

## O PROCESSO INTERATIVO DE CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÕES COMO VIA DE REABILITAÇÃO DO SISTEMA VINDICATIVO

*Michele Paumgarten*

Mestranda em Direito na UNESA. Advogada no Rio de Janeiro.

**Resumo:** O texto analisa o sistema condenatório estatal por um viés crítico, partindo do estudo da teoria da justiça nas versões de Robert Nozick e Friedrich Nietzsche. Aborda o uso da mediação como um dos principais trunfos da nova ordem processual civil brasileira, que já nasce com o desafio de reabilitar um sistema judicial num cenário de crise aparentemente insuperável. Introduce ainda o leitor nas questões que tem se apresentado no ordenamento jurídico comparado, ao objetivar o uso da mediação convenientemente para pretensamente solucionar a crise institucional judicial e não para a pacificação dos conflitos intersubjetivos ou sociais.

**Abstract:** The paper examines critically the state punitive system, focusing on the study of the theory of justice presented by Robert Nozick and Friedrich Nietzsche. Discusses the use of mediation as an ace for the new Brazilian civil procedural order, which is born with the challenge of rehabilitating a judicial system in a scenario of crisis seemingly insurmountable. It also introduces the reader on the issues that has emerged in the comparative legal system, that conveniently is using the mediation to solve the institutional crisis and not for the pacification of the intersubjective or social conflicts.

**Palavras chaves:** Processo. Mediação. Justiça. Conflito. Filosofia.

**Keywords:** Process. Mediation. Justice. Conflict. Philosophy.

**Sumário:** I. O avatar justiça. II. Os desafios da nova processualística. III. A mediação como processo interativo. IV. Considerações finais. Referências bibliográficas.

## I O avatar justiça:

De todos os temas jurídicos tratados pela literatura, o do juiz - do julgamento, do processo, da condenação – é com certeza o mais recorrente. Sem dúvida, a intensidade dramática do processo, assim como sua unidade de tempo, de lugar e de ação, contribuem muito para isso, conferindo-lhe quase naturalmente uma forma teatral, que a indumentária, a distribuição cênica dos papéis dos protagonistas e a presença do público também confirmam. [...] entre o “bom e o legal”, como diz P. Rocoour – está o juiz, homem da lei certamente entricheirado atrás de sua toga e seu código, mas às vezes também homem sensível, exposto ao recurso que os personagens tentam diante dos leitores, juízes últimos da ficção literária.<sup>1</sup>

Recorrendo à ficção literária<sup>2</sup>, François Ost idealiza a figura do juiz, pessoa que teria sido antes de qualquer legislador ou administrador, a primeira figura jurídica, a primeira autoridade que destacado da comunidade, foi investido da tarefa de dizer o direito para a sociedade que renunciou a fazer justiça por si mesma, e optou por recorrer a um terceiro imparcial para decidir a contenda.

Somos apresentados com vivacidade pela trilogia trágica grega *Orestia*<sup>3</sup>, um legado da Antiguidade, ao momento marcado pela renúncia à lei do talião, em favor de uma justiça deliberativa baseada em provas fatuais, argumentos racionais, em votações e na referência a uma lei comum.

---

<sup>1</sup> OST, François. **Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução Paulo Neves. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007. p. 97.

<sup>2</sup> François Ost, op. cit., mergulha na tradição literária universal para explicar como os seus mitos fornecem indicações preciosas sobre a origem e o destino do Direito e da Justiça. A ficção literária lembra da justiça tanto em suas origens violentas em sua face oculta e vingadora, mas também denuncia de forma eficaz, a arbitrariedade dos juízes, a lentidão e o custo da justiça, o formalismo dos procedimentos, enfim dos homens da justiça.

<sup>3</sup> A *Orestia* de *Ésquilo* é uma trilogia trágica escrita em 460-459 a.C. A história é baseada na lenda dos atidas e decompõe-se em três peças distintas: Agamênon, As Coéforas e As Eumênides. Ela narra as aporias da lei do talião e a experimentação da justiça humana integrando a dimensão do perdão e a confiança na deliberação. *Ibidem*, p. 98.

Aos poucos a vindita se estabelece nas sociedades com o intuito de restabelecer o sistema de trocas sociais, a reciprocidade dos atos e o equilíbrio de forças; o abandono do pré-direito (vingança) e o sobejamento do direito (justiça).<sup>4</sup>

E várias teorias se sucederam acerca da justiça.

Aristóteles inicia de forma apaziguadora seu capítulo sobre a teoria da justiça: “[...] a justiça é aquela disposição de caráter que torna as pessoas propensas a fazer o que é justo, que as faz agir justamente e a desejar o que é justo”<sup>5</sup>.

Mas como exigir tal imperativo ético e controlar o ímpeto humano de agressividade mútua para atingir o conceito aristotélico de justiça?

É sabido que a força sempre foi percebida como uma das formas principais de resolução de conflitos e que em seu estado puro, nunca foi monopólio do Estado. Nozick já abordava essa questão ao dizer que: “ Todos podem defender-se contra procedimentos desconhecidos ou duvidosos e punir aqueles que o usarem ou tentarem usá-los contra eles”<sup>6</sup>.

