

UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE DOUTORADO

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA TEORIA DA DEMOCRACIA  
DE HANS Kelsen**

Tássio Túlio Braz Bezerra

João Pessoa  
2018

TÁSSIO TÚLIO BRAZ BEZERRA

**A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA TEORIA DA DEMOCRACIA  
DE HANS KELSEN**

Tese apresentada ao Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas, do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, área de concentração em Direitos Humanos, para fins de obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas.

**Orientador:**

Prof. Dr. Rômulo Rhemo Palitot Braga

**Coorientador:**

Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira

João Pessoa  
2018

**Catálogo na publicação**  
**Seção de Catalogação e Classificação**

B574m Bezerra, Tassio Tulio Braz.

A mediação de conflitos na Teoria da Democracia de Hans Kelsen / Tassio Tulio Braz Bezerra. - João Pessoa, 2018.

214 f.

Orientação: Romulo Rhemo Palitot Braga.

Coorientação: Armando Albuquerque de Oliveira.

Tese (Doutorado) - UFPB/PPGCJ/UFPB.

1. Mediação. Democracia. Teoria. Kelsen. I. Braga, Romulo Rhemo Palitot. II. Oliveira, Armando Albuquerque de. III. Título.

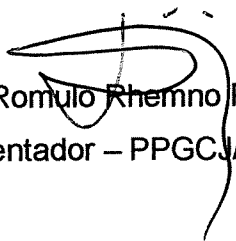
UFPB/CCJ

TÁSSIO TÚLIO BRAZ BEZERRA

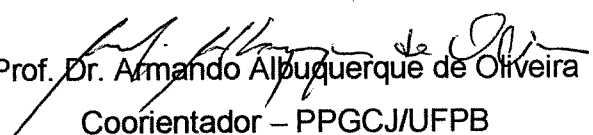
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA TEORIA DA DEMOCRACIA  
DE HANS Kelsen

João Pessoa, 28 de agosto de 2018.

BANCA EXAMINADORA:



Prof. Dr. Romulo Rhemno Palitot Braga  
Orientador – PPGCJ/UFPB



Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira  
Coorientador – PPGCJ/UFPB

Profa. Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão  
Membro Interno – PPGCJ/UFPB

Profa. Dra. Raquel Moraes de Lima  
Membro Externo – UFPB

Dra. Fabiana Marion Spengler  
Membro Externo – UNISC

## RESUMO

O presente trabalho articula um debate entre a mediação de conflitos e a democracia contemporânea, tendo por objeto de investigação os fundamentos teóricos da mediação na democracia contemporânea. Assim, pretende-se responder ao seguinte problema: *Em que medida é possível identificar na Teoria da Democracia de Hans Kelsen uma fundamentação teórica para a mediação de conflitos na democracia contemporânea?* Para tanto, apresenta-se como hipótese de trabalho: *O procedimento da mediação possibilita a produção de norma autônoma em conflitos interpessoais, de modo semelhante ao realizado pelo método majoritário para os macroconflitos sociais, a partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Hans Kelsen.* A pesquisa se constitui de estudo eminentemente teórico, com a utilização do método dedutivo, com o desiderato de fundamentar a mediação de conflitos na contemporaneidade, a partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Kelsen. Ao longo do trabalho são discutidos os conceitos de conflito e de democracia contemporânea, bem como as principais abordagens teóricas sobre a mediação de conflitos, a partir da análise dos modelos de regulação social (latino e anglo-saxão) e teórico-práticos (mediação satisfativa, circular-narrativa, transformativa e transformadora). É ainda realizado um estudo comparativo sobre o desenvolvimento da mediação de conflitos no Brasil e na Itália, por meio da análise da regulamentação normativa e dos tipos de mediação existentes em ambos os países.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Democracia. Teoria. Fundamentação. Kelsen.

## **ABSTRACT**

The present work articulates a debate between the mediation of conflicts and contemporary democracy, with the object of investigation the theoretical foundations of mediation in contemporary democracy. Thus, it is intended to answer the following problem: To what extent is it possible to identify in Hans Kelsen's Theory of Democracy a theoretical basis for the mediation of conflicts in contemporary democracy? For this, it is presented as a working hypothesis: The mediation procedure allows the production of an autonomous norm in interpersonal conflicts, similar to the one performed by the majority method for social macroconflicts, based on the assumptions of Hans Kelsen's Theory of Democracy. The research consists of an eminently theoretical study, with the use of the deductive method, with the finality to base the mediation of conflicts in the contemporaneity, from the assumptions of the Theory of Democracy of Kelsen. Throughout the paper the concepts of conflict and contemporary democracy are discussed, as well as the main theoretical approaches on conflict mediation, based on the analysis of social (Latin American and Anglo-Saxon) and theoretical-practical models of regulation (satisfactory mediation, circular-narrative, transformative and transforming). A comparative study on the development of conflict mediation in Brazil and Italy is also carried out by analyzing the normative regulations and types of mediation in both countries.

**Keywords:** Mediation. Democracy. Theory. Fundamentation. Kelsen.

## **AGRADECIMENTOS**

Inicialmente, gostaria de agradecer aos meus pais, Luiz Bezerra Neto e Maria Margarete Braz Bezerra, e ao meu irmão, Talles Thadeu Braz Bezerra, que são aqueles que sempre estiveram (e estarão) ao meu lado, apoiando e incentivando uma empreitada intelectual que demandou esforço, compreensão e doses significativas de ausência.

Em segundo lugar, manifesto gratidão ao apoio daqueles que auxiliaram diretamente no desenvolvimento da pesquisa. Destaco especialmente o papel de meu orientador, o Prof. Dr. Romulo Rhemo Palitot Braga, o qual tem acompanhado e incentivado a realização de diversas pesquisas desde o período do mestrado e tornou-se um amigo e importante parceiro acadêmico. Não posso deixar de mencionar o meu coorientador no Brasil, o Prof. Dr. Armando Albuquerque de Oliveira, que sempre participou e acompanhou ativamente as discussões referentes à tese, com sua sempre especial atenção aos aspectos metodológicos da pesquisa. Devo ainda aqui ressaltar a importante acolhida e as orientações recebidas pelo Prof. Dr. Giuseppe Ricotta, durante o período do estágio sanduíche desenvolvido na “La Sapienza” Università di Roma, promovendo a ampliação dos horizontes deste estudo. Não seria possível deixar de agradecer as indispensáveis observações realizadas pelas professoras Dra. Fabiana Marion Spengler, Dra. Fernanda Holanda de Vasconcelos Brandão e Dra. Raquel Moraes de Lima, que, durante a realização da banca de qualificação no ano de 2017, e após atenta leitura do texto e de construtivo debate, efetuaram valiosas contribuições a este trabalho. Quero ainda agradecer aos demais docentes do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba, com destaque aos professores Dr. Enoque Feitosa e Dr. Fredys Sorto, cujos textos indicados e debates realizados, respectivamente, nas disciplinas Teorias dos Direitos Humanos e Teoria Crítica da Cidadania, tanto nortearam a estruturação da presente pesquisa.

Não poderia deixar de citar o amparo institucional recebido do Tribunal Regional do Trabalho da 13ª Região, especialmente na pessoa do Desembargador Leonardo Trajano, a quem devo o imenso apoio que possibilitou a tranquilidade

necessária à concretização desta pesquisa.

Por fim, agradeço ao auxílio financeiro recebido da CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, vinculada ao Ministério da Educação do Governo Federal, nos termos da bolsa concedida por meio do Programa Doutorado Sanduíche no Exterior (proc. Nº 88881.133130/2016-01), a qual viabilizou um período de investigação na “La Sapienza” Università di Roma, que se constituiu em importante experiência de pesquisa no exterior, indispensável ao enriquecimento acadêmico da tese e deste pesquisador.

Encerro aqui, a fim de não realizar mais injustiças, ao deixar de mencionar nominalmente tantas outras pessoas queridas, entre familiares, amigos, professores e pesquisadores, que cada um ao seu modo contribuiu positivamente no processo que tem como resultado final a produção desta tese.

## SUMÁRIO

|                                                                             |           |
|-----------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1 INTRODUÇÃO.</b>                                                        | <b>9</b>  |
| <b>2 UMA TEORIA DO CONFLITO PARA O DIREITO.</b>                             | <b>18</b> |
| 2.1 O conceito de conflito e algumas distinções necessárias.                | 19        |
| 2.2 Conflito e violência.                                                   | 22        |
| 2.3 Tipologia dos conflitos.                                                | 27        |
| 2.4 Uma perspectiva positiva sobre o conflito.                              | 36        |
| 2.5 A abordagem da mediação sobre o conflito.                               | 40        |
| 2.6 Análise do conflito.                                                    | 41        |
| 2.6.1 As partes.                                                            | 42        |
| 2.6.2 O problema.                                                           | 43        |
| 2.6.3 O processo.                                                           | 46        |
| 2.7 A adequação entre a medição e o conflito.                               | 50        |
| <b>3 DEMOCRACIA E CONFLITO.</b>                                             | <b>56</b> |
| 3.1 A origem moderna da democracia.                                         | 56        |
| 3.2 A democracia contemporânea.                                             | 63        |
| 3.3 A Teoria da Democracia de Hans Kelsen.                                  | 70        |
| 3.4 A retomada contemporânea da mediação.                                   | 79        |
| <b>4. OS MODELOS TEÓRICOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.</b>                     | <b>83</b> |
| 4.1 Os modelos latino e anglo-saxão de mediação.                            | 83        |
| 4.1.1 O modelo anglo-saxão americano e o modelo latino francês de mediação. | 84        |
| 4.1.2 O modelo de mediação judicial importado pelo Brasil.                  | 89        |
| 4.2 Os principais modelos teórico-práticos de mediação.                     | 90        |
| 4.2.1 A mediação satisfativa.                                               | 91        |
| 4.2.2 A mediação transformativa.                                            | 94        |
| 4.2.3 A mediação circular-narrativa.                                        | 96        |
| 4.2.4 A mediação transformadora.                                            | 98        |
| 4.2.5 A recepção do modelos teórico-práticos de mediação no Brasil.         | 105       |

|                                                                                          |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>5 A MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL.</b>                                                  | <b>109</b> |
| <b>5.1 O contexto brasileiro da crise da atividade jurisdicional do Estado.</b>          | <b>109</b> |
| <b>5.2 O modelo de mediação judicial adotado na Res. Nº 125/2010 do CNJ.</b>             | <b>112</b> |
| 5.2.1 Os precedentes da mediação judicial no Brasil.                                     | 112        |
| 5.2.2 O papel do CEJUSC na mediação judicial.                                            | 116        |
| 5.2.3 O modelo teórico-prático predominante na Res. nº 125/2010 do CNJ.                  | 119        |
| <b>5.3 Os novos marcos normativos da mediação.</b>                                       | <b>122</b> |
| 5.3.1 A mediação no Código de Processo Civil de 2015.                                    | 123        |
| 5.3.2 A Lei de Mediação.                                                                 | 127        |
| <b>5.4 As dificuldades da mediação judicial do Brasil.</b>                               | <b>133</b> |
| <b>5.5 Algumas considerações sobre a mediação judicial no Brasil.</b>                    | <b>135</b> |
| <br>                                                                                     |            |
| <b>6 A TRAJETÓRIA DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA.</b>                                             | <b>138</b> |
| <b>6.1 O contexto da mediação na Itália.</b>                                             | <b>138</b> |
| <b>6.2 Os marcos normativos da mediação na Itália.</b>                                   | <b>142</b> |
| 6.2.1 A Diretiva nº 2008/52/CE.                                                          | 143        |
| 6.2.2 A mediação no ordenamento italiano.                                                | 151        |
| <b>6.3 Os tipos de mediação praticados na Itália.</b>                                    | <b>156</b> |
| <b>6.4 As principais diferenças entre a mediação no Brasil e na Itália.</b>              | <b>167</b> |
| <br>                                                                                     |            |
| <b>7 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA.</b>                            | <b>173</b> |
| <b>7.1 O direito moderno e o debate entre os meios e os fins.</b>                        | <b>173</b> |
| 7.1.1 O debate entre o direito positivo e o direito natural.                             | 175        |
| 7.1.2 O debate entre o relativismo e o absolutismo.                                      | 177        |
| <b>7.2 A dicotomia entre o direito e a justiça.</b>                                      | <b>179</b> |
| <b>7.3 Mediação e autonomia.</b>                                                         | <b>184</b> |
| <b>7.4 Mediação e alteridade.</b>                                                        | <b>188</b> |
| <b>7.5 Relativismo e igualdade na mediação.</b>                                          | <b>191</b> |
| <b>7.6 Do compromisso no método majoritário ao consenso no procedimento de mediação.</b> | <b>195</b> |
| <br>                                                                                     |            |
| <b>8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.</b>                                                           | <b>201</b> |
| <br>                                                                                     |            |
| <b>REFERÊNCIAS.</b>                                                                      | <b>205</b> |

## 1 INTRODUÇÃO.

A sociedade contemporânea vivencia o desafio de um mundo paradoxalmente cada vez mais conhecido e estranho, simultaneamente, próximo e distante. A própria globalização<sup>1</sup> que aproximou e tornou o mundo conhecido, por meio dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação e de transporte, deu ensejo a uma sociedade fragmentada, na qual nunca o conceito de indivíduo – enquanto singularidade atomizada e por vezes socialmente apartada – fez tanto sentido.

Considerando a complexidade das relações humanas, não parece sensato defender a crença na existência de um único mecanismo de gestão para todas as situações de conflito. O monopólio estatal da jurisdição<sup>2</sup> tem mostrado seus limites e apontado para a existência de uma crise de dupla face da função jurisdicional do Estado: uma crise estrutural e uma crise paradigmática.

Assim, a constatação da existência de uma dupla crise – estrutural e paradigmática – propiciou dentro do próprio Poder Judiciário o surgimento de uma crítica ao formalismo jurídico – seja ele substantivo ou procedimental – impulsionando, em uma de suas direções<sup>3</sup>, a retomada contemporânea<sup>4</sup> dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

A retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos em geral, e da mediação em particular, é fenômeno que guarda relação direta com a atual crise da atividade jurisdicional do Estado, a qual atinge não apenas o Brasil, mas diversas democracias ocidentais.

É nesse contexto de resgate dos métodos alternativos de resolução dos conflitos que a presente investigação tem como campo de estudo a mediação de conflitos, analisando de forma especial os seus fundamentos teóricos na democracia

---

<sup>1</sup> Segundo Santos (2006, p. 21) para quem “a globalização em sua forma hegemônica nada mais é do que neoliberalismo globalizado”.

<sup>2</sup> Não se pode perder de vista que o monopólio jurisdicional do estado foi um processo histórico contingente da modernidade (SANTOS, 2011a, p. 170).

<sup>3</sup> Lembramos que a primeira – e principal – reação do Poder Judiciário à sua própria crise se instala sobre o lema da celeridade. As reformas são direcionadas sempre em uma ideia de rapidez a privilegiar quase que exclusivamente a liquidez e segurança jurídica de interesses econômicos.

<sup>4</sup> É importante ressaltar que a mediação tem uma longa e variada história que perpassa as culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e diversas culturas indígenas (MOORE, 1998, p. 32).

contemporânea. Assim, dado que a mediação tem recebido significativo estímulo do Poder Judiciário, faz-se necessário analisar com melhor atenção a relação entre a mediação e a democracia contemporânea, tema central deste trabalho.

O enfoque específico se justifica devido ao fato de que a diversidade de estudos empíricos a respeito das práticas da mediação não tem sido acompanhada de pesquisas sobre os fundamentos teóricos que lhe dão alicerce na contemporaneidade. Ademais, há especificidades do desenvolvimento da mediação e de sua relação com a democracia contemporânea que carecem de maior aprofundamento.

Assim, relacionando os campos de estudo da mediação e da democracia contemporânea, a presente investigação terá como objeto de pesquisa: *os fundamentos teóricos da mediação na democracia contemporânea*.

