivo do processo é alcançar o sonho dourado da paz social. No entanto, ao tratar do assunto, raramente os autores se manifestam a respeito do que, de fato, seria a pacificação social. Voltando os olhos para o direito penal, parece-me que a melhor forma de se alcançá-la seria através da justiça restaurativa, sendo a mediação um grande exemplo de como se fazer justiça do ponto de vista restaurativo. E, nesse interregno, muito embora comumente se fale em justiça restaurativa no âmbito penal, também seria possível vislumbrá-la no âmbito civil, especialmente nas hipóteses que envolvam relações continuativas, onde fazer justiça significa mais do que proferir uma sentença, mas, acima de tudo, restaurar, reconstituir e reconstruir.

A idéia da justiça restaurativa, portanto, é voltar-se para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, em vez de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. Diferentemente da justiça convencional, a justiça restaurativa indaga o que se pode fazer para restaurar os relacionamentos²⁹. É essa a idéia que gravita em torno da mediação. Nessa mesma linha, a previsão da mediação pós-judicial vem a consagrar, de uma vez por todas, esse novo paradigma, facilitando o diálogo e a construção de um acordo mesmo após instaurado o procedimento judicial.

Cumprе lembrar que esse paradigma de justiça restaurativa exige, para a sua concretização, a vontade das partes, havendo uma mudança de foco para os sujeitos do conflito, que deixam de ser objeto do tratamento jurídico do sistema convencional para se tornarem protagonistas do processo³⁰. Mas, embora se reconheça que este é o modelo ideal, posto que se permite a solução dos conflitos na origem, em detrimento da imposição de decisões, é sabido que o Brasil ainda possui uma cultura sentencialista muito forte. Conforme já abordado, o cidadão permanece vindo com muita desconfiança a utilização de mecanismos alternativos que visem à concretização da

---

²⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa - um novo caminho? In: POLIDO, Liliana Vieira, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez.2007 / jan.2008, p. 190-202.

³⁰ “Tais procedimentos propiciam às partes a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence, legitimando-os a construir um acordo e um plano restaurativo, alcançando o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração da vítima e do infrator”. *Idem*.

chamada justiça restaurativa, como se a presença do juiz fosse a única forma de salvaguarda de direitos. Repise-se, assim, que o instituto da mediação pós-judicial possibilita ganhos relevantes no tocante a esse aspecto, consagrando a insuficiência da jurisdição típica na resolução de determinadas questões. Por isso, exatamente em decorrência dessa limitação do Judiciário, permite-se, em alguns casos e preenchidos os requisitos necessários, a efetiva restauração das relações sociais através da mediação pós-judicial.

Não há dúvidas de que essa alteração de postura dos cidadãos demanda tempo, posto se tratar de uma longa caminhada a ser trilhada. Mas, como primeiro passo, é necessária a mudança de comportamento dos próprios operadores do direito, que são os primeiros personagens que precisam enxergar o processo judicial de forma não idealizada. O processo judicial não é infalível e, por esse motivo, não é capaz de resolver todos os problemas. Por isso, torna-se imprescindível investir nas alternativas (a mediação é uma delas) que realmente possibilitem a restauração da paz social. E, reitere-se, essa mudança precisa começar a partir dos próprios operadores jurídicos. A intervenção dos operadores jurídicos nas práticas restaurativas requer uma sensibilização e uma capacitação específica para lidar com os conflitos deontológicos e existenciais na sua atuação, pois estarão, por um lado, jungidos à sua formação jurídico-dogmática e a seus estatutos funcionais e, por outro, convocados a uma nova práxis, que exige mudança de perspectiva. Essa mudança exigirá deles o convívio com o pluralismo jurídico, com o senso jurídico comum e com o compartilhamento das decisões com os verdadeiros donos do conflito. Terão que transcender a “velha opinião formada sobre tudo” - e o receituário legal formal inscrito numa moldura afixada na sólida e velha parede do poder³¹.

Sob esse prisma, parece-me que o modelo de justiça restaurativa corrobora uma possível iniciativa do magistrado no sentido de extinguir determinado processo sem resolução do mérito sempre que entender que o processo judicial não representa o melhor caminho a ser trilhado. Assim, poderia o magistrado, em prol do encontro restaurativo, remeter um dado caso à mediação, sempre que entender que esta é a melhor saída. Mas, para isso, é necessário que os juízes sejam adequadamente capacitados, a fim de que a mediação pós-judicial não se torne um mero instrumento de

---

³¹ Idem.

desafogamento do Judiciário, acarretando extinções de processos sem julgamento de mérito descompromissadas com a restauração social.