O que Nozick salienta é que na verdade, o monopólio reivindicado pelo Estado é o do direito de julgar o procedimento de qualquer pessoa, apesar de contraditoriamente admitir que todos possuem esse direito.

Sem alarde, o Estado impõe direitos, considera seus próprios procedimentos como confiáveis e justos, e tende a reputar todos os demais procedimentos, ou até mesmo os *seus* quando aplicados por outros, como duvidosos ou injustos.

Um Estado leviatã que ocupa uma posição excepcional em virtude do seu poder e que detém por isso, o direito de impor proibições e limites aos procedimentos de justiça, condenando demais métodos por entender defeituosos, não importando o sentimento do outro.

Apesar da dissimulada negativa estatal, essa posição excepcional é o monopólio, que na contextualização liberal de Nozick não é *de jure*, nem poderia ser, porque não

---

<sup>4</sup> Essa passagem implicará também a busca pelo discurso dialógico que almeja o convencimento por argumentos racionais e provas verificáveis. Na *Orestia* estes temas não são realmente abandonados, mas são integrados numa forma mais complexa de justiça. Uma justiça “moderna” que saberá conservar, e utilizar em seu proveito a força performativa dos ritos primitivos de justiça e das palavras sacramentais (em particular o juramento), como é o caso de Atena que, no momento em que estabelece o tribunal “moderno” do Aerópago, toma o cuidado de dar-lhe a missão de fazer respeitar o “temor das leis” – o mesmo temor defendido pelas *Erínias*, implacáveis vingadoras, que ela saberá ao mesmo tempo vencer e convencer. *Ibidem*, loc. cit.

<sup>5</sup> Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Martin Claret, 2006. [1129 a].

<sup>6</sup> NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994. p. 120.

constitui um resultado de alguma concessão de direitos exclusivos, mas *de facto*. O fato de ser o agente dominante, confere ao Estado uma ampla vantagem social que romantiza que só o Estado imaculado garante a lisura nos procedimentos que serão usados na busca da justiça.

Mas outros agentes podem sim ingressar nesse *mercado* e isso não significa o enfraquecimento do Estado juiz.

A esfera de atuação do Estado abeira intencionalmente as raias do paternalismo especialmente em sociedades que passaram por experiências ditatoriais ou totalitárias em sua história. Com discrição e discricionariamente, o Estado lança seus tentáculos sobre todos os atos da nossa vida e delimita nossas opções individuais, condicionando o cidadão a lhe procurar para resolver seus litígios, fazendo-lhe acreditar ser a única via possível para essa solução.

Mas essa falta de liberdade nem sempre é sentida pela sociedade de forma opressora<sup>7</sup>. Nem sempre os atores sociais lamentam a obrigação de seguirem um comando, muitas vezes único e sem opção de escolha. A rotina que a obrigação lhe impõe é subjacente aos sentimentos de conforto e segurança que no geral são profundamente gratificantes.

Isso torna muito mais fácil a tarefa de todos os poderes, especialmente o Judiciário, que é a de disfarçar a disciplina e obediência às suas ordens. O autoritarismo por detrás de uma decisão judicial tende a ser aceito com muita frequência pelo jurisdicionado e por mais que se alardeie a incessante crise, está sempre ansiosamente a procura do Estado juiz, por ser este a garantia confiável de uma rotina segura e certa.

No entanto como bem ressalta Bauman, seja sentida como tranquilizante ou repugnante, a falta de liberdade significa uma *heteronomia*, ou seja, uma situação na qual seguimos regras e comandos impostos por outros, “uma condição *agenciada*, na qual a pessoa que age o faz por vontade da outra”<sup>8</sup>.

Então, um Estado poderia se abster de intervir em litígios nos quais os litigantes optam por não usar seu aparelho e que ainda demonstram satisfação com a utilização de procedimentos que eles mesmos escolheram? O Estado deve permitir essa opção aos seus cidadãos?

---

<sup>7</sup> BAUMAN, Zigmund. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999. p. 85.

<sup>8</sup> *Ibidem*, loc.cit.

Num contexto contemporâneo, a maioria até poderia responder que sim. E que a sociedade evoluiu e por isso o Estado precisaria modernizar sua forma de atuação em relação à violência social através de mecanismos de administração de conflitos.

Em contraponto, diante da *condição agenciada*<sup>9</sup>, ou seja, da ausência de responsabilidade do indivíduo por suas escolhas - ao seguirmos regras e comandos impostos por outros - podemos nos deparar com algumas reações: o indivíduo pode ficar ressentido com a vontade ou escolha do outro e buscar maneiras de se rebelar ou enganar; pode aceitar, de má vontade, a inutilidade de toda a resistência; ou pode ficar contente por alguém se responsabilizar por suas ações, e liberá-lo na pesada necessidade de escolha e decisão.

No caso da imposição de uma solução para o conflito, esses indivíduos se livrariam do fardo de negociar opções de resultado, e por mais opressora que pareça, compulsivamente lhes passa a ser mais fácil receber a resposta de um terceiro, que diante de toda argumentação posta, deverá raciocinar uma solução dentro dos limites do pedido e da norma. Um terceiro que não constrói a solução, mas utiliza uma fórmula diante do leque de alternativas que pode perfilar ao tomar suas grandes ou pequenas decisões.