O recorte temático, conforme delimitado no objeto da pesquisa, justifica-se pela sua originalidade em analisar a fundamentação teórica da mediação, a partir de sua retomada na democracia contemporânea, haja vista que foi na modernidade – período no qual houve a consolidação do monopólio estatal da jurisdição – que a resolução privada dos conflitos perdeu importância.

É importante destacar que o objeto da pesquisa mostra sua pertinência acadêmica na medida em que ainda são poucos os pesquisadores a abordar com a profundidade necessária a fundamentação teórica da mediação, limitando-se na maioria das vezes ao relato de experiências ou na tentativa de sistematização de sua prática.

Dito isso, a partir da dificuldade encontrada em identificar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na democracia contemporânea, a presente investigação pretende responder ao seguinte problema de pesquisa: *Em que medida é possível identificar na Teoria da Democracia de Hans Kelsen uma fundamentação teórica para a mediação de conflitos na democracia contemporânea?*

Delimitado o objeto da pesquisa e apresentado o problema que se pretende responder ao longo da investigação, apresenta-se a seguinte hipótese de trabalho que será objeto de verificação ao longo da pesquisa e que ora se apresenta como resposta provisória ao problema anteriormente exposto: *O procedimento da mediação possibilita a produção de norma autônoma em conflitos interpessoais, de modo semelhante ao realizado pelo método majoritário para os macroconflitos sociais, a*

*partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Hans Kelsen.*

Nesse sentido, vislumbra-se por meio de um estudo teórico demonstrar a validade da hipótese, através da verificação da seguinte proposição: *A mediação pode se fundamentar teoricamente na democracia contemporânea, a partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Kelsen.*

Desse modo, a pesquisa tem como objetivo principal investigar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na atualidade, a partir da similaridade de seu funcionamento como o método majoritário na democracia contemporânea, por meio do resgate da Teoria da Democracia presente na obra de Hans Kelsen.

Nessa perspectiva, o estudo se desdobra nos seguintes objetivos: i) realizar uma discussão a respeito da possibilidade de construção de um conceito para o conflito que possa abarcar a multiplicidade de fenômenos relacionados, com especial destaque para a distinção conceitual entre conflito e violência, sistematizando os diferentes tipos de conflito existentes, a fim de definir qual é o conflito objeto da mediação; ii) discutir o conceito de democracia contemporânea, em contraposição à percepção clássica da democracia moderna, apontando como o contexto da crise da atividade jurisdicional no Estado Democrático de Direito contribuiu para a retomada contemporânea da mediação de conflitos; iii) analisar os modelos anglo-saxão e latino de mediação, bem como os principais modelos teórico-práticos de mediação – satisfativa, transformativa, circular-narrativa e transformadora –, e como eles influenciaram o modelo de mediação judicial adotado no Brasil; iv) debater o processo de desenvolvimento da mediação no Brasil, a partir do estudo dos marcos regulatórios da mediação em âmbito judicial, com especial destaque para a Res. 125/2010 do CNJ, a Lei nº 13.105/2015 e a Lei nº 13.140/2015; v) pesquisar a trajetória da mediação na Itália, a partir de sua regulação normativa e desenvolvimento teórico-prático, a fim de efetuar um diálogo com a mediação realizada no Brasil; vi) investigar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na contemporaneidade, a partir da análise dos pressupostos que fundamentam o método majoritário na democracia contemporânea, a partir da Teoria da Democracia de Hans Kelsen.

O presente estudo se justifica pela atualidade do debate em torno da recente retomada dos métodos alternativos de resolução dos conflitos e sua ainda escassa produção teórica. A relevância acadêmica da pesquisa é revelada pela notória efervescência da discussão dos métodos alternativos no Brasil – com destaque para

a mediação –, seja como uma maneira de superar a crise estrutural do Poder Judiciário, como também um meio diferenciado de tratar os conflitos. Assim, a mediação é apresentada como um novo paradigma para o direito, complementar ao exercício da jurisdição estatal, cogitando-se a constituição de um sistema de múltiplas portas para a gestão das situações de conflito.

No entanto, observa-se que os referenciais teóricos da mediação na atualidade ainda não se encontram consolidados, variando seus alicerces em parâmetros ora racionais – a exemplo do reconhecimento e estímulo da mediação pelo Estado, bem como seu emprego pela Teoria dos Jogos – ora em aspectos não-racionais – como aspectos puramente emocionais ou a busca de uma harmonia abstrata. Desse modo, a presente investigação tem como desiderato preencher uma lacuna teórica referente à fundamentação da mediação de conflitos na democracia contemporânea.

Na seara institucional, importa ressaltar que a presente pesquisa se justifica pela atualidade do debate em torno da prática da mediação no Brasil, especialmente em decorrência da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, que instituiu a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, o que acabou por fomentar em grande escala a prática da mediação. Seguindo essa tendência, nos últimos anos foi significativa a produção normativa com o objetivo de regulamentar a mediação, seja no âmbito judicial, como extrajudicial, e nos mais diversos campos de atuação (civil, familiar, penal, dentre outros). O avanço dos marcos normativos da mediação foi acompanhado pela Lei nº 13.140/2015 – conhecida como Lei de Mediação – que regula a mediação entre particulares e no âmbito da administração pública, e do destacado papel atribuído à mediação na Lei nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, além de tantas outras iniciativas legislativas.

Nesse sentido, é possível constatar a existência de uma mudança na cultura jurídica que exige uma significativa modificação na formação dos futuros juristas, de modo a apresentar-lhes o funcionamento dos métodos alternativos à jurisdição estatal, a exemplo da mediação, da conciliação, da negociação e da arbitragem, bem como do importante papel desempenhado pelo advogado na utilização de cada um desses instrumentos. Com efeito, o advogado deve deixar de ser o profissional do litígio, para transformar-se no especialista em solução de conflitos.

Não se pode ainda olvidar a relevância social da pesquisa, na medida em que a mediação constitui um procedimento que promove a autonomia dos sujeitos, permitindo o reconhecimento mútuo da igualdade e da diferença, dando estímulo a uma cultura em direitos humanos, além de prevenir a eclosão de episódios de resolução violenta dos conflitos.

No quesito originalidade, a pesquisa se desdobra em duas dimensões. A primeira é quanto ao tema, pois apesar de existir um quantitativo razoável de trabalhos sobre a prática da mediação, ainda são raras as pesquisas sobre os seus pressupostos e fundamentos teóricos<sup>5</sup>. Desse modo, observa-se a existência de estudos que analisam as práticas da mediação sem maiores preocupações a respeito dos alicerces teóricos que possibilitam o seu desenvolvimento na contemporaneidade. O segundo aspecto de ineditismo decorre do resgate da Teoria da Democracia de Hans Kelsen, a fim de buscar identificar, a partir de seus pressupostos, uma fundamentação teórica para a mediação de conflitos na democracia contemporânea. Tal fato merece destaque por se tratar de uma teoria pouco conhecida, especialmente no Brasil, de um autor com enorme prestígio dentro da filosofia do direito.

No que se refere à fundamentação teórica, a presente pesquisa parte da demonstração de que a contemporânea crise<sup>6</sup> da atividade jurisdicional do Estado – estrutural e paradigmática<sup>7</sup> –, ao impulsionar os métodos alternativos, abriu significativas possibilidades para a promoção da autonomia dos sujeitos e uma descentralização da gestão dos conflitos.

A partir do reconhecimento da complexidade da condição humana e suas multifacetadas formas de conflitos, nada mais plausível do que a existência de

---

<sup>5</sup> Pesquisas realizadas à Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações e ao Portal SciELO e SciELO Books – cuja última consulta foi realizada em 09.08.2018 – utilizando como chaves de pesquisa a expressão mediação associada aos termos teoria(s), fundamento(s) e teórico(a)(s) retornou apenas um resultado referente à dissertação, realizada por Munhoz (2015), intitulada “O mediador de conflitos como intérprete das partes: uma análise à luz da teoria do agir comunicativo”, tendo como objeto articular a mediação à teoria do agir comunicativo de Habermas.

<sup>6</sup> “Crise (do grego Krisis, *Krínein*) é a agudização das contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo, dos valores dominantes, ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes” (WOLKMER, 2009, p. 2).

<sup>7</sup> Consoante afirma Kuhn (2006), paradigma é um modelo científico de verdade, o qual acaba por se tornar predominante e aceito em determinado momento histórico. Trata-se de práticas científicas que são compartilhadas e que resultam de avanços e descontinuidades, saltos qualitativos e até mesmo rupturas epistemológicas.

distintos métodos para a solução de diferentes situações-problema, apontando para a necessidade de trazer para o direito uma ecologia de saberes<sup>8</sup> (SANTOS, 2006, p. 157), que permita o emprego das técnicas de resolução de conflitos segundo seu efetivo resultado social.

Pretende-se adotar uma postura teórica que apresenta o conflito como algo inerente à condição humana e decorrente de duas necessárias características dos seres humanos enquanto indivíduos, e da humanidade como coletividade, que são a diferença e a mudança. Assim, na tentativa de demonstrar a importância de uma abordagem diferenciada sobre os conflitos é que se busca identificar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na democracia contemporânea.

Assim, é traçado um paralelo entre o procedimento de mediação e o método majoritário enquanto processos de produção de normas na busca de entendimento para os mais diversos conflitos de interesse. Se a democracia possibilita um método de formação da vontade do Estado por meio da expressão indireta da vontade da maioria, produzindo normas heterônomas para toda a coletividade, a mediação propicia a busca do consenso por meio da produção de norma autônoma para todos os envolvidos no conflito em concreto.

É nessa perspectiva que se faz necessário o estudo dos fundamentos teóricos da mediação de conflitos na democracia contemporânea, pois há a perspectiva de que a mediação possibilite um aprofundamento da democracia, a partir da utilização dos pressupostos que fundamentam a Teoria da Democracia de Hans Kelsen.

Para o cumprimento do desiderato da pesquisa, será realizada revisão bibliográfica com destaque às principais obras que norteiam os dois principais eixos teóricos de discussão, a mediação e a democracia contemporânea, em literatura nacional e estrangeira.

Na discussão dos métodos alternativos de resolução de conflito o presente trabalho apresenta um diálogo entre as principais abordagens teóricas da mediação: o modelo tradicional – da Escola de Harvard – centrado na satisfação das partes para obtenção do acordo, no qual tem destaque a obra de Fisher, Ury e Patton (1992), *Como Chegar ao Sim*; o modelo transformativo – desenvolvido por Folger e Bush

---

<sup>8</sup> “A ecologia dos saberes procura dar consistência epistemológica ao saber propositivo. Trata-se de uma ecologia porque assenta no reconhecimento da pluralidade de saberes heterogêneos, da autonomia de cada um deles e da articulação sistêmica, dinâmica e horizontal entre eles. [...] O conhecimento é interconhecimento, é reconhecimento, é autoconhecimento” (SANTOS, 2006, p. 157).

(1996) –, do qual podemos destacar o texto *La Promesa de Mediacion*, que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a se constituir como possibilidade de crescimento; e o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Soares (2005) –, no qual se pode citar o livro *Mediación: condición de disputas, comunicación y técnicas* que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes. Será ainda abordado o autor lusitano Vezzulla (1998) com o texto *Teoria e Prática da Mediação*.

O panorama teórico traçado será confrontado com a perspectiva da mediação transformadora de Warat (1998, 2004c), a partir das obras *Em nome do Acordo* e *Ofício do Mediador*, discutindo as possibilidades de uma nova epistemologia para o direito, ligada à autonomia e à alteridade.

Serão ainda tratadas importantes obras nacionais, de autores de referência no debate sobre a mediação, dos quais podemos citar *Mediare: um guia prático para mediadores* de Sales (2010), *Fundamentos Políticos da Mediação Comunitária e Da Jurisdição à Mediação: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos* ambos de Spengler (2012, 2010) e *Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa* de Vasconcelos C. (2008), dentre outros.

No que se refere à democracia, serão analisadas obras referentes ao conceito, ao desenvolvimento e aos modelos de democracia, a partir do estudo de obras clássicas sobre o tema, de modo a buscar a aproximação teórica entre os princípios da democracia e da mediação.

Assim, para a análise do desenvolvimento histórico da democracia será feito o estudo da obra *Sobre a Democracia* de Dahl (2001), o qual será complementado pelo texto *Por que a democracia?* de Ross (1989). Para o apanhado da primeira democracia moderna, será utilizado o livro *A democracia na América: leis e costumes* de Tocqueville (2014). O debate da concepção contemporânea de democracia ficará por conta da obra *Capitalismo, Socialismo e Democracia* de Schumpeter (1961). Por fim, será analisado o entrelaçamento entre a democracia e o positivismo jurídico a partir dos textos de Kelsen (1993, 2008) *A democracia* e *¿Qué és justicia?*.

Metodologicamente, o presente estudo está estruturado em duas partes. A primeira tem origem em estudo eminentemente teórico, tendo por objeto a relação

existente entre a mediação de conflitos e a democracia contemporânea. Assim, por meio do emprego do método dedutivo, se buscará investigar a possibilidade de os pressupostos da Teoria da Democracia de Hans Kelsen poderem servir de fundamento teórico para a mediação de conflitos na contemporaneidade. Para tanto, faz-se uso de uma abordagem jurídico-sociológica (GUSTIN; DIAS, 2013, p. 22), no intuito de analisar as possibilidades de a mediação aprofundar o próprio sentido da democracia na modernidade, a partir de uma quase identificação entre os que produzem a norma e a ela estão sujeitos.

Desse modo, nos capítulos primeiro, segundo, quinto e sexto é realizada uma pesquisa bibliográfica, na qual serão discutidos o conceito de conflito, a noção de democracia contemporânea, os modelos teóricos de mediação de conflitos e a relação existente entre a Teoria da Democracia de Kelsen e o procedimento da mediação de conflitos.

Em um segundo momento, no terceiro e quarto capítulos, será realizado um estudo comparativo sobre o desenvolvimento do instituto da mediação no Brasil, e na Itália, de modo a identificar singularidades na trajetória do referido instituto em cada um dos citados países, com especial destaque para a análise dos marcos normativos e dos tipos de práticas de mediação utilizados.

Feitas as referidas explicações, no primeiro capítulo se fará uma pesquisa sobre o conceito de conflito, debatendo a sua relação com o direito e questionando a possibilidade de uma única definição conceitual que possa abranger a multiplicidade de fenômenos relacionados. Serão realizadas algumas distinções conceituais, com especial destaque para a diferença entre conflito e violência, além da correspondente análise de diversas tipologias de classificação. Efetuar-se-á ainda um estudo sobre a possibilidade de uma perspectiva positiva do conflito. Por fim, a investigação tem como foco delimitar qual o tipo de conflito que deve ser objeto de intervenção do procedimento de mediação.

Dando continuidade, no segundo capítulo serão apresentados os precedentes históricos da moderna noção de democracia, para então se discutir o respectivo conceito na contemporaneidade, em contraposição à percepção clássica da democracia moderna, a partir das concepções de Schumpeter. Serão ainda abordados os principais elementos que caracterizam a Teoria da Democracia na obra de Kelsen. Por fim, será visto como o contexto da crise da atividade jurisdicional no

Estado Democrático de Direito contribuiu para a retomada contemporânea da mediação de conflitos.

Em sequência, no terceiro capítulo serão analisados os modelos anglo-saxão e latino de mediação, a fim de identificar como os distintos modelos de regulação social originários, respectivamente, dos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law* influenciaram o desenvolvimento da mediação em cada país. Ainda neste capítulo será feita a análise dos principais modelos teórico-práticos de mediação – satisfativa, transformativa, circular-narrativa e transformadora –, com o intuito de verificar como as referidas abordagens acabaram por influenciar o modelo de mediação judicial adotado no Brasil.