6. Mediação pós-judicial e seus limites:

Ainda, torna-se necessário visualizar como ocorreria a mediação pós-judicial no âmbito civil. Ocorre que, apesar de o Projeto de Lei 517/11 prever a figura da mediação pós-judicial, não há qualquer disposição que estabeleça como esta ocorrerá e quais serão os seus limites. Sendo assim, considerando que não cabe ao intérprete distinguir o que a lei não distingue, deve-se pensar, pelo menos em um primeiro momento, na mediação pós-judicial sob uma perspectiva ampla. Em virtude disso, seria possível se valer da mediação pós-judicial tanto para os casos em que o processo se encerrar por meio de sentenças terminativas quanto para casos em que o encerramento se der através de sentenças definitivas.

No tocante às sentenças terminativas, a questão não gera grandes questionamentos, posto que, como não há resolução do mérito, não ocorre a formação de coisa julgada material, sendo possível, inclusive, propor novamente a mesma ação. Nesse sentido, em caso de extinção sem julgamento do mérito, a meu ver, não haveria qualquer óbice à solução mediadora (em detrimento da opção pela repropositura da demanda). A única dúvida que se põe aqui seria sobre a possibilidade de o juiz extinguir o processo sem resolução do mérito por entender que a mediação seria a alternativa mais viável. Conforme oportunamente mencionado, destaque-se que esta possibilidade se coaduna com o escopo da justiça restaurativa. Inobstante, cumpre ratificar que deve haver muita cautela para que não seja criado um instrumento que sirva a interesses escusos (desafogamento inconseqüente do Judiciário, no qual o cumprimento de metas vale mais do que “fazer justiça”).

O problema, dessa forma, residiria na cogitação da mediação em processos judiciais que se encerram por meio de sentenças definitivas, ou seja, quando ocorre a efetiva resolução do mérito. Nesse caso, indaga-se: tendo o juiz proferido uma decisão de mérito, ainda que esta ainda não tenha transitado em julgado e caiba o manejo de alguma espécie recursal, seria possível optar pela solução mediadora? Parece-me que a resposta aqui não poderia ser negativa, posto que, conforme já

preconizado ao longo deste breve ensaio, em muitos casos, as sentenças são incapazes de atingir seus objetivos, notadamente naqueles processos em que a mediação teria sido a melhor alternativa desde o início. Portanto, considerando que o processo é instrumento para que se alcance um determinado fim, qual seja, a pacificação social, se este se mostra insuficiente para cumprir o seu desiderato, ainda que depois da prolação da sentença, não haveria qualquer problema em se permitir a opção pela mediação.

Configuraria, nesses termos, um excesso de formalismo entender que a mediação pós-judicial seria uma afronta à autoridade estatal, abrindo-se mão da própria efetividade do processo em prol da manutenção de decisões incapazes de atingir o seu fim. Conforme destaca José Roberto dos Santos Bedaque, processo efetivo é aquele que, observado o equilíbrio entre os valores segurança e celeridade, proporciona às partes o resultado desejado pelo direito material³². Note-se que, conforme muito bem ressaltado pelo autor, chegar ao resultado desejado pelo direito material constitui condição *sine qua non* para que o processo seja efetivo. Logo, de nada adianta garantir a segurança e a celeridade do processo se o resultado alcançado não se coaduna com o direito material envolvido. Por esse motivo, representaria solução razoável e plausível optar por uma mediação pós-judicial para que se pudesse restabelecer a paz social. Mas, por razões lógicas, conforme será mencionado adiante, alguns limites precisam ser observados. E são exatamente esses limites que precisam ser muito bem delimitados.

O principal limite que a mediação pós-judicial parece encontrar, em uma primeira análise, seria a coisa julgada material. Conforme se sabe, independentemente da espécie de sentença, proferida em qualquer espécie de processo, em um determinado momento, ocorre o trânsito em julgado e, como consequência, ocorre a formação de coisa julgada formal. Se todas as sentenças produzem coisa julgada formal, o mesmo não se pode dizer da coisa julgada material, pois esta seria uma projeção para fora do processo, tornando a decisão imutável e indiscutível além dos limites do processo em que foi proferida³³. Através de uma breve análise dos conceitos acima expostos, poder-se-ia afirmar que a mediação pós-judicial somente poderia ocorrer até que houvesse a formação da coisa julgada material, momento a partir do qual não mais se pode discutir uma determinada decisão extraprocessualmente. Repise-se, nessa linha, que a coisa

---

³² BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 49.

³³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Op. cit. p. 530.

julgada material nada mais é do que um fenômeno panprocessual³⁴, o que significa dizer que a sentença não pode mais ser discutida ou modificada no processo em que foi proferida, bem como em qualquer outro, exceto por intermédio da utilização das ações rescisórias.