O homem segundo Nietzsche<sup>10</sup>, é um animal que tanto venera como desconfia, um ser que vive, portanto, sob uma lei de fluxo e refluxo entre a comédia e a tragédia da existência, que renega o indivíduo e que pode ver em último ato de liberação e irresponsabilidade o quanto o ódio, a alegria de destruir, a sede de dominação, como tudo o que é considerado mau, é também útil à conservação da espécie, e de outro lado, a necessidade de seriedade, de consideração do indivíduo como algo primeiro, último e imenso, nesse jogo de alternância entre saber porque existe, venerando a si e confiando na vida, para que então possa rir da existência, destruir como só a crítica pode fazê-lo.

A nobreza da justiça, que moveu as pessoas no passado e continuará a movê-las no futuro<sup>11</sup>, sempre houve em todos os tempos, que dar conta desse caráter nuançado do homem.

A busca pela justiça (e não o alcançar da justiça), uma justiça pensada, não ao modo cristão pelo qual fazer o bem ou mal ao outro é fazer o bem ou mal à si mesmo,

---

<sup>9</sup> *Ibidem*, loc.cit.

<sup>10</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001. p. 18.

<sup>11</sup> SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 436.

mas sim uma justiça que considere a contraposição de forças mais ou menos iguais: é no confronto que percebemos os nossos limites e encontramos o agulhão que nos incita à superação, a um novo lance, a uma nova partida, à continuidade do jogo<sup>12</sup>.

Voltando à questão posta, o que se espera não é mais uma justiça marcada pelo apagamento das distâncias e das diferenças como se nunca tivessem existido, mas a nova justiça deve ter em seu núcleo celular, o equilíbrio<sup>13</sup>.

Ser capaz de equilíbrio, de fato, já é uma manifestação de força. O fraco, o oprimido, é incapaz de alçar-se à altura daquele que se contrapõe a si. O reconhecimento do outro se mostra como uma virtude nobre e potente, mantendo-se assim cada qual em sua esfera de poder<sup>14</sup>.

É esse caráter consistente de justiça que Nietzsche<sup>15</sup> procura reestabelecer: o equilíbrio mostra-se entre os representantes da ordem antiga e da nova em conflito, quando se torna necessário um sábio cálculo das chances de conservação e de conciliação, fazendo nascer o desejo de negociar.

Uma justiça baseada na percepção das pretensões dos outros, renunciando ao julgamento, colocando o indivíduo conscientemente no jogo e comprometido naquela negociação, dismantando a percepção tradicional de justiça que visa mais se defender antecipadamente contra um possível voltar-se do vencedor da contenda contra si do que uma desinteressada preocupação com o terceiro. Oculta-se a preguiça daqueles que se satisfazem com a decisão imposta, compreendida numa tradição de segurança, e não se dispõem às consequências da pactuação.

É dessa segurança e resignação que devemos nos desviar, na busca no real equilíbrio de forças, pois será no acordo, uma vez firmado, que florescerá a expressão da verdade, da paz, em contraposição à cólera, ao desejo de vingança e ao castigo inerentes ao homem.

---

<sup>12</sup> MELO, Eduardo Rezende. **Nietzsche e a justiça**. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 20.

<sup>13</sup> E para Amartya Sen, a argumentação racional e o exame crítico podem oferecer um grande auxílio para ampliar o alcance e refinar o conceito fundamental da ideia de justiça. Entender as exigências da justiça é um exercício não mais solitário do que qualquer outra disciplina do entendimento humano. SEN, Amartya, op. cit., p. 427

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 48.

<sup>15</sup> NIETZSCHE, Friedrich. **Humano, demasiado humano**. Tradução Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 446.

## II Os desafios da nova processualística:

No cenário pós-positivista<sup>16</sup> e a medida em que a sociedade evolui, o processo interpretativo passa a requer uma compreensão mais ampla e a hermenêutica filosófica desenvolve-se com o escopo de ampliar a visão do intérprete que viveu anos à sombra de um sistema positivista.

A reforma processual brasileira, com a amplitude a que se propõe, é um dado positivo e que expõe a evolução do pensamento conceitual jusfilosófico do direito processual civil.

As normas processuais sempre carregaram em sua estrutura a marca da ordem pública. Ao intérprete era permitido a aplicação da norma positivada, o princípio e promover a justaposição destes ao caso concreto. Pela hermenêutica clássica, a verdade seria aquela contida na lei ou nos princípios, mesmo que a particularidade do caso aponte para uma resposta singular.

Mas ao pensar num processo com uma envergadura realmente complexa, a opção pela hermenêutica filosófica amplia a visão do intérprete ao possibilitar uma ampliação da visão das respostas do Direito aos fatos da vida, até porque nem sempre existem regras para a realização do direito.