Prosseguindo, no quarto capítulo será abordado o desenvolvimento da mediação de conflitos no Brasil – bem como dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos –, a partir da análise dos marcos regulatórios da mediação em âmbito judicial, com especial destaque para a Res. 125/2010 do CNJ, a Lei nº 13.105/2015 e a Lei nº 13.140/2015, sendo tecidas ao final algumas considerações sobre as dificuldades enfrentadas pela mediação judicial em solo brasileiro.

Em seguida, no quinto capítulo será abordada a trajetória da mediação de conflitos na Itália, a partir de sua regulação normativa e desenvolvimento teórico-prático, a fim de possibilitar a realização de um diálogo com a mediação efetuada no Brasil;

Por fim, no sexto e último capítulo realizar-se-á o desenvolvimento do debate presente no direito moderno sobre os meios legítimos e os fins justos, apresentando a dicotomia direito e justiça, a partir da utilização dos aportes teóricos do positivismo jurídico e da Teoria da Democracia de Hans Kelsen. Serão ainda analisados importantes aspectos do procedimento de mediação, com especial atenção para a autonomia, a alteridade e a igualdade. Nesse momento, buscar-se-á demonstrar como a mediação de conflitos pode se fundamentar na contemporânea, a partir dos pressupostos teóricos da Teoria da Democracia de Hans Kelsen.

## 2 UMA TEORIA DO CONFLITO PARA O DIREITO.

Uma relação importante – todavia pouco estudada – é a articulação entre as noções de direito e conflito. Apesar de o direito se constituir em um vasto e tradicional campo de conhecimento, ainda há grande dificuldade em definir o que é direito. No entanto, sem adentrar na dificuldade que seria discorrer sobre as distintas noções do que se entende por direito, uma concepção bastante consensual aponta o fenômeno jurídico como uma tecnologia social de resolução de conflitos (FERRAZ JR., 2007). O problema é que se o direito tem como finalidade a resolução de conflitos, surge a questão sobre o motivo pelo qual o conhecimento jurídico tão pouco se debruça sobre o conflito enquanto fenômeno social.

Uma rápida análise sobre as disciplinas que compõem o currículo dos cursos de bacharelado em direito no Brasil não deixará margem de dúvida a respeito da formação normativista e predominantemente dogmática dos juristas em nosso país. Outro fato que merece destaque é a ausência na doutrina de obras especializadas tendo por objeto o conflito enquanto fenômeno social sobre o qual deve incidir o direito. É interessante que a referida lacuna não é demérito apenas da literatura nacional, subsistindo também na literatura jurídica estrangeira. Ao que parece, o direito acredita regular e pôr fim aos conflitos sociais, contudo sem ao menos conhecê-los. Talvez a ideia clássica presente na Teoria Pura do Direito de Kelsen segundo a qual a Ciência do Direito tem por objeto a norma jurídica positiva ainda permeie os corações e mentes dos juristas de nossa atualidade. É nesse sentido que se faz tão importante tecer algumas considerações sobre o estudo do conflito enquanto objeto do direito.

A questão acima referida quanto à ausência de interesse do campo jurídico sobre o conflito se desdobra em outra dificuldade. Se for considerado que o direito tem como finalidade a resolução de conflitos, onde estaria o conflito objeto do direito, na norma ou no ser humano e suas relações? Não resta dúvida de que o direito tem como finalidade a resolução de conflitos sociais e de que estes têm como origem o ser humano, tanto em seus dilemas subjetivos quanto em suas relações vinculares. É nessa perspectiva que se faz indispensável uma análise mais detida da relação entre o direito e o conflito, bem como o relacionamento de ambos os conceitos com a noção de violência, ainda a causar algumas confusões conceituais que precisam ser

enfrentadas.

Assim, na presente parte do trabalho, será iniciada uma discussão sobre o conflito através de sua delimitação conceitual, bem como a sua correspondente separação de outras definições, com especial destaque para a distinção entre conflito e violência. Em sequência, será desenvolvida uma análise tipológica dos mais variados conflitos. Pretende-se ainda efetuar uma abordagem sobre a possibilidade de uma perspectiva positiva sobre o conflito, a partir do enfoque da moderna teoria do conflito. Por fim, será feita uma discussão do conflito de modo mais específico, com especial atenção para a intervenção da mediação sobre o processo conflitivo.

## **2.1 O conceito de conflito e algumas distinções necessárias.**

Talvez uma das principais marcas da sociedade contemporânea seja a existência e multiplicação dos mais diversos tipos de conflitos. No entanto, apesar da quase naturalização da noção de conflito como fenômeno intrínseco a cada indivíduo e ocorrência constante nas interações sociais, resta no mínimo muito curioso como a noção de conflito ainda carrega consigo uma conotação extremamente negativa na atualidade.

Para tanto, sem a preocupação de maiores demonstrações empíricas, basta questionar a grande maioria das pessoas sobre o último episódio no qual tenham se envolvido em alguma situação de conflito e indagar sobre as emoções e reações fisiológicas vivenciadas naquele momento. Quase sempre serão resgatadas recordações negativas de transpiração, taquicardia, descuido verbal, elevação do tom de voz, irritação, raiva, medo, dentre outras. A própria ideia de conflito quase sempre está associada a expressões como guerra, briga, disputa, agressão, tristeza, violência, perda e muitas outras de elevada carga negativa. Assim, o conflito continua sendo socialmente percebido no discurso do senso comum como algo a ser evitado, eliminado ou sublimado.

Nessa perspectiva, apresenta-se como estritamente necessário analisar a dinâmica do conflito na sociedade, de modo a investigar a possibilidade de apreender o conflito como um fenômeno não apenas estritamente negativo, mas, pelo contrário, com possibilidade de desdobramentos positivos.

Isso posto, ao se apresentar o debate da mediação como um método de resolução de conflitos, faz-se indispensável discorrer algumas considerações sobre a noção de conflito e suas principais variantes. De início, surge desde logo uma indagação que precisará ser respondida: é possível um único conceito de conflito que abarque toda a diversidade do fenômeno? Outra questão que surge é saber se todos os tipos de conflito são objeto da mediação. Por fim, observa-se ainda a possibilidade de verificar se há uma perspectiva positiva sobre o conflito, dada toda a carga negativa que o fenômeno carrega consigo.

Apesar da expressão conflito ser largamente utilizada, é possível constatar a inexistência de unanimidade na doutrina quanto à sua conceituação. Desse modo, partiremos de uma conceituação inicial que possibilite a criação de uma categoria de análise para, em sequência, buscar uma tipologia do conflito.

Assim, iniciando a análise do conflito a partir da perspectiva etimológica de sua definição, pode-se apontar, conforme afirma Cappi (2009, p. 28), que a palavra conflito deriva do latim *conflictus*, particípio passado do verbo *confligere*, por sua vez composto do prefixo “con” – que significa junto – e “fligere” que significa colidir, chocar-se, trombar. Em idêntico sentido são as afirmações de Spengler (2010, p. 242) ao apontar que a palavra conflito tem sua origem etimológica na ideia de choque, ou ação de contrapor ideais, palavras, armas e ideologias. Além do mais, há a necessidade de que as forças confrontantes sejam dinâmicas e contenham em si próprias o sentido da ação, reagindo uma sobre a outra. Nesse sentido, Spengler (2012, p. 110-111) vai conceituar o conflito da seguinte forma:

Desse modo, o conflito pode ser classificado como um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder no qual uma parte influencia e qualifica o movimento da outra, enquanto ambas são influenciadas e influenciam o meio (comunidade) no qual se encontram inseridas.

Do quanto até aqui exposto, observa-se que a noção de conflito remete à ideia de atitude dinâmica e volitiva dirigida em sentido contrário pelos atores envolvidos. No entanto, dado o largo emprego do termo, é interessante a realização de algumas distinções conceituais de expressões que muitas vezes são empregadas como sinônimo de conflito, a exemplo de tensão, disputa, combate e violência.

Iniciando pela tensão, pode-se afirmar que, embora no meio de cada conflito exista uma tensão, não são conceitos idênticos. A tensão pode ser definida como um estado de inquietação, desassossego interior e desequilíbrio, acompanhado de estado psicológico de estresse e de outras reações fisiológicas, como tônus muscular (SPENGLER, 2010, p. 247). Desse modo, embora seja comum a existência de tensão nos conflitos, é possível a existência de tensão sem a ocorrência de confronto ou atitude antagônica. Tomemos como ilustração uma pessoa que está ansiosa em decorrência da realização de uma prova. Há tensão sem a existência de uma parte adversa.

Outro termo comumente empregado erroneamente como sinônimo de conflito é a disputa. Essa última ocorre quando um conflito é comunicado de forma manifesta a outra parte e ambas passam a reagir e definir suas posições diante da relação conflituosa. Uma disputa é uma forma de publicização do conflito, por meio da qual partes em desacordo buscam de forma ordenada defender suas posições. Assim, ao contrário do conflito, a disputa não é caótica, mas pode ser a via de resolução para acabar com o conflito. No entanto, nem toda disputa acaba com o conflito que pode permanecer contido. De fato, a disputa nem sempre traduz um conflito por completo, podendo parte desse permanecer oculto. Contudo, não se pode perder de vista que a disputa é sempre declarada (SPENGLER, 2010, p. 253-254). Desse modo, enquanto a disputa é declarada e conhecida por todos aqueles que nela estão envolvidos e busca algum tipo de solução para o seu objeto, o conflito, ao contrário, pode ser declarado ou oculto e nem sempre ser direcionado para uma solução.

Uma distinção que também merece ser esclarecida é a que há entre o conflito e a competição. Muito embora a ocorrência de uma competição possa ser fonte de conflito, nem todo conflito reflete competição. Ademais, quanto ao ponto, merece destaque que a gestão dos conflitos pode ser realizada tanto em um contexto cooperativo, por meio de processos não adversariais (mediação, conciliação e negociação), como em contexto competitivo, fazendo uso de processos adversariais (decisão judicial e arbitragem) (SPENGLER, 2010, p. 254-255). Importa ressaltar que na competição a disputa entre as partes é indireta e regulamentada, tendo como objetivo a superação dos adversários na busca de dado prêmio (interesse) desejado por ambos. O conflito, por sua vez, pode não ser regulamentado e chegar ao limite de

não apenas superar, mas de buscar a própria eliminação do adversário convertido em inimigo<sup>9</sup>.

Por último, adentrar-se-á na análise da distinção entre conflito e violência. Por se tratar da diferenciação mais emblemática e fonte de boa parte da conotação negativa referente ao conflito, será realizada a referida análise em tópico próprio subsequente.

## **2.2 Conflito e violência.**

Apesar da grande existência de conflitos violentos e de que a violência tem muitas vezes como causa o desenvolvimento de conflitos mal administrados, deve-se perceber que podem ocorrer conflitos sem o recurso à violência e que esta é apenas uma das formas – e quase sempre uma das piores – de se resolver os conflitos.

Nessa perspectiva, resta mais clara a tarefa de perceber que violência e conflito não são sinônimos. Apesar de se reconhecer que na maior parte das vezes a violência tem como origem um conflito mal gerenciado, é importante esclarecer que a violência é uma forma de resolução de conflitos que implica na negação do outro no processo de pôr fim ao conflito. Mais uma vez usando as palavras de Cappi (2009, p. 29):

A violência não é a mesma coisa do conflito: ela representa uma maneira específica de lidar com um conflito. Uma maneira onde o “outro”, considerado negativamente e de maneira hostil, precisa ser anulado, excluído e, se for o caso, eliminado. Daí decorre a diferença crucial entre a noção de conflito e a noção de violência. Enquanto o conflito representa um elemento insuperável da condição humana, a violência constitui uma opção singular de gestão do conflito.

---

<sup>9</sup> A respeito da distinção entre o adversário e o inimigo se pode afirmar que o adversário confronta o sujeito ao se apresentar como limite e espelho. A presença do adversário legitima a existência do sujeito. Por sua vez, o inimigo é aquele com o qual não se pode existir, pois o inimigo visa a eliminação do confrontante. (COSI, 2004 apud SPENGLER, 2010, p. 281). O outro como adversário legitima a existência do sujeito, enquanto o outro como inimigo ameaça a própria existência do sujeito. Desse modo, observa-se que a transformação do adversário em inimigo acaba por legitimar o próprio emprego da violência na resolução dos conflitos.

Uma definição fenomenológica da violência pode ser encontrada em Michaud (1995 apud SPENGLER, 2010, p. 250) ao descrevê-la “[...] como uma ação direta ou indireta, centrada ou distribuída, destinada a alcançar uma pessoa ou grupo, em sua integridade física ou psíquica, em seus bens, e em suas participações simbólicas”.

Dessa forma, pode-se verificar que a violência é uma forma de resolução de conflitos que busca pôr fim ao conflito por meio da eliminação da parte conflitante. De fato, a violência não se confunde com o conflito, mas pode se converter em um de seus possíveis efeitos, aparecendo como uma de suas possibilidades de desfecho. Nesse sentido, um conflito não implica necessariamente em um final violento, até porque o que é considerado violento depende dos limites do que é socialmente tolerado. Não se pode esquecer que condutas tidas como violentas em determinada cultura podem ser vistas e encaradas como normais por outras, podendo tais percepções, inclusive, variar no interior de uma mesma cultura. É possível citar a título de exemplo algumas práticas esportivas, como as artes marciais. De todo modo, o uso da violência pode ser uma das formas ou estratégias para buscar a solução do conflito, por meio da supressão do outro na relação conflituosa.

Outra discussão que merece consideração na distinção entre conflito e violência é a questão do poder das partes. Um conflito pode ser considerado como a resultante decorrente do equilíbrio de poder entre os envolvidos. O conflito existe porque nenhuma das partes tem força suficiente para subjugar o lado contrário. Desse modo, a violência tende a eclodir no conflito quando há assimetria de poder entre as partes e uma delas detém a possibilidade de impor por meio da força a sua vontade sobre a outra. Com efeito, conflitos nos quais há a presença de maior igualdade e equivalência de meios entre as partes têm maior possibilidade de êxito de uma solução não violenta.

Vale ressaltar que a violência quando utilizada como meio de solução dos conflitos acaba por direcionar o foco do conflito não para o problema objetivo em si, mas contra a parte adversária, constituindo essa como obstáculo a ser superado na busca de solução para o conflito.

Assim, observa-se que a violência ao ser empregada no conflito não faz distinção entre o objeto do conflito e a parte contrária. A identificação da parte adversa com o próprio conflito é uma das causas para que a energia direcionada a fim de

resolver o conflito se converta em ataque dirigido ao outro polo conflitante. Nesse sentido é que se sobressai a importância de se separar as pessoas do problema, na busca de uma resolução eficiente dos conflitos, conforme um dos princípios da mediação satisfativa da escola de Harvard.<sup>10</sup>

No que concerne às formas por meio das quais a violência pode se manifestar, compete destacar que a violência é conceito que pode ser classificado a partir das mais diversas perspectivas. Freund (1995 apud SEPENGLER, 2010, p. 252) diferencia a violência direta e indireta a partir das definições de “violencia de actuación” e de “violencia de situación”, tomando como critério a objetividade de sua manifestação. A primeira é exercida durante uma agressão clara, com ameaças e golpes, com ou sem o emprego de armas. É aquela que se desenvolve durante um conflito exposto. Já a segunda é mais insidiosa, raramente se manifesta abertamente. Com efeito, consiste numa violência difusa que perdura sem conflito, ou pelo menos sem conflito aparente.