Sem embargo, apesar da coisa julgada material tornar as decisões emanadas pelo Judiciário indiscutíveis fora dos processos em que são proferidas, o que obstaría, inicialmente, a opção mediadora pós-judicial, entendo que restringir a utilização desse poderoso instrumento à formação da coisa julgada material seria prejudicial aos próprios interesses das partes em processos nos quais a mediação se afigura como a melhor solução das demandas. Com isso, indaga-se: por que não permitir a solução mediadora até a formação da coisa soberanamente julgada? Dessa forma, estar-se-ia conferindo um prazo maior para que as partes pudessem optar pela mediação, sem abrir mão da segurança jurídica, de sorte a impedir a eternização de algumas discussões. Na verdade, se permite que, em nome da pacificação social, as partes pudessem optar por soluções alternativas a qualquer tempo, até a formação da coisa soberanamente julgada.

Registre-se que a coisa soberanamente julgada nada mais é do que a coisa julgada material após o decurso do lapso temporal de dois anos, quando deixa de ser cabível a ação rescisória. Assim, caso se torne necessário o afastamento da coisa julgada dentro do período de dois anos, a parte pode se valer de um instrumento próprio para tanto, qual seja, a ação rescisória, devendo ser observadas as hipóteses de cabimento previstas em lei. Nesse sentido, por que não permitir que a mediação siga essa mesma lógica? Há que se destacar, ainda, que a mediação, assim como a ação rescisória, não serviria irrestritamente para todos os casos, mas somente para aqueles que tratassem de relações continuativas, nas quais a sentença judicial fosse incapaz de atingir o seu escopo pacificador. Dessa forma, não se transformaria a mediação em um mecanismo supra-recursal a ser utilizado sempre que as partes não ficassem satisfeitas com as decisões judiciais (o que acarretaria a eternização das discussões) e, por outro

---

³⁴ Nesse sentido, Luiz Machado Guimarães preceitua que o efeito preclusivo é de menor extensão nos casos de preclusão e de coisa julgada formal; inclui apenas no processo em que criado (efeito preclusivo endoprocessual); de maior extensão, no caso da coisa julgada substancial, porque opera não só no processo em que foi criado como também em futuros processos (efeito preclusivo panprocessual). GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969, p.84.

lado, permitir-se-ia que, a qualquer tempo, ainda que após o trânsito em julgado, as partes, voluntariamente, optassem pela mediação, sem qualquer prejuízo à tão conclamada segurança jurídica, que restaria consolidada com a formação da coisa soberanamente julgada.

Por último, vejamos como ocorreria a mediação pós-judicial em sentenças determinativas. O artigo 474 do Código de Processo Civil estabelece que o trânsito em julgado faz com que sejam repelidas todas as alegações e defesas não opostas. No entanto, deve ficar subentendido que tais alegações às quais o artigo 474 faz referência somente são concernentes à mesma causa de pedir, já que nada impede que a lide seja rediscutida se fundada em nova causa de pedir. Portanto, a regra prevista no Código de Processo Civil é a de que não se pode reapreciar os mesmos fatos e fundamentos jurídicos em face do mesmo pedido e das mesmas partes. Apesar disso, o artigo 471, em seu inciso I, estabelece que, em caso de relações continuativas, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, poderá a parte pedir revisão do que foi estatuído na sentença. Então, questiona-se: poderia a parte, sobrevindo modificação no estado de fato ou de direito, optar pela solução mediadora? Para respondermos a tal indagação, devem ser expostos, ainda que brevemente, os 03 (três) entendimentos doutrinários que justificam a possibilidade de revisão das sentenças determinativas, apesar da formação da coisa julgada material.

O primeiro entendimento doutrinário, capitaneado por Humberto Theodoro Jr.³⁵, entende que as sentenças determinativas fazem coisa julgada material, mas com cláusula *rebus sic stantibus*. Tal cláusula, amplamente utilizada no direito contratual, respalda o que atualmente se conhece no direito civil como teoria da imprevisão, mitigando a antiga máxima do *pacta sunt servanda*. O segundo entendimento, adotado pelo legislador do Código de Processo Civil de 1973, estabelece que ocorre a formação de coisa julgada material com autorização de revisão futura. Por sua vez, Alexandre Freitas Câmara apregoa que a coisa julgada material nas sentenças determinativas se opera exatamente da mesma forma que se opera nas outras demandas.

---

³⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 481.

Entretanto, havendo pedido de revisão, existirá nova demanda, em decorrência do novo pedido e da nova causa de pedir³⁶.

Consoante se pode observar, independentemente de como se explique a possibilidade de revisão das sentenças determinativas, há o consenso de que estas fazem coisa julgada material. E, independentemente de qual corrente nos filiamos, parece-me que nada obstará a opção pela mediação, posto que não há como negar o fato de que tais sentenças poderão ser revistas ou, no caso do entendimento de Alexandre Câmara, tratar-se-á de uma nova ação, o que nos faz voltar à regra geral (e, podendo ser revistas, por que não permitir a mediação?).