A complexidade é uma das características da processualística pós-moderna no sentido de comunicação dos fatores que interligam a multiplicidade dos aspectos da vida prática estatizada pelo Direito. É uma teoria de feição desafiador para o jurista e o pensador do processo, com o objetivo de trazer sempre novos questionamentos<sup>17</sup>

As nuances que envolvem o convívio intersubjetivo contemporâneo, a globalização, a popularização dos mercados e a aproximação social da justiça enlaçaram a sociedade em intrincados processos para além do que pode estar previsto na legislação positivada.

---

<sup>16</sup> Na perspectiva de Lênio Streck, o pós-positivismo não é simplesmente a superação do positivismo exegético e que no fundo não há muita diferença entre alguns pressupostos defendidos pelo neoconstitucionalismo e o positivismo normativista, defensor da ideia de que interpretar a lei é um ato de vontade. Essas teorias são voluntaristas, pois é exatamente contra o axiologismo e o voluntarismo que Streck propõe a adição da hermenêutica filosófica adaptado ao que denomina crítica hermenêutica do Direito. Cf. STRECK, Lênio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

<sup>17</sup> BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **Princípios da Filosofia do Direito Processual Civil – além da reforma**. [CD-ROM]. Fortaleza: Unieducar, 2011. p. 8.

Vive-se a decadência e ao mesmo tempo o fetiche pela justiça. Intensifica-se o movimento de relações pessoais, contratuais e obrigacionais, mas as relações de poder entre as partes envolvidas permanece inalterada.

Exige-se com isso um rompimento de paradigmas em relação ao modelo teórico processual positivado, enquanto único instrumento de concretização do verbete material; o rompimento de um ideal formal de processo que atrai para si o meio de criação de direitos subjetivos e obrigações que segundo Carnelutti, “só nascem efetivamente quando existe uma sentença”<sup>18</sup>. O campo do processo deve ser o campo da experiência jurídica dos fatos que torna eficiente a solução da litigiosidade.

O instituto do processo não deve obrigar apenas pelas sentenças como disse Carnelutti, deve ir adiante, funcionando como a experiência concreta de demandas mesmo que não reguladas; seu objeto não deve ser apenas o estudo dos institutos básicos (jurisdição, ação, etc.), mas a forma pela qual podemos transformar a justiça, a histórica justiça, numa práxis para a garantia e conservação de direitos subjetivos.

Com a reforma processual que se opera, espera-se alargar os horizontes de debate para que um novo processo civil emerja aberto às modernas circunstâncias sociais e não apenas voltado à satisfação imediata da problemática evidente.

Decididamente, cada século terá seus críticos da justiça. A lentidão<sup>19</sup>, por exemplo, é um tema menos cruel, mas certamente universal, recorrente, e que na ânsia de resolvê-la, produz-se cada vez mais ordenamentos autoritários com finalidade mais estatística<sup>20</sup> do que para um alento social.

---

<sup>18</sup>CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni del nuevo processo civile italiano. Roma: Foro it., 1956, p. 17 apud CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 45

<sup>19</sup> Ainda recorrendo à ficção literária em Ost, (op.cit., p. 101) aonde La Bruyère imortalizará a questão da lentidão num aforismo assassino: “o dever dos juizes é fazer a justiça; seu ofício é adiá-la. Alguns conhecem seu dever e fazem seu ofício”; e em o Scapin de Molière: “ Senhor, se podeis, salvai-nos desse inferno. É condernar-se já neste mundo ter que mover uma ação na justiça; e o simples pensamento de um processo seria capaz de fazer-me fugir para as Índias.”

<sup>20</sup> A previsão legal que torna a mediação obrigatória, uma verdadeira condição da ação, como vem sendo praticada em alguns ordenamentos jurídicos é um exemplo da intenção do legislador de meramente esvaziar o estoque de processos dos Tribunais. Sobre o assunto conferir: PINHO, Humberto Dalla Bernadina de; PAUMGARTTEN, Michele. A experiência italo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011; WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8 , spring. 2000; WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la médiation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal**. n. 16, p. 9-12. 2007; MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>>



A processualística moderna precisa estudar o modo pelo qual haverá a satisfação da justiça e dos princípios consagrados como fundamentais, estando aberta ao dinamismo sócio-cultural tão marcante na comunidade contemporânea. Repensar as teorias da justiça para buscar um conceito de justiça adaptável ao nosso processo complexo, dentro de uma sociedade multicultural pós-moderna é o desafio que se propõe.

### **III A mediação como processo interativo:**

Voltemos ao tema da lentidão.

A lentidão processual em nossos Tribunais é atacada diariamente.

E diante das críticas que hoje assolam a justiça, a mediação tem se tornado cada vez mais um possível e desejado mecanismo para a construção amigável de solução de conflitos e uma pretensa solução para esse problema que atinge Tribunais ao redor do mundo.

Não se atenta, por sua vez, ao embuste legal, à medida em que o conceito de celeridade não é conformado com a complexidade social, limitando-se à utopia de uma rápida prestação, sobretudo em casos difíceis, ou com grande envolvimento emocional das partes.

Falar em celeridade na forma perfunctória que é proposta, é mais um discurso político que leva à jubilação do clamor público, que cresceu a serviço de um culto legalista.

Uma das propostas para *remediar*<sup>21</sup> a falta de celeridade processual na nova regra instrumental, é a previsão do instituto da mediação.