Uma possível outra categorização de violência nos é trazida por Cappi (2009, p. 29-30) ao discorrer sobre a violência interpessoal, institucional e estrutural. A primeira é constituída pelo comportamento de um ou mais indivíduos e que constitui a grande preocupação da mídia e da população. É formada pelos assaltos, estupros, depredações e brigas. Essa é o tipo de violência que em geral mais preocupa a população e é objeto de especial atenção pela grande mídia, naquilo que se constitui como um grande espetáculo da violência. Por sua vez, a violência institucional é aquela praticada por entidades governamentais ou não e se caracteriza por práticas autoritárias e discriminatórias dirigidas a grupos específicos, a exemplo da comunidade LGBT, mulheres e negros, dentre outros. Entidades de segurança pública, igrejas e escolas são exemplos de instituições que podem praticar violência institucional. Por fim, podemos citar a violência estrutural que se apresenta pelo conjunto de relações sociais e funcionamento da própria sociedade. É a violência que se manifesta sob a forma de desigualdades sociais, desemprego, falta de oportunidades e presença ineficiente do Estado. Curiosamente, enquanto a primeira forma de violência é combatida pelo Estado e tida por muitos como a única forma de violência, os dois últimos tipos de violência – institucional e estrutural – nem sempre

---

<sup>10</sup> O modelo de mediação satisfativa será tratado em capítulo subsequente.

são socialmente percebidos como manifestação de violência e ainda são nas mais diversas circunstâncias naturalizados e legitimados, chegando até mesmo a serem praticados pelo próprio Estado.

Uma outra dimensão da violência pouco estudada, mas que guarda significativa relação com a resolução dos conflitos por meio do direito, é a violência simbólica. Com efeito, Bourdieu (2002, p. 211/243) vai afirmar que a autoridade judiciária se manifesta como poder de violência simbólica, na medida em que utiliza de um discurso forjado de técnica e neutralidade para legitimar a dominação, perante os dominados, internalizando-a, sem o recurso expresso à violência física – ao menos inicialmente.

Assim, o espaço judicial funciona como um lugar onde ocorre um processo de neutralização dos conflitos por meio de sua transmutação em termos jurídicos. Deste modo, há um processo de distanciamento das partes em conflito, sendo agora o litígio operado mediante procuração por profissionais habilitados que têm como pressuposto o conhecimento do direito e dos procedimentos jurídicos (BOURDIEU, 2002, p. 227-232). Este processo de separação e distanciamento das partes, além da fragmentação do conflito em normas, fatos e provas, sem em nada considerar o drama humano que lhe fundamenta, revela o caráter desumano do processo judicial. Nesse sentido, são eficazes as palavras de Ferraz Júnior (2007, p. 327) ao afirmar que “[...] as decisões, portanto, absorvem insegurança, não porque eliminem o conflito, mas porque o transformam”. Mais adiante, vai discorrer o referido autor sobre a relação das decisões judiciais com os conflitos:

A institucionalização do conflito e do procedimento decisório confere aos conflitos jurídicos uma qualidade especial: eles terminam. Ou seja, a decisão jurídica é aquela capaz de lhes pôr um fim, não no sentido de que os elimina, mas que impede sua continuação (FERRAZ JR, 2007, p. 328).

O problema terrível é que a magistratura decide conflitos que lhe são alheios, sem sentir as pessoas e os respectivos dramas que muitas vezes estão por trás dos autos. Decidem sem responsabilidade, pois projetam essa na norma (WARAT, 2004c, p. 151).

Compete destacar que sempre que se chama um terceiro, delegando-lhe a

responsabilidade de decidir um conflito, o que as próprias partes abriram mão de fazer, é quase inegável que a solução comportará algum tipo de violência, seja ela legítima ou não, para algum dos envolvidos.

Nesse sentido, é sintomático destacar que uso da violência para resolução de conflitos não é algo em nada estranho ao direito. A suposta legitimidade da jurisdição estatal ao aplicar coercitivamente o direito não descaracteriza seu uso como clara manifestação de violência. Inclusive, merece destaque que o processo de monopolização do uso legítimo da força pelo Estado, um dado característico da modernidade, importou na tentativa de esvaziar qualquer poder à margem da autoridade estatal, legitimando, por outro lado, o uso da violência pelo próprio Estado, sob a forma jurídica, conforme nos esclarece Benjamin (2013, p. 62):

[...] essa ordem jurídica empenha-se em instituir, em todos os domínios nos quais os fins de pessoas individuais possam ser alcançados adequadamente pelo uso da violência, fins de Direito que apenas o poder judicial pode concretizar desse modo.

Em verdade, o que se observa é que a antiga vingança privada, antes dispersa em poder de diversos atores sociais, é concentrada e convertida na modernidade em vingança pública controlada exclusivamente pelo Estado. Desse modo, percebe-se que o Poder Judiciário racionaliza a vingança, tornando-a agora pública e legítima, instrumentalizando-a de forma a controlar e prevenir a vingança privada e ilegítima.

Assim, o que se verifica é a tradicional percepção de que a simples existência de poder fora do direito – aqui entendido nos estritos limites do controle do ordenamento jurídico estatal – é vista como uma ameaça, não pelos fins de sua utilização, mas pela sua simples existência, consoante afirma Benjamin (2013, p. 63) “[...] que o Direito vê o poder nas mãos de pessoas individuais como um perigo de subversão da ordem estabelecida”.

No entanto, a experiência concreta demonstra que é possível a resolução não violenta dos conflitos – tomando-se em consideração aqui as mais diversas acepções da expressão violência. Em que pese o acerto de Benjamin (2013, p. 71) ao distinguir os métodos de resolução de conflitos em violentos (sejam eles legais ou ilegais) e não violentos (a que denomina de meios puros), compete destacar que, mais do que qualquer visão romântica ou ingênua poderia acreditar, as pessoas negociam por uma

atitude racional. O emprego da violência, mesmo quando exercida legitimamente, deve ser limitado, sob o risco de exacerbação de reações de violência não legítima. A busca por soluções consensuais para os conflitos decorre em grande parte da incerteza quanto aos possíveis resultados de um confronto direto. Não se está aqui afirmando que a busca do consenso é tarefa estritamente racional, muito pelo contrário. O entendimento dos dilemas humanos quase sempre é marcado pela relação indissociável entre a razão e a sensibilidade. Desse modo, o elemento sensível, emocional, não deixa de estar presente na tomada de decisão, o que não é o mesmo que afirmar que as escolhas são realizadas sobre terreno puramente irracional.

O distanciamento a que as partes em desavença, em geral, mutuamente se submetem se converte em elemento desumanizador do conflito, o que muitas vezes culmina com sua escalada, haja vista a ausência de reconhecimento do outro. Nesse sentido, são sintomáticas as palavras de Hicks (2007, p. 152) ao discorrer sobre a utilização do método RIP – Resolução Interativa de Conflitos, quando analisa a interação de pessoas em contextos de relações de conflito desumanizadores e afirma que “uma consequência destrutiva do conflito é o processo de alienação e o isolamento entre as partes, criando a distância e a falta de comunicação que resultam no processo de desumanização”.

Assim, afastado o caráter estritamente negativo do conflito – por meio da distinção com sua resolução violenta –, verifica-se como o conflito pode ser percebido enquanto potencial construtivo nas relações sociais. No entanto, ainda permanece a questão inicialmente apontada quanto à possibilidade de uma única noção de conflito que consiga abranger a multiplicidade de conflitos existentes. Desse modo, faz-se ainda necessário discorrer sobre os diversos tipos de conflitos, a fim de verificar quais seriam objeto do procedimento de mediação, foco inicialmente delimitado para o presente trabalho.

### **2.3 Tipologia dos conflitos.**

Retomando a questão inicialmente apontada, quanto à possibilidade de uma única definição que possa categorizar todos os tipos de conflito, compete verificar se

existe um mínimo de elementos que possam ser encontrados em todos os tipos de conflito. Para tanto, faz-se necessário verificar quais são os tipos de conflito existentes.

O conflito é um fenômeno complexo que é objeto de estudo por diversas áreas do conhecimento, as quais desenvolveram internamente e entre si múltiplas percepções. Para iniciar pela história, desde a antiguidade clássica autores gregos como Tucídides<sup>11</sup> têm se ocupado de discutir os conflitos que culminaram com a crise e a quebra da ordem da *pólis* – no caso específico de Atenas.

No campo da filosofia política o surgimento do Estado Moderno é explicado por Hobbes (2003) como o pacto de submissão que tira os homens do estado de natureza, um contexto de guerra de todos contra todos, para inaugurar a sociedade civil na qual há a garantia da vida e da liberdade por meio da violência estatal corporificada no Leviatã. Em Hobbes, é apenas quando os homens abrem mão de sua liberdade ilimitada presente no estado de natureza e a depositam no Estado que este poderá por meio da violência legítima, ou seja, do Estado de Direito, garantir a vida, a liberdade e a propriedade, dirimindo os conflitos existentes na sociedade. Mais adiante – e em sentido contrário ao de Hobbes – Marx e Engels (1998) naturalizarão o conflito como dinâmica da sociedade ao afirmar que a luta de classes é o motor que movimenta a história. Assim, o desenvolvimento da humanidade seria caracterizado pelas contradições inerentes ao desenvolvimento das forças produtivas e ao consequente embate entre as classes antagônicas na luta pelo domínio do Estado e consequente poder político.

Por sua vez, a abordagem sociológica em seus primórdios, a partir de autores como Durkheim e Comte, considerados os fundadores da sociologia, vão perceber o conflito como uma anomalia social, resultante das grandes transformações da modernidade, que precisa ser entendida e controlada. Desse modo, a sociologia surge como uma ciência social conservadora que busca estudar a sociedade, a fim de entendê-la e controlá-la, tal como a física para a natureza. Assim, resta claro que a sociologia percebe inicialmente o conflito como patologia social que precisa ser eliminada.

---

<sup>11</sup> Para uma análise do relato de Tucídides sobre a Guerra do Peloponeso ver Strauss (2006).

Por fim, a psicologia, além de se ocupar dos conflitos interpessoais, tem ainda como objeto o conflito intrapessoal, aquele que nasce com o indivíduo ao sair do aconchego do útero materno, local para onde não mais poderá retornar. Curiosamente, o conflito intrapsíquico é algo que nasce com o indivíduo e não é passível de ser eliminado. Não é difícil perceber como os conflitos intrapsíquicos não dependem do outro para existir, mas são grandes causadores de conflitos interpessoais.

O rápido e superficial panorama acima traçado apenas ilustra como a temática do conflito tem sido debatida sob as mais diversas perspectivas ao longo da história e de como é um fenômeno social que guarda muitos aspectos, comportando as mais distintas abordagens. Nesse sentido, merece destaque a obra de Redorta (2004), que em trabalho monográfico dedicado à análise do conflito apresentou aquilo que chamou de grandes processos básicos do conflito, a partir da sistematização das percepções de importantes autores da modernidade e seu enfoque em específicas dinâmicas conflitivas e os respectivos processos resultantes, consoante é possível observar na tabela abaixo:

ALGUNS DOS GRANDES PROCESSOS BÁSICOS DE CONFLITO PARA REDORTA

| Autor  | Tipo de conflito                                                          | Proceso resultante                                           |
|--------|---------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------|
| Freud  | Conflicto entre el deseo y la prohibición.<br>(Lucha por el deber.)       | Represión.<br>Defensas.                                      |
| Darwin | Conflicto entre el sujeto y el medio.<br>(Lucha por existir.)             | Diferenciación.<br>Adaptación.                               |
| Marx   | Conflicto entre clases sociales.<br>(Lucha por la igualdad.)              | Estratificación social.<br>Jerarquía.<br>Comparación social. |
| Piaget | Conflicto en la toma de decisiones<br>experienciales.<br>(Lucha por ser.) | Resolución de dilemas.<br>Aprendizaje.                       |

Fonte: Redorta (2004).

A sistematização apontada acima por Redorta ilustra como o conflito perpassa diversas dimensões e aspectos da vida, constituindo-se em fenômeno que poderia se estender desde os dilemas intrapsíquicos entre o desejo e proibição em Freud, chegando aos conflitos interpessoais do desenvolvimento cognitivo em Piaget, passando pelos conflitos sociais em Marx, até o que poderia se chamar de um conflito com o meio, como na seleção natural em Darwin.

Assim, resta claro que categorizar um fenômeno de grande amplitude como é o conflito sob uma única definição não é tarefa das mais fáceis. Além do mais, não se deve esquecer que classificações são seleções realizadas a partir de alguns aspectos de dados fenômenos e quase sempre comportam elevado grau de arbitrariedade nos critérios daquilo que é destacado como relevante para a categorização do objeto. As dificuldades apontadas se aplicam ao desafio de desenvolver uma tipologia dos conflitos. Seria possível elaborar uma classificação que levasse em consideração: a dimensão (pequenos, grandes, médios), de acordo com o número de pessoas envolvidas; o objeto ou o conteúdo do conflito (valores, interesses, informações e necessidades); a natureza (verídicos, contingentes, latentes e falsos), dentre diversos outros recortes igualmente possíveis.

Desse modo, longe de enveredar na busca de uma classificação pretensamente científica, o presente texto limita-se apenas a apontar algumas classificações largamente utilizadas na literatura especializada sobre a temática dos conflitos.

Uma das tipologias de conflito mais amplamente utilizada foi desenvolvida por Moore (1998, p. 62) ao classificar os conflitos segundo suas causas: em estruturais, de valor, de relacionamento, quanto aos dados e de interesses. A tabela que segue ilustra a sistematização acima citada:

#### TIPOLOGIA DE CONFLITOS DE MOORE

| Tipos             | Causas                                                                                                                                                                                                                                     |
|-------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Estruturais       | Padrões destrutivos de comportamento ou interação;<br>Controle, posse ou distribuição desigual de recursos;<br>Poder e autoridade desiguais;<br>Fatores geográficos, físicos ou ambientais que impeçam a cooperação;<br>Pressões de tempo. |
| De valor          | Crítérios diferentes para avaliar ideias ou comportamentos;<br>Objetivos exclusivos intrinsecamente valiosos;<br>Modos de vida, ideologia ou religião diferente.                                                                           |
| De relacionamento | Emoções fortes;<br>Percepções equivocadas ou estereótipos;<br>Comunicação inadequada ou deficiente;<br>Comportamento negativo – repetitivo.                                                                                                |
| De interesse      | Competição percebida ou real sobre interesses fundamentais (conteúdo);<br>Interesses quanto a procedimentos;                                                                                                                               |

|                  |                                                                                                                                                                          |
|------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                  | Interesses psicológicos.                                                                                                                                                 |
| Quanto aos dados | Falta de informação; informação errada; pontos de vista diferentes sobre o que é importante; interpretações diferentes dos dados; procedimentos de avaliação diferentes. |

Fonte: Moore (1998, p. 62).

A categorização dos conflitos apresentada por Moore destaca no conflito a sua dimensão interpessoal, sejam as partes sujeitos individuais ou coletivos, ressaltando que o conflito pode ter como objeto elementos materiais (conflitos estruturais) ou imateriais (conflitos de valor, de relacionamento, de interesse e quanto aos dados).

Por sua vez, adotando parâmetro de classificação completamente distinto, Deutsch (1973 apud FALCA, 2015, p. 81) vai organizar os tipos de conflito segundo a sua natureza, dividindo-os em: verídicos (que existem objetivamente), contingentes (que dependem de circunstâncias que mudam rapidamente), descentralizados (que ocorrem fora do conflito central), mal atribuídos (quando se apresentam entre partes que não mantêm contatos entre si), latentes (que não se exteriorizam publicamente) e falsos (que se baseiam em más interpretações).

Uma outra classificação ainda apresentada por Deutsch (1973 apud FALCA, 2015, p. 81) irá dividir os conflitos em construtivos (aqueles que obtêm resultado satisfatório para todas as partes que nele estão envolvidas) ou destrutivos (aqueles nos quais ambas as partes envolvidas perdem).

A primeira classificação apresentada por Deutsch, segundo a natureza do conflito, tem como aspecto central a existência de características constitutivas de cada conflito que poderiam ser observadas objetivamente. No entanto, é possível constatar que algumas das categorias da classificação carregam grande grau de subjetividade, a exemplo dos conflitos falsos, ou de difícil percepção objetiva, como os conflitos latentes. A segunda classificação exposta por Deutsch classifica os conflitos segundo os resultados em construtivos e destrutivos, mas tem a dificuldade de ser bastante valorativa. Quem avaliaria se o resultado do conflito foi construtivo ou destrutivo para as partes envolvidas? Não são raras as oportunidades nas quais uma solução consensual é obtida para um conflito como satisfatória para os envolvidos e parece ser injusta na perspectiva de um terceiro não diretamente envolvido. Classificações

valorativas sempre carregam consigo o risco de uma dose extra de arbitrariedade e de subjetividade.