7. Conclusão:

À guisa de considerações finais, cumpre registrar que o objetivo desse breve estudo apresentado não foi, nem de longe, impor conclusões a respeito do tema mediação pós-judicial e, nem tampouco, buscar prováveis soluções para as problemáticas que gravitam em torno do assunto. Ademais, as opiniões doutrinárias acerca da mediação pós-judicial ainda se apresentam incipientes, o que faz com que ainda seja necessário muito debate. De toda forma, apesar das discussões inerentes ao tema ainda serem muito embrionárias, fato é que, em um primeiro momento, não há como se negar que a mediação pós-judicial aparece como uma grande evolução dos mecanismos alternativos de controvérsias, representando um real ganho para a jurisdição “atípica” (pela primeira vez se enxerga a mediação com o mesmo grau de importância da jurisdição “típica”).

Além disso, a própria alteração da postura estatal frente aos indivíduos demonstra a adequação da mediação pós-judicial nesse cenário de mudanças. A alteração do perfil estatal nada mais é do que a análise da passagem de um Estado Liberal para um Estado Social e, posteriormente, para um Estado Gestor ou Gerencial. Em verdade, o que de fato nos interessa é a dicotomia entre o Estado Liberal e o Estado Gestor, a fim de que se acentue a alteração do relacionamento entre o Estado e os indivíduos. O Estado Liberal, em síntese, possuía uma estrutura pautada no soberano, o que fazia com que não fosse viável falar em diálogo entre Estado e indivíduos. Um dos

---

³⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. Relativização da Coisa Julgada Material. In: *Relativização da Coisa Julgada - enfoque crítico*. Salvador: Jus PODIVM, 2006, p. 20.

pilares desse modelo estatal era o Princípio da Legalidade, o que justifica toda a rigidez e falta de flexibilidade da época, fato que fazia com que as decisões emanadas pelo Estado fossem intocáveis. O Estado Gestor, que nasce em um cenário de globalização, além de gerar uma pluralização das demandas, fazendo com que as mesmas deixem de ser individuais e passem a ser coletivas, traz em seu bojo uma espécie de parceria entre o público e o privado, passando a haver uma preocupação maior da Administração Pública com a eficiência em detrimento da legalidade.

Dessa forma, não sendo mais o Estado grandioso e infalível, amplia-se a possibilidade de diálogo deste com os indivíduos, fazendo com que deixe de existir uma relação verticalizada entre a autoridade estatal e a sociedade, passando ambas a atuarem como personagens de igual importância. Essa alteração da postura estatal acaba por justificar o próprio surgimento da mediação pós-judicial, já que o declínio do autoritarismo estatal também reflete nas decisões judiciais e na idéia de que os juízes são figuras sacrossantas.

Ora, reconhecendo-se que o Estado não é infalível, não mais se justifica considerar a decisão judicial, de forma absoluta, como a “última palavra”, já que esta nada mais é do que uma manifestação de vontade do próprio Estado. Passa-se a exigir, portanto, decisões que se coadunem verdadeiramente com a idéia de pacificação social, o que representa um rompimento com as arbitrariedades estatais. Então, diante de todas essas mudanças, torna-se inegável a consonância da mediação com os ditames contemporâneos, precipuamente a mediação judicial, que se afigura como um método alternativo de solução de controvérsias que põe em cheque a clássica superioridade da jurisdição típica. Assim sendo, se empregada de forma coerente e comprometida e, respeitando-se, ainda, determinados limites impostos, quem sabe a mediação pós-judicial não possa configurar um passo importante para o futuro da mediação no Brasil?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryant. *Acesso à justiça - tradução e revisão de Ellen Gracie*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. v.II. Campinas: Bookseller, 2002.

GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e segurança jurídica no processo judicial de solução de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

GOZAÍNI, Osvaldo. *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: Depalma, 1995.

GRECO, Leonardo. *Instituições de Processo Civil*. v.I. Rio de Janeiro: Forense.

GUIMARÃES, Luiz Machado. Preclusão, coisa julgada, efeito preclusivo. In: *Estudos de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, 1969.

JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. 32ª ed., vol. 1, Rio de Janeiro, Forense, 2000.

LOPES, Vitor Carvalho. *A mediação como importante instrumento de efetivação do princípio do acesso à justiça: limites e possibilidades no sistema jurídico brasileiro*. 206 fls. Dissertação. Mestrado em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

MORAIS, José Luis Boldan de. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça - Uma questão recorrente. In: SALES, Lília Maia de Moraes (Coord.). *Estudos sobre mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC Editora, 2003.

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

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de, *Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado*. 1^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa - um novo caminho? In: POLIDO, Liliana Vieira, *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*. Porto Alegre, v. 8, n. 47, dez.2007 / jan.2008.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.