Suas vantagens tem sido laboriosamente propagadas, mas sabemos que não se resume a economia de custos pelas partes ou a fórmula para a desobstrução dos Tribunais. Por meio dela, o risco e a incerteza de uma decisão judicial proferida por um juiz selecionado aleatoriamente para resolver o conflito, são substituídos por uma

---

<sup>21</sup> Essa parametrização da aplicação do *remédio* ao conflito de interesse, navega num nível de *policy* que emerge de um sistema no qual não se busca a causa do conflito, mas incrementa-se o aparato judiciário que “*vive nel conflitto e del conflitto che egli decide, pronunciando l’ultima parola*” na ilusão de que isto pode diminuir a conflituosidade, e assim “*Il rimedio reagisce sul rimedio ma non ha nessuna diretta incidenza su cause, dimensioni, effetti dei la litigiosità che determinano i conflitti*”. RESTA, Elgígio. **II Diritto Fraterno**. Roma: Laterza, 2009. p. 72.

solução elaborada pelas próprias partes e com a ajuda de um mediador escolhido por elas<sup>22</sup>.

A solução mediada é ainda mais valiosa e significativa em disputas aonde a relação entre as partes é de longa duração e permanente; pode abranger todo o litígio entre as partes e não apenas a estreita questão que se submete ao Judiciário; a confidencialidade é outro fator importante, principalmente quando estamos diante de questões mais sensíveis; e como não se busca com a mediação o fim da jurisdição, em último caso, falhando o processo de mediação, as partes não estariam impedidas de levar a um juiz o caso que ainda encontra-se em litígio para que seja julgado.

Mas o significado da mediação não é o mesmo para todos. Para alguns, mediar transmite a noção da existência de um papel facilitador por um especialista na matéria sob litígio; para outros, na mediação é feita uma avaliação por um terceiro neutro para que os litigantes possam avaliar suas respectivas posições com mais precisão para chegarem a uma solução por si próprios. Na maioria dos casos, no entanto, a mediação denota uma combinação desses atributos.<sup>23</sup>

Essa ideia sofreu alterações ao longo da história.

A concepção de sujeito mediador e de mediação apresentado na prática filosófica socrática estava presente na relação estabelecida com as pessoas, ou seja, numa relação de conhecimento que permitia a passagem de uma coisa à outra através de um diálogo. O conhecimento de cada coisa em particular era indispensável, pois só assim seria possível explicá-la aos outros<sup>24</sup>.

Sócrates desenvolvia junto aos atenienses uma atividade reflexiva, buscando não apenas centrar-se no assunto em discussão, mas imergir na alma do interlocutor, que através do debate, seria levado a tomar consciência de sua real situação, livrando-se de conceitos mal formulados e obscuros. Forçava o interlocutor a expor suas opiniões para,

---

<sup>22</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in **Acesso à Justiça: efetividade do processo**, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 108.

<sup>23</sup> Devemos estar sempre atentos para o fato de que a mediação só terá sucesso quando a opção pela mediação as partes a desejarem em conjunto com condições favoráveis ao processo mediativo, como bem ressalta Warren Winkler: “*in certain cases the parties simply want a judicial determination of their rights, win or lose, not a mediated resolution. In that event, they are entitled to a trial and ought not to feel pressured in a settlement meeting to accept a compromise they are not interested in. ADR is not meant to subvert the conventional litigation process. Parties are entitled to have their rights decided in a court with appropriate procedural safeguards*”. WINKLER, K. Warren, op. cit. p. 9-12

<sup>24</sup> SÓCRATES. Vida e obra. Coleção Os Pensadores. 3ª ed. São Paulo: Nova cultural, 1999.

com habilidade, emaranhá-lo na teia de suas próprias afirmativas, acabando por reconhecer sua ignorância a respeito do que antes julgava ter certeza<sup>25</sup>.

Essas *ignorâncias* nada mais são do que as *verdades* assumidas pelas pessoas, que num processo de mediação deverão ser desconectadas para torná-las aptas a caminharem em direção ao conhecimento de si mesmas.<sup>26</sup>

Com o abandono das ideias simuladas que fundamentam a falsa imagem que as pessoas tem delas próprias e em relação ao outro, o interlocutor é levado progressivamente, pela habilidade das questões propostas, a tentar elaborar ele mesmo suas próprias ideias e reflexões.

Seguindo os ensinamentos de Sócrates, Platão também descreve que o processo dialético é o meio de busca do conhecimento da verdade até chegar a ideia de bem; é o meio de luta contra o hábito que torna mais cômoda a situação em que o indivíduo de encontra naquele momento. Nesse contexto, a metáfora era um dos canais utilizados por Platão para permitir que os indivíduos compreendessem o sentido da realidade.

Pensando na mediação como um *elo*, a filosofia platônica acreditava que o processo de conhecimento representava a progressiva passagem das sombras ao luminoso universo das ideias, pelo trespasse de etapas intermediárias: cada fase encontra sua fundamentação e resolução na fase seguinte. A construção do conhecimento constitui-se no platonismo, numa conjugação de intelecto e de emoção, razão e vontade<sup>27</sup>.