Continuando o panorama das diversas tipologias existentes, retornamos para uma classificação dos conflitos bastante ampla que é realizada por Redorta (2011) ao discriminar os conflitos segundo a repetição de padrões dominantes presentes nos seus diferentes tipos. Assim, os conflitos são agrupados por analogia segundo o “conflicto prototípico de cada clase”, conforme se observa na tabela organizada a partir da sistematização dos tipos realizada pelo referido autor:

#### TIPOLOGIA DOS CONFLITOS DE REDORTA

| Tipos de conflitos                                 | O que se passa                                                                                                                                        |
|----------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Conflicto de protección de autoestima              | Disputamos porque mi orgullo personal se siente herido.                                                                                               |
| Conflicto de valores                               | Disputamos porque mis valores o creencias fundamentales están en juego.                                                                               |
| Conflicto de identidad                             | Disputamos porque el problema afecta a mi manera íntima de ser lo que soy.                                                                            |
| Conflicto de información                           | Disputamos por algo que se dijo o no se dijo o que se entendió de forma distinta.                                                                     |
| Conflicto de expectativas                          | Disputamos porque no se cumple o se defraudó lo que uno esperaba del otro.                                                                            |
| Conflicto de inadaptación                          | Disputamos porque cambiar cosas nos produce tensión.                                                                                                  |
| Conflicto atributivo                               | Disputamos porque el otro no asume su responsabilidad o culpa en la situación planteada.                                                              |
| Conflicto de inhibición                            | Disputamos porque claramente le corresponde al otro poner la solución.                                                                                |
| Conflicto de poder                                 | Disputamos porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a otro.                                                                   |
| Conflicto normativo                                | Disputamos porque se incumple una norma social o legal.                                                                                               |
| Conflicto de incompatibilidad personal persistente | Disputamos porque habitualmente no nos entendemos como personas.                                                                                      |
| Conflicto de legitimación                          | Disputamos porque el otro no está de alguna manera autorizado a actuar como lo hace, lo ha hecho o pretende hacerlo.                                  |
| Conflicto de recursos escasos                      | Disputamos por algo de lo que no hay suficiente para todos                                                                                            |
| Conflicto estructural                              | Disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, esfuerzo importante de muchos o medios más allá de nuestras posibilidades personales. |
| Conflicto de intereses                             | Disputamos porque mis deseos o intereses son abiertamente contrapuestos a los suyos.                                                                  |
| Conflicto de inequidade                            | Disputamos porque la acción o conducta del otro u otros la sentimos enormemente injusta.                                                              |

Fonte: Redorta (2011, p. 44-56).

Apesar do mérito de sua amplitude, a classificação de Redorta não parece ter um critério único e claro para definição dos “conflitos prototípicos de cada classe”. Em verdade, é preciso ressaltar que a tipologia apresentada por Redorta não busca um critério objetivo de classificação, porém tem por foco muito mais um critério de identificação de padrões para a intervenção apropriada nos conflitos. Desse modo, a sistematização exposta revela um caráter muito mais operativo do que explicativo do fenômeno conflitivo.

Por fim, Vezzulla (1998, p. 21-28) nos traz uma classificação dos conflitos subdividindo-os entre interpessoais e intrapsíquicos e entre reais e falsos. A categoria dos conflitos interpessoais para o referido autor abrange tanto os sujeitos individuais e coletivos e pode ser definida do seguinte modo:

[...] podemos convir que o conflito consiste em querer assumir posições que entram em oposição aos desejos do outro, que envolve uma luta pelo poder e que sua expressão pode ser explícita ou oculta atrás de uma posição ou discurso encobridor (VEZZULLA, 1998, p. 24).

É importante ressaltar que para Vezzulla (1998, p. 24) o conflito está inserido nas relações de forma latente podendo até ser um dos fatores geradores do próprio relacionamento. A modificação no comportamento das pessoas ou de qualquer contexto pode produzir a manifestação do conflito.

Para melhor entender os conflitos interpessoais, Vezzulla promoverá o resgate de estudos psicológicos realizados sobre os conflitos intrapsíquicos, a partir do século XX, que em muito contribuíram para melhor entender os conflitos intersubjetivos. Desse modo, vai afirmar que o ideal de um homem racional, equilibrado e senhor de seus atos e de si próprio encontra-se cada vez mais fragilizado diante da constatação de um psiquismo inconsciente, com desejos e pensamentos que atuam sobre a consciência e influenciam as percepções e os atos. Com efeito, o que se observa é uma forte contradição entre um querer consciente e uma conduta contrária, demonstrando que o ser humano, longe de ser dono de seus atos, está fragmentado e determinado pelo seu inconsciente em suas contradições com seus desejos e pensamentos conscientes. Assim, o conflito intrapsíquico é caracterizado

pela contradição ou não integração entre condutas, pensamentos e desejos (VEZZULLA, 1998, p. 25).

Apesar de Vezzulla realizar a distinção entre conflitos interpessoais e intrapsíquicos, resta claro para o referido autor que os conflitos intrapsíquicos são inerentes ao ser humano e causa de muitos conflitos intersubjetivos. Nesse sentido, entrelaçando ambos os tipos de conflito, vai afirmar o que entende ser o verdadeiro conceito de conflito interpessoal:

Se somarmos essas contradições internas às outras geradas na luta pelo poder, na rivalidade pelos espaços e pela imposição de nossa vontade, termos nos aproximado do verdadeiro conceito de conflito interpessoal, onde duas individualidades, confundidas pelas próprias limitações intrapsíquicas, se enfrentam por posições incompatíveis, determinadas pelo desejo de poder mais que o outro, estruturadas numa posição defensiva, cheia de preconceitos, que confunde mais do que esclarece os próprios interesses (VEZZULLA, 1998, p. 28).

Por último, Vezzulla (1998, p. 28) ainda fará uma distinção entre conflitos reais e falsos. Os primeiros seriam caracterizados pela existência de uma oposição real entre os desejos e direitos das partes. Os últimos seriam os conflitos aparentes, decorrentes apenas de problemas de comunicação, os quais poderiam ser devidamente esclarecidos.

Apesar de ser bastante recorrente na literatura especializada a distinção entre conflitos reais e falsos, é importante destacar que a referida diferenciação tendo como critério a existência de problemas de comunicação parece inócua, pois a maior parte dos conflitos – inclusive aqueles que poderiam ser classificados como reais – têm ruídos de comunicação que no mínimo contribuem para a sua má administração e o seu correspondente agravamento, isso quando não são o próprio fato gerador do conflito.

Na busca de identificar o conflito objeto da mediação, Falca (2015, p. 68-69) aponta para algumas características comuns aos mais diversos tipos de conflitos, as quais podemos apontar de forma resumida: 1) o conflito pressupõe uma relação entre as partes que intervêm nele; 2) é um fenômeno baseado em percepções; 3) é inerente ao ser humano em sua vida de relações, fazendo parte da dinâmica humana e não sendo necessariamente violento; 4) é dinâmico; 5) nem sempre é negativo; 6) é um

fenômeno policêntrico e complexo; e 7) implica, quase sempre, em quebra de comunicação.

Importa ainda esclarecer que a caracterização acima mencionada tem como foco o conflito que é objeto do procedimento de mediação. Para Falca (2015, p. 64/66) a mediação deve intervir sobre os conflitos sociais, sejam eles entre partes individuais ou coletivas, deixando de lado o conflito intrapessoal, o qual deve ser objeto da psicologia, mas não da mediação.

Ademais, Falca (2015, p. 66) apontará que fora a limitação da incidência da mediação apenas sobre os conflitos sociais, tanto interpessoais quanto intergrupais, há ainda alguns elementos que sinalizam para conflitos que melhor podem ser geridos por meio da mediação, a exemplo de conflitos nos quais: as partes têm certo grau de responsabilidade; as partes tiveram relação no passado e tendem a ter no futuro; e ambas as partes desejam voluntariamente chegar a um acordo.

Do quanto até aqui discutido, observa-se que o conflito enquanto fenômeno social guarda tal amplitude que torna muito difícil a missão de encontrar uma única definição que possa abranger suas mais variadas dimensões. No entanto – concordando com a classificação de Vezzulla e as considerações de Falca –, nos parece claro que o objeto da mediação é o conflito social, o conflito interpessoal (individual ou coletivo), deixando de fora o conflito intrapessoal (intrapsíquico), o qual deve ser objeto da psicologia. O referido recorte não desconsidera a importância da compreensão do conflito intrapessoal para os conflitos interpessoais, mas reconhece a limitação da intervenção da mediação nas questões intrapsíquicas, as quais demandam um maior aprofundamento e tratamento especializado.

Nesse sentido, pode-se também conceituar o conflito como o conjunto de condições psicológicas, sociais e culturais que determinam um choque de atitudes e interesses nas relações existentes entre as pessoas (WARAT, 2004c). Nessa trilha, Kelsen (2008, p. 39) também se posiciona ao afirmar que “donde no existen intereses en conflicto no se necesita la Justicia”.

Assim, reconhecida a dificuldade de uma conceituação ampla do conflito, mas devidamente delimitado e caracterizado o conflito objeto da mediação, passaremos agora a analisar os aspectos positivos do conflito e a sua potencialidade construtiva para as relações sociais.

## **2.4 Uma perspectiva positiva sobre o conflito.**

Inicialmente, a fim de avaliar a possibilidade do reconhecimento de uma perspectiva positiva para os conflitos sociais, é importante ressaltar que a referida percepção variará segundo o modo como pode ser identificada a dinâmica da vida em sociedade. O conflito pode ser reconhecido como fenômeno patológico que ameaça a desejada harmonia social, bem como pode ser apontado como manifestação natural do próprio convívio em sociedade.

Nessa perspectiva, Dahrendorf (1982, p. 146 apud SPENGLER, 2010, p. 275-276) vai apontar para a existência de duas (meta)teorias que podem ser encontradas na sociologia contemporânea que percebem a suposta coesão da vida em sociedade de forma bastante diversa. A primeira delas é a teoria da integração da sociedade, segundo a qual a estrutura social é concebida como um sistema integrado, mantido em equilíbrio por determinados processos padronizados e repetitivos. A segunda é a teoria da coerção da sociedade, que vê a estrutura social como uma forma de organização mantida coesa por força da coerção, a qual se estende para além dela própria, produzindo forças dentro de si que a prendem a um processo contínuo de mudanças. Importante ressaltar que o referido autor afirma que as teorias não são mutuamente excludentes, de modo que a aceitação de uma não impõe a rejeição da outra, algo que não se configura como necessário e menos ainda como socialmente desejável.

De fato, apesar de a perpetuação social de determinados conflitos não ser algo que se deseja, deve-se reconhecer que não é possível eliminar todos os conflitos. De outro lado, também não parece crível que a ocorrência de conflitos de um modo geral terá sempre o condão de promover a ruptura do tecido social. Desse modo, o conflito deve ser encarado como decorrente da natural diferença entre os indivíduos que compõem a sociedade e da constante mudança da própria dinâmica das interações sociais.

Em que pese a percepção negativa existente sobre os conflitos, é importante salientar que eles existem porque as pessoas interagem e precisam viver juntas. Os conflitos interpessoais (individuais e coletivos) apenas são possíveis a partir das

relações humanas. Assim, conforme corretamente destaca Spengler (2010, p. 247), “estar em conflito é apenas uma das possíveis formas de interação entre indivíduos, grupos e organizações e coletividades. Uma outra possível forma de interação é a cooperação.”

Nessa perspectiva, o conflito representa uma forma de interação social e não necessariamente causa de desarmonia e distúrbio social. Assim, o conflito pode ser percebido como um ponto de inflexão, de mudança, de ruptura ou de transformação das relações sociais. Em idêntico sentido, Spengler (2010, p. 263) afirma que:

Nestes termos, conflito e desacordo são partes integrantes das relações sociais e não necessariamente sinais de instabilidade e rompimento. Invariavelmente, o conflito traz mudanças, estimulando inovações [...] As situações conflituosas demonstram, desse modo, uma forma de interação intensa, unindo os integrantes do grupo com mais frequência que a ordem social normal, sem traços de conflituosidade.

Nessa mesma senda, analisando a natureza sociológica do conflito, Simmel (1983, p. 122) vai apontar para o conflito a partir de sua perspectiva positiva, enquanto elemento de sociação, conforme é possível observar:

Por outro lado, sob o ponto de vista comum, pode parecer paradoxal se alguém perguntar, desconsiderando qualquer fenômeno que resulte do conflito ou que o acompanhe, se ele, em si mesmo, é uma forma de sociação. À primeira vista essa parece uma questão retórica. Se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito – afinal, uma das mais vívidas interações e que, além disso, não pode ser exercida por um indivíduo apenas – deve ser considerada uma sociação. E de fato, os fatores de dissociação – ódio, inveja, necessidade, desejo – são as causas do conflito; este irrompe devido a essas causas. O conflito está, assim, destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes.

O paradoxo do conflito acima citado por Simmel aponta para o reconhecimento do conflito enquanto uma viva e dinâmica forma de sociação que busca resolver divergências das mais naturais, decorrentes da interação dos indivíduos em sociedade. É nessa perspectiva que o conflito pode ser percebido como uma forma de sociação positiva, pois decorrente das relações da vida em

comunidade.

Desse ponto de vista, abre-se a possibilidade de se perceber o caráter sociologicamente positivo do conflito. A dinâmica do conflito pode ser tanto negativa quanto positiva, a depender da valoração de suas consequências e da legitimidade das causas que busca defender. Com efeito, a sociedade é resultado de interações tanto positivas quanto negativas, sendo ambas inteiramente positivas, na medida em que permitem a mudança e a transformação social (SPENGLER, 2010, p. 263-264).

A mudança das lentes com as quais se olha o conflito permite percebê-lo a partir de outra concepção. As divergências podem ser vistas como oportunidades alquímicas, as energias antagônicas como complementares e o Direito como solidariedade. As antigas lentes que fragmentavam e geravam distanciamento devem ser descartadas (SPENGLER, 2012, p. 99/100).

O fato é que os conflitos decorrem de duas características intrinsecamente humanas – tanto no plano individual, quanto coletivo – a primeira dela é a diferença, a segunda é a mudança. Temos desentendimento porque somos diferentes uns dos outros e estamos em constante processo de mudança. Assim, os conflitos devem ser entendidos como manifestações inerentes ao ser humano e à sociedade de uma maneira geral. Os conflitos decorrem tanto de nossas incongruências internas, quanto de nossas relações com os outros (BEZERRA, 2014, p. 55).

O reconhecimento do conflito, como um elo comunitário entre os conflitantes decorrente do processo de interação da vida em sociedade, aponta para a compreensão de que o resultado do mesmo não poderá ser a resolução, mas a sua assunção, o seu desenvolvimento e tratamento. O resultado do conflito não será a sua eliminação, mas a responsabilização de todos os envolvidos pela condução de sua administração, e não a perspectiva de sua superação (SPENGLER, 2012, p. 114).

No entanto, não se deve adotar uma visão romântica segundo a qual os conflitos são sempre bem-vindos e, conseqüentemente, devem ser estimulados como se deles fosse necessariamente possível extrair resultados positivos para o desenvolvimento da sociedade. Não é bom esquecer que se a mudança tanto pessoal como social é inevitável ao longo do tempo, ela nem sempre trará resultados positivos. A história do século XX é repleta de exemplos<sup>12</sup> que nos lembram como o

---

<sup>12</sup> Talvez o processo de ascensão do nazismo na Alemanha, um país com população culta e

desenvolvimento da humanidade nem sempre poderá ser identificado como um processo evolutivo, como nos fizeram crer as grandes teorias evolucionistas do século XIX<sup>13</sup>. Hoje não resta dúvida de que são plenamente possíveis retrocessos e involuções nas mudanças sociais.

Em verdade, falta ao direito uma teoria do conflito que o apresente como uma oportunidade de produzir com o outro a diferença e que possibilite, conseqüentemente, realizar com o outro o novo (WARAT, 2004c, p. 61). Esta mudança de abordagem faz com que se possa perceber as mais naturais divergências como oportunidades para o amadurecimento das relações humanas (WARAT, 2004c, p. 55).

A mudança da maneira como se encara o conflito faz como que este deixe de ser percebido como algo negativo ou prejudicial e possa ser reconhecido em seu potencial construtivo, “a vida como um dever conflitivo tem que ser vitalmente gerenciado (sic)” (WARAT, 2004c, p. 62). Há que se reconhecer a impossibilidade de relações interpessoais plenamente consensuais (VASCONCELOS, C., 2008, p. 9). Em idêntico sentido são as palavras de Spengler (2012, p. 114), ao afirmar que:

[...] os conflitos não são inteligíveis apenas do ponto de vista de sua resolução; uma vez que se encontram na origem de toda e qualquer ação, a tarefa deve ser sempre aquela de encontrar o fio comunicativo interrompido e religá-lo. Isso acontece porque conflito não pode ser reduzido a um “problema” pendente de “solução” e sim como uma oportunidade de aperfeiçoamento e de crescimento “em comum”.

Feitas essas considerações sobre as possibilidades positivas do conflito enquanto fenômeno decorrente das interações sociais, é importante agora perceber qual a abordagem da mediação sobre o conflito e como é possível a sua intervenção sobre ele.

---

grande berço da filosofia contemporânea, que culminou com a 2ª Guerra Mundial e o holocausto, possa nos lembrar de como nem sempre a humanidade caminha em termos de evolução, sendo plenamente possível movimentos de involução social.

<sup>13</sup> O século XIX é marcado pelo surgimento de diversas teorias que buscavam explicar o desenvolvimento da sociedade como um processo de confronto sempre direcionado à evolução. Dentro das teorias evolucionistas do século XIX, podemos citar o marxismo, o darwinismo e o liberalismo.

## **2.5 A abordagem da mediação sobre o conflito.**

A partir da consideração de que o conflito decorre das naturais interações humanas em sociedade e que não é possível e nem desejável eliminá-lo, surge a questão de como poderia ser bem aproveitado o potencial positivo do conflito acima referido. Para tanto, faremos uso de alguns referenciais teóricos da mediação – com especial destaque para as abordagens transformadoras do conflito – a fim de apontar para as possibilidades construtivas que podem advir dos mais diversos conflitos.

De início, importa destacar que a abordagem da mediação procura dar um novo sentido ao conflito, a partir do reencontro construtivo com o lugar do outro. Nesse sentido, Warat (2004c, p. 69) afirma que “estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro”.

Nessa perspectiva, a mediação é um procedimento que trabalha o conflito na dimensão do passado, do presente, buscando sua ressignificação para o restabelecimento das relações futuras. Desse modo, a mediação é bastante indicada para conflitos que se instalam em situações de convivência continuada e prolongada – uma separação de casal que teve um relacionamento de longos anos com a presença de filhos, desentendimento entre vizinhos, conflitos no ambiente escolar, dentre outros.

A visão da mediação sobre o conflito percebe-o como uma situação-problema comum ao convívio e que deve servir de oportunidade ao amadurecimento das relações. Contrariamente, o poder jurisdicional percebe no conflito a lide judicial, na qual deve ser posto termo, visto que reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social. A abordagem judicial dos conflitos representa sua passagem do domínio privado para o público, ocasionando a perda do controle de seu desfecho por ambos os envolvidos (MOORE, 1998, p. 24). Assim, a decisão autoritária põe fim à lide processual, permanecendo ou até mesmo piorando o conflito, pois na maioria dos casos a determinação judicial trabalha de forma binária com a ótica maniqueísta de vencedores e perdedores, não satisfazendo muitas vezes o resultado a nenhuma das partes. Em muitas oportunidades, a restrição do conflito à sua dimensão judicial acaba por prejudicar os próprios indivíduos sujeitos à sua tutela jurisdicional.

Desse modo, a mediação se apresenta e toma posição como um elemento de fronteira dentro do positivismo jurídico, na medida em que ela permite às partes em desentendimento a possibilidade de produção de uma solução autônoma para o conflito.

Feitas as considerações de ordem mais geral sobre o conflito, compete agora analisar o conflito de modo mais específico, a fim de verificar as possibilidades de intervenção do procedimento de mediação.

## **2.6 Análise do conflito.**

Importante destacar que para uma eficiente análise do conflito, torna-se indispensável promover a correta separação entre as pessoas e o problema<sup>14</sup>. Em verdade, uma abordagem mais completa não pode deixar de lado a análise de três elementos do conflito: as partes, o problema e o processo.

De fato, os conflitos interpessoais decorrem das relações existentes entre as pessoas e têm como foco a divergência de posições ou interesses sobre dado objeto. Com efeito, conforme nos afirma Falca (2015, p. 72):

Todo conflicto tiene dos elementos fundamentales que siempre está presentes, cualquiera sea su naturaleza: una relación y un contenido. Por ser un fenómeno dinámico, tiene, además, un elemento referente a la etapa en la que encuentra, ya que en él influye el factor tiempo.

Desse modo, observa-se que a tríade interação entre as partes, o problema e o processo irá tecer a trama pela qual o conflito se desenvolverá. No entanto, torna-se indispensável analisar cada um desses elementos separadamente, haja vista que nem sempre eles podem ser facilmente identificados ao se ter contato com as partes em conflito. E é por essas últimas que se começará a abordagem.

---

<sup>14</sup> O tema será detidamente abordado mais adiante no tópico referente aos princípios da mediação satisfativa.

### 2.6.1 As partes.

Inicialmente, deixando de lado o conflito intrapsíquico que cada ser humano carrega consigo próprio, os conflitos interpessoais têm pelo menos duas ou mais partes contrapostas – ou aparentemente percebidas como contrapostas – que podem ser pessoas físicas, pessoas jurídicas ou sujeitos coletivos.

Analisando o caso concreto, é importante esclarecer que nem sempre as partes que originalmente se apresentam ou buscam a mediação são, de fato, as únicas a integrar a relação conflituosa. Deve-se verificar quais pessoas estão envolvidas no conflito, quais têm interesses diretos e se existem pessoas que podem ajudar na sua composição ou detêm poder de decisão. Compete destacar que nem sempre as características de interessado no conflito e detentor do poder de solução encontram-se presentes na mesma pessoa. É possível observar em alguns casos a existência de terceiros envolvidos no conflito cuja participação na mediação se torna essencial para equacionar o problema exatamente por deterem o poder de decisão sobre o conflito, inclusive contando para tanto com o reconhecimento de sua legitimidade pelas pessoas que são mais afetadas diretamente pelo problema<sup>15</sup>.

Deve-se ainda ressaltar quanto ao ponto, que sempre que se trate uma das partes de coletividade, esta deverá se fazer representar na mediação por meio de representantes. Nesse caso, é importante atentar para a legitimidade da representação de modo a que possa comprometer toda a coletividade ali representada na busca da solução do conflito. Ademais, é digno de nota que no procedimento de mediação a participação de muitas pessoas nas sessões não se coloca como produtiva, sendo indispensável que uma parte coletiva atue por meio de representantes que tenham legitimidade para tanto.

Por fim, é recomendável que o mediador esteja atento quanto a eventuais dessimetrias de poder entre as partes, no intuito de resguardar o princípio da

---

<sup>15</sup> Um exemplo claro foi observado em uma mediação realizada pelo Juspopuli na qual uma mãe buscava ter acesso a sua filha, frente à resistência paterna. Nesse caso, foi impressionante observar como o desfecho foi todo dependente de uma tia – irmã do pai – que cuidava da criança e sobre ela exercia de fato todo o poder familiar, mesmo sem ter qualquer tipo de guarda formal, sendo tal autoridade reconhecida como legítima tanto pelo pai quanto pela mãe da criança. Neste contexto, a mediação não poderia ter obtido êxito sem a presença desta terceira pessoa.

igualdade na mediação. Apesar de sabermos que as partes – assim como os seres humanos de modo geral – nunca serem iguais, a mediação será melhor desenvolvida quanto mais as participantes tiverem equivalência de poder. Ademais, eventual grande assimetria de poder entre as partes pode, inclusive, inviabilizar o próprio procedimento de mediação.

#### 2.6.2 O problema.

O problema pode aqui ser entendido como objeto do conflito entre as partes. No que toca ao ponto, a ideia principal é esclarecer qual o real motivo do conflito e o que de fato querem as partes. É muito comum a apresentação de visões muito particulares e reduzidas por cada um dos envolvidos. Apenas após se ouvir todos as pessoas será possível a obtenção de uma visão mais aproximada da dimensão do conflito.

É importante destacar que quase sempre nos conflitos apresentados é expressa apenas a posição das partes (o conflito aparente), aquilo que se declara querer, que muitas vezes acaba por camuflar os interesses (o conflito real), aquilo que de fato se quer, bem como as motivações desses desejos.

Assim, ao se analisar o conflito, é de suma importância para o bom desenvolvimento da mediação a delimitação precisa do problema, a partir da identificação dos seguintes elementos: a questão, as posições, os interesses e os sentimentos.

A questão é sempre um dado objetivo e se refere à controvérsia que será objeto da mediação. É importante ressaltar que nem sempre a questão inicialmente apresentada por uma das partes reflete a totalidade de pontos controvertidos que merecem ser enfrentados para dar solução ao conflito. É comum em conflitos familiares, que têm como objeto inicial o pedido de alimentos pela mãe, haver a ampliação do conflito por meio da apresentação de demanda pelo pai para estabelecer ou ampliar o regime de visitas. Desse modo, o conflito que tem como única questão inicial o pagamento de pensão passa a ter o regime de visitas como outra questão a ser solucionada. No entanto, deve-se fazer a ressalva de que na mediação serão as partes as responsáveis por delimitar em último caso que aspectos

do conflito serão resolvidos ou não por meio do procedimento de mediação.

As posições das partes podem ser identificadas como aquilo que elas declaram querer como solução para o conflito. É importante perceber que as posições das partes quase sempre são completamente antagônicas entre si, excluindo-se reciprocamente como solução mutuamente satisfatória para o conflito. Continuando com o exemplo anterior da discussão sobre a pensão alimentícia, uma parte quer que a pensão seja paga ou tenha seu valor majorado, enquanto que a outra não quer pagar a pensão ou deseja manter ou reduzir o seu valor. A posição das partes muitas vezes encobre os verdadeiros interesses das pessoas envolvidas, podendo dificultar a compreensão inicial do problema. No entanto, apesar de as partes apresentarem posições antagônicas apontando para a impossibilidade de uma solução consensual, deve-se ressaltar que os conflitos ocorrem com pessoas que muitas vezes convivem juntas e têm interesses em comum. É a identificação dos interesses que possibilitará a busca do entendimento.

Os interesses estão em outro patamar de profundidade e se relacionam diretamente como o que as partes realmente procuram no conflito, os benefícios que querem obter por meio dele e os desejos que estão por trás da dimensão aparente do conflito (FALCA, 2015, p. 76). Os interesses seriam o que de fato querem as partes que integram a relação conflituosa.

Por sua vez, as emoções são uma constante nos conflitos. As emoções estimulam o corpo, chegam à consciência, são sentidas e depois expressam os sentimentos (NUNES, 2016, p.157). A motivação dos indivíduos na busca de determinados interesses é fortemente influenciada por meio dos sentimentos envolvidos no conflito. Desse modo, é sempre importante identificar, reconhecer e validar os sentimentos manifestados pelas partes. Validar o sentimento não é mesma coisa que concordar com a expressão da subjetividade singular de um indivíduo, a qual pode ser muitas vezes extremamente particular. Validar os sentimentos dos envolvidos é demonstrar preocupação e dar importância às emoções alheias, sem a necessidade de qualquer julgamento valorativo. Os seres humanos são dotados de razão e sensibilidade de maneira indissociável, sendo que a forma como cada pessoa sente o conflito contribuirá sobremaneira para elucidar o comportamento das partes e apontar para as suas verdadeiras motivações. Em muitas situações, a identificação

dos sentimentos possibilita esclarecer os interesses, o que contribui para a superação do impasse representado pelas posições antagônicas frente ao conflito.

É um exemplo típico da diferenciação entre posições, interesses e sentimentos um caso observado em que a mãe queria que o pai ficasse responsável pela filha aos finais de semana, afirmando que ela já cuidava da menina durante os dias úteis da semana. Ao atender o convite para participar da mediação, o pai alegou que já trabalhava a semana toda e que tinha o direito de descansar no fim de semana, então não poderia ficar com a criança. Durante o processo de mediação o pai questionou o motivo da mãe não poder ficar com a criança quando esta respondeu que tinha o direito de sair no fim de semana, sendo, de pronto, retrucada por ele que afirmou que ela deveria estar preocupada em tomar de conta de sua filha e não em sair. No presente caso, ficou claro que a negativa de ficar com a filha era a posição do pai, quando seu interesse era que a mãe não saísse de casa, motivado por ciúmes da ex-companheira, pois ainda nutria por ela sentimentos amorosos e gostaria de reatar a relação.

Apenas com o desenrolar do procedimento de mediação é que se torna possível perceber os reais interesses e motivações por trás das posições inicialmente manifestadas.

Uma outra questão ainda pertinente quanto ao ponto é identificar se a questão apresentada pelas partes pode ser solucionada por meio da mediação. Apesar de a fronteira da mediação se encontrar atualmente em um processo de franca expansão, ainda há alguns limites objetivos para a realização da mediação. Assim, podem ser objeto de mediação os direitos disponíveis, ou seja, aqueles direitos que são passíveis de cessão ou alienação pelas partes. Direitos indisponíveis transacionáveis também podem ser objeto de mediação, mas nesse caso terão a necessidade de homologação em juízo, ouvido o Ministério Público. Um exemplo típico em mediação de direitos indisponíveis, mas passíveis de transação, são os alimentos dos filhos menores.

Compete ainda destacar a existência de expressa vedação normativa para a mediação em algumas matérias. Uma delas é a mediação dos conflitos individuais de trabalho, a qual restou expressamente excluída da Resolução 125/2010 do CNJ e da Lei de Mediação, entendimento que restou confirmado na Instrução Normativa nº 39/2015 do Tribunal Superior do Trabalho, declarando a inaplicabilidade das

disposições referentes à sessão de mediação ou conciliação obrigatória, nos termos do CPC/2015. Por seu turno, a referida matéria acabou por ser disciplinada pela Resolução nº174/2016 do CSJT.

Uma outra questão polêmica é a possibilidade da mediação para conflitos na órbita penal. Importa destacar que apesar da resistência, o ponto já foi pacificamente superado, nos termos da Emenda nº 1/2013 da Res. 125/2010 do CNJ, que autorizou de forma expressa a mediação no âmbito penal, bem como outras práticas restaurativas. Em que pese a previsão da mediação penal ter sido retirada da Resolução nº 125/2010, após a alteração realizada pela Emenda nº 2/2016, o tema acabou por receber significativo revelo e ser disciplinado por uma normatização específica, no caso Resolução nº 225/2016 do CNJ.

Por fim, interessa destacar que a mediação pode também ter como objeto todas as questões conflitivas da relação mantida pelas partes, bem como pode se ater a apenas parte do conflito, podendo os pontos sem solução serem resolvidos pelo emprego de outros métodos alternativos ou em processo judicial.

### 2.6.3 O processo

Quanto ao processo, vislumbra-se perceber em que fase se encontra o conflito, como se comunicam as partes e como se manifestam as relações de poder existentes. Não se deve aqui esquecer que uma das finalidades da mediação é (r)estabelecer o diálogo entre as pessoas a partir de uma plataforma de isonomia que apenas pode ser obtida por meio do nivelamento das relações de poder entre os envolvidos.