A mediação é um modelo de procedimento em que o indivíduo pode utilizar para resolver uma situação de conflito no qual esteja envolvido, mas que sem dúvidas, apresenta características completamente novas diante da nossa formação jurídica e do nosso sistema social.

O fato é que não encontramos na paisagem jurídica outro exemplo no qual se confie a organismos privados (ou públicos em alguns casos) função tão delicada e importante num justo equilíbrio com o controle estatal.

Mas qual seria então o risco que a mediação poderia trazer?

A mediação é essencialmente um instrumento voluntário, facultativo, um procedimento extrajudicial. “Contudo, nada impede que as partes, já tendo iniciado a

---

<sup>25</sup> BENOIT, Hector. **Sócrates: o nascimento da razão negativa**. São Paulo: Moderna, 1996. p. 40.

<sup>26</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>27</sup> Cf. WATANABE, Lígia Araújo. **Platão, por mitos e hipóteses: um convite à leitura dos diálogos**. São Paulo: Moderna, 1995.

etapa jurisdicional, resolvam retroceder em suas posições e tentar, uma vez mais, a via conciliatória”<sup>28</sup>.

Entretanto, a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão.

Obviamente a crítica não recai sobre a utilidade de mediação, mas em sua transformação numa etapa obrigatória, como se fosse a poção mágica capaz de solucionar os problemas enfrentados pelos mais diversos sistemas judiciais no mundo.

Muitos dos que estão interessados na resolução de disputas através da mediação, parecem não entender que esta prática não se resume a silenciar o outro interessado no acordo ou fazer com que o conflito “vá embora”. Isso não permite o retorno ao status quo anterior à origem do conflito.

E aqui deve ficar o alerta: será que o uso da mediação, em particular, na forma como vem sendo proposta, com prazo para terminar, obrigatória e em casos pré-determinados, seria o arranjo ideal para a solução efetiva dos conflitos da sociedade e o remédio para a crise do acesso à justiça? Ou o efeito seria meramente psicológico, diante de uma barreira imposta previamente ao processo judicial?

Corremos o risco de simplesmente por termo à uma controvérsia que precisaria ser mais ventilada; a indução à passividade ao invés da promoção do diálogo; teríamos uma pacificação ao invés de paz; de criar um mercado de verdadeiros “resolvedores de conflitos”, e não mediadores, para atender a demanda que irá se formar.

Trata-se de um discurso meramente político que induz à ideia de que forçar a mediação, tornando-a uma condição de admissibilidade da ação, seria uma saída eficaz à solução à lentidão processual.

Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para uma solução negociada, chegando enfim, a um consenso.

---

<sup>28</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernandina de; PAUMGARTTEN, Michele. A normatização da mediação no Direito Brasileiro. In: XX Congresso Nacional do Conpedi, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi**. Vitória, 2012. p. 11556.

Todo esse processo tem como essência ser voluntário, repetindo a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial.

A mediação preventiva obrigatória não tem despertado muita popularidade. No entanto, os defensores da prática perguntam: como alguém não gostaria de celebrar um acordo mutuamente benéfico?

Ocorre que nem todo mundo pode estar interessado; ou pode ser que a mediação não seja realmente o melhor método a se aplicar na tentativa de resolução daquele conflito.

É o princípio da autonomia da vontade, onipresente na prática mediativa, que se funda na liberdade de poder decidir se e quando será estabelecida a mediação, segundo seus interesses e acordo de vontades.

Pode parecer que exista algum benefício em obrigar as partes a se reunir e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários.

Mas a realidade é que tem sido elaboradas propostas em muitos países<sup>29</sup> (incluindo países asiáticos) nos quais os litigantes devem ser “forçados”<sup>30</sup> a se submeterem à mediação. Isso seria racional? A mediação pode valer a pena quando obrigada?

Quando falamos hoje em mediação, normalmente é para apresentá-la como forma alternativa à jurisdição ordinária, e a finalidade é a redução do número de processos que congestionam as Cortes em todo o mundo. A mediação não tem estrutura para lidar com processos em larga escala, tampouco é um processo que pode ser aplicado na solução de todo e qualquer conflito<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> No projeto do novo CPC brasileiro, a princípio está afastada a possibilidade de obrigatoriedade da mediação.

<sup>30</sup> MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In: *Judicium*, p. 01-02. 2010. Disponível no endereço eletrônico: < <http://www.judicium.it>.> Acesso em: 20/10/11.

<sup>31</sup> Cf. PINHO, Humberto Dalla Bernadina de. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, pp. 63-80.

Na Europa, a Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008<sup>32</sup> teve exatamente esse cunho simplista: exigiu dos países membros a adoção de medidas para garantir a celeridade processual, facultando no que diz respeito à mediação, a normatização em sua forma obrigatória<sup>33</sup>. Contesta-se que a medida legislativa não focou as reais necessidades sociais e tampouco esteve preocupada em criar um instrumento que desse um significativo impulso para a evolução democrática.