Nesse sentido, a palavra deve sempre ser oportunizada de maneira respeitosa e equitativa para ambos os mediandos, de modo que possam, da forma mais clara possível, manifestar suas vontades e desejos quanto ao fato que lhes traz transtorno.

Para a consecução do referido diagnóstico, deve o mediador promover uma escuta ativa, buscar sentir aquilo que se ouve e o que não é falado. A escuta busca compreender com empatia – sem o peso do julgamento – o drama pessoal muitas vezes apresentado. Em verdade, escutar é diferente de ouvir. A ação de ouvir como

exercício do sentido da audição pode ser efetuada de maneira completamente desrespeitosa, sem a menor preocupação com o sujeito emissor da mensagem que se recebe e se ouve. A escuta, ao contrário, busca dar dignidade a uma experiência humana (VELOSO, 2009, p. 65). Ao escutar empaticamente não se está a concordar com a fala exposta, mas se deve demonstrar que há a preocupação com o drama humano que é ali apresentado.

A intervenção do mediador deve focar a busca do real significado do conflito, identificando as posições publicamente manifestadas, bem como os interesses desejados implicitamente e as necessidades que devem ser atendidas. As melhores soluções são aquelas que atendem ao interesse dos envolvidos por meio da satisfação de suas necessidades.

Elementos que quase sempre estão presentes ou na origem ou na escalada do conflito são os problemas decorrentes de uma comunicação ruidosa. Desse modo, é importante sempre identificar as dificuldades ocasionadas pela comunicação pouco eficiente, quando não até mesmo violenta ou inexistente entre as pessoas envolvidas na situação-problema.

Assim, compete destacar que um dos principais objetivos da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes. Apenas por meio da comunicação será possível uma solução consensual satisfatória para os envolvidos no conflito. Com efeito, não é estranho perceber que apesar da maior ou menor inclinação das diversas escolas de mediação na busca pelo acordo ou pela resignificação ou transformação do conflito, o instrumento utilizado para alcançar os referidos objetivos será a comunicação. Em muitas oportunidades, é possível perceber que o maior motivo do desentendimento entre as partes, quanto às mais diversas questões do conflito, decorre em grande medida da ausência de uma comunicação satisfatória. As partes procuram o auxílio de um terceiro porque sozinhas elas não conseguem dialogar. É nessa perspectiva que um dos principais papéis do mediador ao conduzir o processo de mediação é garantir um ambiente controlado no qual as partes possam ser escutadas, falar abertamente e comunicar-se de maneira respeitosa. Nesse sentido, Spengler (2012, p. 165) vai afirmar que o principal desafio que a mediação comunitária enfrenta – o qual pode ser estendido para os demais tipos de mediação sem maiores dificuldades – é encontrar mecanismos que possibilitem uma

convivência comunicativamente pacífica<sup>16</sup>.

O procedimento da mediação deve propiciar às partes a transformação de suas percepções negativas, buscando fazê-las se reconhecer no lugar do outro. Neste processo deve o mediador fazer uso de perguntas abertas e circulares. Não se pode perder de vista que a mediação tem como escopo “recuperar vínculos, empoderar pessoas, tentar (re)pensar e (re)construir uma nova mentalidade sobre conflitos e relações entre humanos” (VELOSO, 2009, p. 99).

Ainda no que se refere ao processo, é importante que se possa perceber em que etapa o conflito se encontra, a fim de que o mediador possa melhor intervir na situação-problema. O conflito é um processo dinâmico que passa por distintos estágios ao se desenvolver, abarcando no mínimo dois momentos: o nascimento e a desarticulação. No entanto, conflitos mais complexos abrangem diversos outros graus de desenvolvimento.

Falca (2015, p. 77-79) apresentará diversas etapas de desenvolvimento do conflito, sobre as quais iremos tecer algumas considerações. A primeira delas, a etapa do conflito latente, seria aquela na qual o conflito já existente é sentido por uma ou por ambas as partes, mas ainda não se encontra explícito. É uma etapa eventual dos conflitos, pois alguns já eclodirão de forma claramente manifesta.

A etapa do desequilíbrio ou acomodação ocorre quando o conflito agora já manifesto publicamente é seguido pela atuação das partes na busca de ferramentas para resolvê-lo, seja por meio do acúmulo de forças e recursos para o enfrentamento ou de uma solução consensual.

A etapa da escalada caracteriza a eventual ocorrência de intensificação do conflito, o que implica no agravamento da situação-problema. Nessa etapa, as partes

---

<sup>16</sup> Um exemplo de como a questão da comunicação pode ser o ponto central de resolução do conflito, foi percebida em uma mediação realizada pelo Juspopuli no qual as partes já separadas discutiam sobre a fixação do valor de pensão alimentícia para um filho menor. Após a primeira sessão de mediação sem a ocorrência de um acordo foi marcada uma segunda sessão de mediação, na qual apenas aparece a Senhora demandante dos alimentos informando que eles não iriam mais precisar da mediação, pois o problema já havia sido resolvido. Curiosa, a mediadora presente perguntou se eles haviam chegado a um entendimento sobre o valor da pensão a ser paga, quando para a surpresa dos presentes a Senhora respondeu que “[...] a mediação não seria necessária porque agora nós voltamos a nos falar bem”. O referido relato demonstra o quanto uma comunicação eficiente e respeitosa pode tanto contribuir como até mesmo ser a solução do problema.

tendem a querer impor suas posições sobre o outro, promovendo um maior acirramento. É a escalada do conflito que contribui para a manifestação da violência como forma de resolução.

A etapa do estancamento é o período eventual, mais ou menos largo, no qual o conflito permanece, mas as partes não se encontram numa postura ativa de enfrentamento, muitas vezes pela ocorrência de algum impasse o qual nenhuma delas tem poder suficiente para superar.

A etapa da desescalada ou desarticulação é o momento no qual as partes consideram uma mudança de posição tendente a vislumbrar caminhos para busca do entendimento. É nessa fase que há a procura de meios para se resolver de forma consensual o conflito.

Falca (2015, p. 79) aponta ainda para a ocorrência de outras situações de possível evolução dos conflitos, a saber a proliferação, a polarização e o contágio. A proliferação do conflito se caracteriza pelo aumento de amplitude de uma questão particular para tópicos mais gerais. A exemplo de um conflito individual que ganha uma feição coletiva. A polarização seria por sua vez uma fase na qual o conflito é levado ao extremo, com as partes isoladas e defendendo fortemente as suas respectivas posições. Por fim, o contágio seria a reprodução em similares termos de um conflito individual para outras pessoas ou grupos de pessoas não originalmente abrangidos pela situação conflituosa.

Ainda no que se refere à interação das partes em uma situação de conflito, é possível identificar a ocorrência de alguns tipos de atitudes pessoais frente ao mesmo, as quais podem ser diferentes, segundo a influência de duas variáveis: quanto lhe interessam os objetivos que persegue e quanto lhe interessa a relação com a parte ou as partes contrapostas (FALCA, 2015, p. 70-71). Desse modo, pode-se classificar as condutas pessoais frente ao conflito em quatro tipos: competição, evasão, cooperação e submissão.

A competição ocorre na lógica de que uma parte ganha e a outra perde. Nesse caso, a parte está completamente concentrada em fazer valer os seus objetivos, desconsiderando os objetivos da outra parte. A relação com o outro é pouco importante e há a tendência do uso da força e de condutas hostis que podem no extremo culminar com a violência.

Na evasão a relação com a contraparte é irrelevante ou pouco importante, bem como os objetivos que estão em jogo, os quais podem até ser perdidos. A evasão quase sempre se caracteriza por uma lógica em que ambas as partes perdem e se traduz por condutas pouco ativas.

Por sua vez, a cooperação se caracteriza pela lógica do ganha-ganha, no qual a parte se interessa pelos objetivos que estão em jogo, mas também se importa com a relação com a sua contraparte. Essa situação se traduz em condutas de intercâmbio, recíprocas concessões e negociações.

Ao final, a submissão é caracterizada pela grande importância que uma parte dá à relação com sua contraparte de modo que lhe interessa muito mais conservar a relação existente do que conseguir os objetivos que tem em jogo. Essa postura se manifesta em conduta de acomodação, preferindo sacrificar os interesses próprios a confrontar a outra parte.

Do quanto exposto, pode-se verificar o quão complexa e importante é a análise do conflito para que seja possível o entendimento da situação e possa ser realizada uma correta intervenção sobre a situação conflituosa. No entanto, até aqui estamos tratando dos conflitos de forma predominantemente interpessoal imersos em uma sociedade cada vez mais complexa. Dada a grande multiplicidade de conflitos sociais, não parece nada racional limitar a regulação dos conflitos apenas ao processo judicial. Por outro lado, também não parece que a mediação seria método de tratamento mais efetivo para todos os tipos de conflitos. Desse modo, resta importante verificar quais tipos de conflitos poderiam melhor ser solucionados por meio da mediação, o que se passa agora a discutir.

## **2.7 A adequada entre a medição e o conflito.**

No Brasil – como em muitos outros países –, o recurso aos métodos alternativos de resolução de conflitos tem crescido, especialmente como resposta à crise que se instalou no poder judiciário, a partir do último quartel do século passado. No entanto, a mediação se constitui como uma maneira diferenciada de tratar os conflitos sociais e não simplesmente uma forma de pôr fim aos processos judiciais por meio da insistente busca de acordos que muitas vezes não correspondem aos anseios

das partes envolvidas.

Dito isso, cumpre investigar quais os tipos de conflitos que a mediação poderia ter como objeto, em vista da possibilidade de maximizar sua efetividade, enquanto método que busca uma solução consensual para os conflitos sociais.

Primeiramente, em que pese a defesa da mediação e de sua efetividade para atingir o consenso em diversas situações conflituosas, há que se ressaltar que a mediação não serve para resolver todos os tipos de conflito e muitas vezes não será o instrumento mais adequado. A escolha do método mais indicado de resolução de conflitos deve partir da análise do próprio conflito para então se avaliar, dentro do leque de possibilidades, qual o melhor método para gerenciar o conflito.

Não é por acaso que a terminologia antes largamente empregada de “métodos alternativos de resolução de conflitos” tem sido substituída pela utilização de “métodos adequados de resolução de conflitos”. No entanto, as referidas expressões não são sinônimas e devem ser utilizadas dentro de contextos próprios. Ao se falar de “métodos alternativos de resolução de conflitos” está a se fazer referência aos métodos que funcionam como alternativa ao método tido como principal, ou seja, o recurso ao processo judicial dentro do Poder Judiciário. Assim, a referida categoria que abrange a mediação, a conciliação, a negociação e arbitragem tem como característica principal exatamente o fato de os referidos métodos se constituírem enquanto alternativa à jurisdição estatal. De modo diverso, ao se utilizar a expressão “métodos adequados de resolução de conflitos”, está se fazendo referência a uma categoria que, além de abranger os referidos métodos alternativos – mediação, conciliação e negociação e arbitragem –, também inclui o próprio processo judicial. O fato ocorre em decorrência de a expressão métodos adequados de resolução de conflitos agrupar os métodos não segundo sua integração à jurisdição estatal, mas de acordo com a sua maior aptidão para resolver os conflitos da forma mais satisfatória para as partes envolvidas, levando-se em consideração a natureza do conflito.

Ademais, no Brasil a expressão métodos alternativos de resolução de conflitos configura-se cada vez com menos força explicativa, pois o próprio Poder Judiciário trouxe para dentro de si a mediação e a conciliação, métodos que lhe seriam alternativos. Assim, hoje a mediação e a conciliação são métodos tanto judiciais

quanto extrajudiciais de resolução de conflitos, dada a sua internalização no sistema judicial.

Por outro lado, a expressão métodos adequados de resolução de conflitos ganha força, pois parte do reconhecimento de que não existe uma hierarquia entre os métodos e de que estes podem ser mais ou menos adequados não em termos absolutos, mas de modo relativo, segundo o tipo de conflito que se busca administrar e as partes envolvidas.

Desse modo, podemos afirmar que um dos métodos alternativos, dada a sua maior adequação, pode ser o método principal – preferencial em termos dos resultados que podem ser alcançados – para a solução de um conflito em específico. Interessante os apontamentos de Silva (2012, p. 11) quanto à confusão conceitual entre o que seria o método alternativo, apropriado ou principal na resolução de conflitos:

Esta constatação nos permite indagar o que significa, ao certo, o conceito de “alternative” da sigla da ADR. Do ponto de vista de adequação do método ao conflito, em alguns casos, o ADR não é o alternativo, mas o principal – no sentido de “o mais adequado”. E a jurisdição, sendo menos adequada ao conflito, se tornaria a alternativa – no sentido de ser menos adequada e, assim, o meio “subsidiário”.

A título de ilustrar o debate, poderíamos dizer que pela natureza do conflito e as partes envolvidas é possível apontar qual seria o método preferencial para cada caso. Assim, uma questão referente ao reconhecimento da paternidade de um filho menor teria como método mais adequado o processo judicial. No caso citado, estamos falando de direitos indisponíveis que não admitem transação e têm como sujeito uma criança ou adolescente.

Por sua vez, um desentendimento contratual entre grandes empresas, decorrente de uma questão técnica, referente à execução de contrato com objeto complexo, poderia ser melhor gerido por meio de uma arbitragem. O procedimento arbitral é recomendado para conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis e questões que demandam conhecimentos técnicos especializados.

Já o caso de um acidente de trânsito entre pessoas desconhecidas poderia muito bem ser solucionado por meio da conciliação. Nessa hipótese, as partes não

têm convivência anterior e muito provavelmente não pretendem após o acidente tê-la no futuro, de modo que o foco da controvérsia é bastante objetivo.

Por fim, a separação de um casal que conviveu por longos anos e tem filhos menores de idade seria melhor administrada por um procedimento de mediação. No caso, o conflito envolve relações continuadas e as partes têm grande convivência no passado e ainda a terão no futuro, em decorrência dos filhos. Ademais, o conflito familiar carrega consigo alta carga emocional que não é adequadamente traduzida e/ou reconhecida em um processo judicial, consistindo muitas vezes na principal questão do conflito<sup>17</sup>.

Da detida análise das situações acima ilustradas, é possível perceber que em alguns casos – ainda que um dado método possa figurar como o mais adequado – nada impede que possam ser utilizados outros meios, a exemplo do acidente de trânsito que poderia ser objeto de mediação ou do desentendimento contratual entre as empresas que poderia adentrar no processo judicial. O fato é que em muitos casos os métodos poderiam ser utilizados de forma escalonada, o que permitiria ampliar as formas de solução adequadas para alguns conflitos, sem que todas as mágoas sempre desafogassem no Poder Judiciário. Assim, conforme nos afirma Silva (2012, p. 11), a discussão sobre a suposta subalternidade que caracterizaria os ADR perde espaço:

O caráter de acessoriedade e a suplência que caracterizavam os ADR em sua concepção original cedem posto ao caráter de “mais adequado” e, portanto, ordinário e principal. Por conta disso, não é difícil encontrar quem defenda que locução “alternativa” da sigla ADR seja suplantada pelo “appropriated”, que melhor exprime o caráter da adequação para determinados conflitos. Nestes casos, a lógica não nos permite escapar, o método “alternative” seria o processo judicial estatal.

Não se deve perder de vista a importância de se afastar a tão conhecida cultura da litigância para reconhecer a importância de estimular uma postura voltada para a pacificação social dentro da cultura jurídica brasileira, o que passa

---

<sup>17</sup> Importa destacar o acerto do CPC/2015 ao dispor em seu art. 694 e parágrafo-único para a necessidade do empreendimento de esforços nas ações de família para a busca de solução consensual da controvérsia por meio da conciliação e da mediação.

necessariamente por uma mudança na formação dos juristas de modo a superar uma mentalidade estritamente adversarial e litigante no tratamento dos conflitos. Nesse norte, Brandão (2014, p. 216) alerta sobre a importância de se afastar a perspectiva de que o âmbito judicial é o primeiro passo na defesa dos interesses das partes em conflito, bem como o uso da capacidade postulatória dos advogados como regra na proteção dos direitos dos jurisdicionados. Em verdade, “[...] o advogado deveria ser o avaliador privado do juízo de adequação do método de resolução de conflitos” (MUÑOZ, 2017, p. 42), assessorando o seu cliente na escolha pela opção que pudesse lhe trazer resultados mais satisfatórios.