A mediação deve ser entendida a partir desta perspectiva de crescimento social, aonde os valores éticos assumem importante significado e as partes em disputa estarão também diante de um terceiro imparcial, mas que não decidirá sobre o seu destino ou que está autorizado ao uso da força para fazer cumprir sua decisão, mas que irá auxiliá-los a construir serenamente um acordo dentro de um contexto mais informal, permitindo à partes a gestão dos seus interesses e a assunção das responsabilidades por tais escolhas.

O equilíbrio de forças se restabelece, e por esta razão a mediação goza de um maior grau de valor social que a adjudicação, pois apesar do fim igualitário a que se propõe, confere ao conflito um recurso educativo e tenta ampliar a visão parcial de verdade que os indivíduos envolvidos no litígio tem sobre si e sobre o outro.

---

<sup>32</sup> UNIÃO EUROPÉIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da União Européia**, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

<sup>33</sup> Ao promover a transposição da Diretiva ao seu ordenamento interno, a Itália optou por tornar a mediação obrigatória (D. Leg. 28/2010) e sua Corte Constitucional vem enfrentando vários pedidos oriundos dos Tribunais inferiores e da Justiça de Paz para se pronunciar acerca da constitucionalidade desta norma. Mas apesar da comunidade jurídica italiana aguardar ansiosamente a decisão do Tribunal Constitucional, atualmente está mais difícil estimar em quanto tempo ela será proferida, já que as questões acerca da inconstitucionalidade do Decreto são levantadas a todo instante pelos Tribunais inferiores. As decisões que questionam a legitimidade constitucional de alguns dispositivos da norma que instituiu a mediação obrigatória, até agora noticiados pelos Diários Oficiais (todos a espera de designação de audiência), são: TAR Lazio, Roma (decisão em abril de 2011), Juiz de Paz de Parma (decisão em agosto de 2011), Juiz de Paz de Cantazaro (decisão em setembro de 2011), Juiz de Paz de Cantazaro (decisão de outubro de 2011), Juiz de Paz de Recco (dezembro 2011). E ainda vale ressaltar que a decisão do Juiz de Paz de Salerno (decisão n. 51 de 2012), embora já tenha sido registrada no Tribunal Constitucional, ainda não foi publicada no Diário Oficial; o mesmo acontece com a decisão do Tribunal de Gênova (novembro de 2011), que também ainda não foi recebida pelo Tribunal Constitucional. Por tudo isso, estima-se que a decisão deverá demorar ainda mais, pois atualmente a Corte aguarda a chegada da decisão proferida no Tribunal de Gênova e a consequente publicação no Diário Oficial para que possa enfim, reunir todas as demais questões levantadas pelos Tribunais inferiores e designar a audiência que deve acontecer em maio ou junho de 2012. Notícia veiculada em: <<http://www.anpar.it>>. Acesso em 02/04/2012. Recentemente, tanto a França (Decreto 66 de 2012) quanto a Espanha (Decreto Lei 5/2012) ao promoverem a transposição da Diretiva Europeia, optaram por garantir a voluntariedade da prática mediativa em seus ordenamentos.

O processo mediativo enriquece novos métodos de raciocínio que antes se limitava à entrega de uma tese argumentativa para o convencimento de um terceiro livre para escolha de uma delas ou daquela que melhor se adequasse ao rol normativo.

Além disso, essa prática construtiva explora positivamente a diferença de posição entre as partes e utiliza o conflito para promover esse equilíbrio, dotando as partes de capacidade para avaliar e desenvolver todas as possíveis soluções que o caso pode apresentar, bem como a utilidade prática do resultado conquistado para aquelas partes envolvidas. Ao contrário, confiar a solução do conflito à uma única pessoa, resulta numa única solução, muitas vezes associada à uma obrigação de natureza processual (no processo judicial as partes e o juiz estão vinculados ao pedido inicial), dimanando num estado vulgar de vitória e sumcumbência.

A gestão pessoal do conflito é uma expressão concreta da maturidade individual e coletiva, culminando num incremento da auto estima social e até mesmo na prevenção de situação de conflito de indivíduos em uma comunidade.

O objetivo da mediação é a composição extrajudicial da controvérsia e deve representar a instância ordinária de solução do litígio, enquanto que o recurso ao Tribunal deve se constituir a verdadeira forma alternativa de gestão do conflito.

Hoje porém, é sabido que o recurso às Cortes continuam sendo o expediente mais utilizado pela sociedade que vê no Estado o único detentor do poder capaz de decidir com a autoridade para decidir o destino interpessoal e econômico.

Com isso, o indivíduo não nota que abdica do papel de domínio da sua própria história e de construir diante daquele conflito as diversas soluções possíveis que lhe permitirão avaliar a melhor resposta aos seus interesses.

#### **IV Considerações finais:**

O fenômeno do magnetismo que a justiça tem exercido sobre os cidadãos é complexo e há muito incentivado pelo próprio Estado, agente dominante do sistema vindicativo, que atualmente busca reabilitar-se para não perder sua posição na sociedade.

Numa alteração da rota de paradigmas, o Estado deve atuar estimulando a composição dos conflitos sociais, mas não deve impor soluções; deve abandonar a

premissa de uma intervenção ostensiva para estimular o acordo entre os litigantes e apenas em último caso, sendo impossível o acordo, o Estado deverá resolver o conflito.

Enfim, antes de considerarmos novas fórmulas mágicas facilitadoras do acesso à justiça, é preciso promover a remoção do maior número possível de litígio na sociedade, principalmente sem a interferência do Estado.

E o principal instrumento é a educação: instruir os indivíduos para a escolha dos meios que lhes são ofertados para a solução de seus conflitos ou ainda treiná-los a evitar ou resolver suas próprias contendas. Dotar os cidadãos de regras de conduta, valores que orientem a opção, ou seja, dotá-los da capacidade de distinguir entre as razões corretas e incorretas de preferência e da inclinação a seguir aquelas e evitar estas<sup>34</sup>.

Uma sociedade apta a fazer justiça não é sinônimo de barbárie. Ao contrário, significa um alto grau de evolução civilizatória ao passo que a justiça institucionalizada representa que aquela sociedade não tem condições de resolver seus conflitos e precisa que o Estado interfira e promova a mitológica harmonia social.

Identificar formas saudáveis para evitar litígios ou incentivar a sua resolução de forma humana e mais rapidamente é o que se espera no novo contexto social globalizado.

E a nova processualística desempenha um papel importante nessa nova era. A *quebra* do monopólio estatal, permitindo que o cidadão busque a solução de seu conflito fora dos Tribunais representa bem o moderno entendimento de justiça.

Mas o cuidado para não criar armadilhas, tal como é a imposição da prática mediativa previamente a um processo judicial e com prazo para terminar, o que destrói as premissas basilares da prática mediativa, tornando-a mais um tipo processual, uma condição da ação, retirando-lhe sua condição de instituto jurídico processual que é, contrangendo-a a remediar (na verdade torna-se um mero placebo) a globalizada e quase que insuperável crise da justiça estatal.

O sentido do novo processo civil deve incluir entre os deveres fundamentais do Estado, a definitiva pacificação dos litigantes, a satisfação dos direitos e a eliminação dos conflitos e o de tentar e promover em qualquer tempo a conciliação, seja no âmbito judicial, seja extrajudicial.

---

<sup>34</sup> BAUMAN, Zygmunt. Op. cit., p. 79.



## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BAUMAN, Zigmunt. **Em busca da política**. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1999.

BENOIT, Hector. **Sócrates: o nascimento da razão negativa**. São Paulo: Moderna, 1996.

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. **Princípios da Filosofia do Direito Processual civil – além da reforma**. [CD-ROM]. Fortaleza: Unieducar, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELO, Eduardo Rezende. **Nietzsche e a justiça**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

MONTELEONE, Girolamo. **La mediazione “forzata”**. In: *Judicium*, p. 01-02. Disponível no endereço eletrônico: <<http://www.judicium.it>> Acesso em: 20/10/11

NIETZSCHE, Friedrich. **A Gaia Ciência**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

NOZICK, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução Ruy Jungman. Rio de Janeiro: Zahar Editor, 1994.

OST, François. **Contar a lei. As fontes do imaginário jurídico**. Tradução Paulo Neves. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2007.

\_\_\_\_\_. **Humano, demasiado humano**. Tradução Paulo César Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, in **Acesso à Justiça: efetividade do processo** (org. Geraldo Prado). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105/124.

\_\_\_\_\_. Uma leitura processual dos direitos humanos. O direito fundamental à tutela adequada e à opção pela mediação como via legítima para a resolução de conflitos. In: KLEVENHUSEN, Renata Braga (org.). **Temas sobre Direitos Humanos em Homenagem ao Professor Vicente Barreto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 63-80.

\_\_\_\_\_; PAUMGARTTEN, Michele. A normatização da mediação no Direito Brasileiro. In: XX Congresso Nacional do Conpedi, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do Conpedi**. Vitória, 2012. p. 11552-11571.

\_\_\_\_\_. A experiência ítalo-brasileira no uso da mediação em resposta à crise do monopólio estatal de resolução de conflitos e a garantia do acesso à justiça. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol VIII, p. 443-471, jul-dez. 2011

RESTA, Elígio. **Il Diritto Fraternalo**. Roma: Laterza, 2009.

SEN, Amartya. **Uma ideia de justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

SÓCRATES. **Vida e obra. Coleção Os Pensadores**. 3ª ed. São Paulo: Nova cultural, 1999.

STRECK, Lênio. O problema da decisão jurídica em tempos pós-positivistas. **Novos Estudos Jurídicos**. v. 14, n. 2, p. 3-26, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio de 2008. Regulamenta certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial. **Jornal Oficial da união Europeia**, Parlamento Europeu e do Conselho, Bruxelas, 24 maio 2008. p. 3-8.

WALKER, Bret; BELL, Andrews S.. Justice according to compulsory mediation. **Bar News – The journal of NSW Bar Association**. p. 7-8 , spring. 2000.

WATANABE, Lígia Araújo. **Platão, por mitos e hipóteses: um convite à leitura dos diálogos**. São Paulo: Moderna, 1995.

WINKLER, K. Warren. Accès à la Justice: la médiation judiciaire. **Canadian Arbitration and Mediation Journal**. n. 16, p. 9-12. 2007.