Importante destacar que quando uma pessoa procura um advogado, a fim de ingressar com uma demanda judicial, não o faz porque acredita que o processo judicial seja o melhor método para resolver o seu conflito, mas por entender que o recurso à jurisdição estatal é o único caminho possível. As pessoas têm um problema e buscam uma solução, e não necessariamente uma decisão judicial. Desse modo, compete ao advogado – o especialista na gestão dos conflitos – esclarecê-la sobre os diferentes caminhos para a resolução do conflito, apresentado as vantagens e desvantagens de cada um dos métodos.

Feitas as referidas considerações sobre a melhor adequação de cada um dos métodos de resolução de conflitos segundo a natureza do conflito e as partes envolvidas, devemos delimitar a questão anteriormente levantada sobre qual seria o conflito objeto da mediação. Já apontamos mais acima que a mediação tem por foco os conflitos interpessoais, sejam eles individuais ou coletivos, deixando de fora o conflito interno ou intrapsíquico, o qual deve ser tratado por outras áreas do conhecimento, a exemplo da psicologia e da psicanálise. Agora podemos avançar ainda mais afirmando que a mediação se apresenta como o método mais adequado para os conflitos nos quais as partes envolvidas tenham relação continuada no passado e no presente, podendo estender-se ao futuro, não possuam grande assimetria de poder, e cuja questão controvertida seja complexa e com significativo envolvimento emocional.

É importante deixar claro que uma sociedade democrática é naturalmente propensa à existência de conflitos, dada a diversidade de grupos e de interesses contrapostos. Nessa perspectiva, nada mais natural que haja disponível uma plêiade

de mecanismos para a sua solução. Uma sociedade sem conflitos é necessariamente uma sociedade autoritária.

Assim, dado o interesse da presente pesquisa em investigar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na democracia contemporânea, faz-se necessário investigar como o conflito se apresenta no seio do processo democrático e como a mediação se alicerça contemporaneamente na democracia e pode contribuir para a administração mais eficiente dos conflitos que lhe são inerentes. Nessa feita, passaremos a analisar os elementos que constituem a democracia contemporânea e qual a sua relação com a mediação de conflitos.

### **3 DEMOCRACIA E CONFLITO.**

Ao se discutir sobre o desenvolvimento da mediação de conflitos na atualidade, torna-se indispensável analisar o sistema de organização social no qual ocorreu o seu processo de retomada. Assim, parece indispensável descrever os elementos caracterizados da democracia contemporânea. No presente capítulo, será realizado um diálogo entre as ideias de Schumpeter e Kelsen sobre a democracia contemporânea, para ao final contextualizar o processo de retomada da mediação de conflitos na contemporaneidade.

#### **3.1 A origem moderna da democracia.**

Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, na presente subseção não se pretende realizar uma digressão histórica a fim de encontrar os precedentes da democracia contemporânea na antiguidade – até porque a missão não se revela possível.

O que se espera demonstrar é justamente como a ideia de democracia ao longo do tempo guarda diferenças conceituais, e também contextuais, tão significativas que experiências históricas da antiguidade clássica têm como semelhança da democracia contemporânea – a qual é o objeto desta pesquisa – um vínculo de quase ancestralidade, ou seria melhor dizer, um suposto elo perdido.

Desse modo, serão apresentados de forma sucinta apenas alguns dos precedentes históricos que deram origem à ideia de democracia. Todavia, consoante advertido anteriormente, sem a preocupação de demonstrar qualquer fio de continuidade com a democracia na atualidade, mas tão somente para melhor posterior caracterização da singularidade do fenômeno na contemporaneidade.

Feitas as devidas ressalvas, é possível afirmar, na esteira das afirmações de Dahl (2001, p. 12-13), que a democracia é discutida há 2.500 anos e é justamente essa antiga história de ideias, práticas, estabelecimentos e rupturas que faz com que o conceito de democracia seja ainda hoje tão fluido, no que torna possível afirmar que a democracia possui significados diferenciados, para povos distintos em diferentes tempos e diversos lugares.

Nesse sentido, merece destaque o fato de que a história de descontinuidade da democracia e o lapso existe entre as experiências da antiguidade clássica – mais especificamente a democracia ateniense e a república romana – e o fenômeno da democracia norte-americana, após a guerra de independência, fez com que ao longo de boa parte da história do Ocidente a democracia pudesse apenas ser percebida mais como uma ideia inserida no debate político e filosófico do que como um sistema de organização social (DAHL, 2001, p. 13).

Dito isso, uma questão importante que surge é saber quais os elementos que podem apontar uma resposta para o desenvolvimento e expansão descontínuos da democracia no espaço e no tempo. Ao enfrentar a referida questão, Dahl (2001, p. 19-20) vai apontar duas prováveis hipóteses. A primeira é que parte da expansão da democracia pode ser creditada à difusão de ideais e práticas democráticas, mas que isso não explicaria tudo. A segunda é que a democracia poderia ser inventada e reinventada de maneira autônoma desde que existam as condições adequadas para tanto. Com efeito, conclui o referido autor que o impulso para a participação democrática se desenvolve a partir do que se poderia chamar de lógica da igualdade.

Realizadas as devidas considerações, faz-se importante discorrer brevemente sobre os precedentes históricos da democracia. Assim, de início compete afirmar que apesar de a origem dos sistemas de governo que permitiram a participação de número significativo de cidadãos terem surgido por volta do século VI a.C. tanto na Grécia quanto em Roma, não resta dúvida que o exemplo embrionário mais famoso é o ateniense. Inclusive, é digno de nota o fato de que provavelmente foram os atenienses os primeiros a utilizar o termo *demokratia* – junção de *demos*, o povo, e *kratos*, governar. Merece ainda destaque saber que em Atenas, embora a expressão *demos* designasse em geral todo o povo ateniense, às vezes também poderia significar apenas as pessoas comuns ou as mais pobres. Assim, deve-se ressaltar que é possível identificar a menção ao conceito de democracia nos mais diversos contextos históricos, com sentidos significativamente distintos, e que remontam à antiguidade clássica grega. Nesse sentido, é importante esclarecer que a definição atual de democracia na contemporaneidade corresponderia na antiguidade, mais especificamente na obra de Aristóteles, ao que se chamava de governo constitucional, ou politeia, que restaria caracterizado “[...] quando a maioria

governa a cidade com vistas ao bem comum” (ARISTÓTELES, 1985, p. 91).

De qualquer modo, sabe-se que o governo popular em Atenas teve apenas uma curta duração, aproximadamente dois séculos, quando por volta de 321 a.C. a cidade-Estado foi dominada pela Macedônia, sendo posteriormente dominada por Roma (DAHL, 2001, p. 20-21).

Importante destacar, sem a preocupação de descrever a democracia ateniense em sua complexidade, bem como suas alterações ao longo do tempo, a existência de uma assembleia, da qual todos os cidadãos eram autorizados a participar e que era responsável por eleger funcionários especiais. Todavia, muito comum também era a escolha de cidadãos para ocupar cargos chave por meio da realização de sorteio entre os elegíveis (DAHL, 2001, p. 21).

Isso posto, não resta difícil perceber a inexistência de qualquer fio de continuidade entre a experiência ateniense e os posteriores desdobramentos que levaram ao desenvolvimento da democracia contemporânea. Essa é a compreensão compartilhada por Dahl (2001, p. 22-23) ao afirmar que as instituições políticas da Grécia, por mais inovadoras que tenham sido em sua época, foram ignoradas ou mesmo claramente rejeitadas durante o desenvolvimento da moderna democracia representativa.

Ademais, não se deve esquecer que a democracia ateniense, apesar de possibilitar a participação política de significativa parcela da população, estava alicerçada no trabalho de escravos, os quais estavam alijados de qualquer participação política, como também as mulheres e os estrangeiros.

Em período histórico similar ao grego, também houve a emergência de um governo popular em Roma, sob a denominação de república, cuja expressão deriva de *res*, que em latim poderia significar coisa ou negócios, e *publicus* – podendo ser interpretada como a coisa pública ou negócios públicos (DAHL, 2001, p. 23).

Partindo para uma panorâmica discussão sobre a experiência da democracia em Roma, é possível afirmar que o direito de participar dos negócios públicos, inicialmente restrito à aristocracia – os patrícios –, foi se estendendo ao povo (plebe), em decorrência de muitas lutas. A participação popular restrita aos cidadãos em Roma foi cada vez mais ampliada pela anexação de outras regiões da península italiana e posterior concessão da cidadania aos povos conquistados. No entanto, em que pese

a existência de muitos cidadãos, o centro do poder político continuou restrito aos espaços deliberativos situados no Fórum na cidade de Roma, o que inviabilizava a efetiva participação da maioria dos que detinham cidadania. O fato é que Roma nunca promoveu qualquer adaptação para garantir a efetivação da participação política por todos os cidadãos. Por sua vez, a expansão de Roma, aliada à militarização e às inquietações civis, acabaram por contribuir para um processo de declínio da democracia entre 130 a.C. e 44 a.C., processo que culminou com a ascensão de Júlio César, e que terminou por transformar a república, antes comandada por cidadãos, em um império chefiado por imperadores (DAHL, 2001, p. 23).

Após a experiência da república romana, e o grande ocaso da democracia na Idade Média, o governo popular reaparece em algumas cidades italianas por volta do século XII d.C., acompanhando o processo de ressurgimento das cidades. Assim, consoante assinala Dahl (2001, p. 25), mais uma vez os governos populares se desenvolvem em cidades-estado, relativamente pequenas, a partir do processo de ampliação da participação política, antes restrita à aristocracia e aos grandes proprietários, para as chamadas classes médias – novos ricos, pequenos mercadores, banqueiros, pequenos artesãos e soldados de infantaria.

No entanto, os governos populares que se desenvolveram no período – a exemplo da República de Florença e de Veneza – acabaram por serem eclipsados pelo surgimento de uma entidade mais ampla e de maior poder: o Estado-nação (DAHL, 2001, p. 26). Assim, a democracia antes experimentada diretamente em pequenos agrupamentos políticos passaria na modernidade a ter outra dimensão e um formato diverso.

Do quanto até aqui exposto, é possível observar que todos os exemplos citados das chamadas democracias ou repúblicas – as cidades-estado gregas, a Roma republicana e as cidades italianas do Renascimento – carecem de elementos decisivos que caracterizam o moderno governo representativo. Segundo alerta Dahl (2001, p. 27), nos referidos sistemas de governo, em comparação com o panorama atual, restavam ausentes instituições políticas básicas: um parlamento nacional composto de representantes eleitos e governos locais eleitos pelo povo. Assim, até o presente momento, ainda não havia um sistema que combinasse a democracia em níveis locais com um parlamento eleito em âmbito nacional. As primeiras experiências

históricas de combinação das referidas instituições originaram-se na Inglaterra, na Escandinávia, nos Países Baixos e na Suíça.

Deve-se registrar que, apesar da realização de referências conceituais à democracia na Antiguidade Clássica, para muitos autores – dentre os quais se pode citar Ross (1989, p. 22-23) – as ideias democráticas modernas têm sua origem na Idade Média, mais especificamente a partir da democracia direta germânica e da noção de soberania popular.

De todo modo, em que pese a existência de padrões diversos, pode-se afirmar que o desenvolvimento de instituições democráticas do plano local para entidades mais abrangentes teve, consoante afirma Dahl (2001, p. 28), uma trajetória comum, segundo a qual, em diferentes localidades, homens livres e nobres começaram a participar diretamente de assembleias locais, as quais passaram a ser acrescidas de assembleias regionais e nacionais, a partir de representantes eleitos.

A partir do século XVIII, favorecida por condições e oportunidades locais em diversas áreas da Europa – especialmente na Inglaterra, na Escandinávia, na Suíça e nos Países Baixos – a lógica da igualdade acabou por estimular a criação de assembleias locais, nas quais homens livres podiam, até certo ponto, participar do governo. É a disseminação da ideia de que os governos precisam do consenso dos governados. Antes restrita ao aumento de impostos, aos poucos se torna uma reivindicação sobre as leis de modo geral. A ampliação dessa lógica para uma área geográfica maior que uma cidade demandou a criação de órgãos de representação para a formação do consenso. No entanto, diferentemente do precedente ateniense, a escolha de representantes era realizada por eleição. Assim, para garantir o consenso dos cidadãos livres de um país ou nação, tornou-se necessária a criação de corpos legislativos ou parlamentos representativos em diferentes níveis, do local ao nacional (DAHL, 2001, p. 32).

Todavia, a análise histórica demonstra que o citado processo de criação de corpos representativos não evoluiu de forma progressiva e contínua. Observa-se que diversas condições necessárias à democracia ainda não estavam consolidadas no momento. No referido período, seria possível citar diversos entraves ao desenvolvimento da democracia, os quais podem ser assim apresentados em apertada síntese: 1) a enorme desigualdade dos cidadãos, no que se refere à riqueza

e ao status jurídico; 2) a baixa representatividade dos parlamentos, visto que em geral dele participavam as elites e deixavam de fora importantes grupos sociais, como as mulheres; 3) baixa autonomia dos parlamentos frente ao monarca; e 4) por fim, a baixa disseminação de ideias e concepções democráticas na sociedade (DAHL, 2001, p. 33-34).

O panorama até agora traçado sobre o percurso histórico da democracia apenas serve para demonstrar a sua larga trajetória de descontinuidade temporal e espacial, afastando qualquer falsa crença quanto à existência de progressivo fio de continuidade. Reforçando as afirmações de Dahl quanto à necessidade de determinadas condições para o florescimento e desenvolvimento da democracia, passa-se agora para a última experiência histórica, agora longe da Europa, do outro lado do Atlântico Norte.

A democracia norte-americana é considerada por muitos a primeira democracia de fato existente na modernidade<sup>18</sup>, bem como o referencial para o desenvolvimento deste sistema social tal como é conhecido na atualidade no Ocidente.

Um dado importante sobre a democracia americana no século XVIII é que mesmo antes de seu reconhecimento formal – o que apenas se consolidou após a guerra de independência, com a correspondente Declaração de Independência de 1776 –, já se encontravam presentes em solo americano diversas condições objetivas para que fosse possível identificar a existência de uma organização social democrática. Vale recordar que o processo de colonização da América do Norte foi realizado principalmente por ingleses que emigraram para estabelecer no novo continente colônias de povoamento. Nesse processo, não se deve esquecer que tradicionais hierarquias de origem aristocrática ainda presentes na coroa inglesa não foram reproduzidas do outro lado do Atlântico. Assim, a relação existente entre os colonos era de um estatuto de igualdade formal e ausência de marcantes desigualdades materiais. Ao lado da relativa igualdade existente, se sobressai uma outra importante condição encontrada em solo norte-americano, a grande autonomia conferida pela coroa britânica às colônias. Nessa perspectiva, mais uma vez tendo por alicerce a lógica da igualdade e a significativa autonomia, os colonos formaram

---

<sup>18</sup> É possível citar como representante dessa posição Ross (1989, p. 36).

órgãos de deliberação, com significativa participação popular, para discutir questões ligadas à comunidade.

Dito isso, é possível constatar que desde as primeiras ocupações foram instituídas comunidades formadas por pessoas iguais que podiam decidir de forma autônoma questões referentes ao interesse comum. O referido processo de estabelecimento de instâncias de deliberação em nível local foi ampliado ao longo do tempo para abranger o Estado e, posteriormente, a própria Federação, sendo apenas eclipsado pela subsequente imposição de taxações pela coroa britânica, no que se constituiu como o estopim da guerra de independência.

Talvez, no caso norte-americano, seja possível encontrar um fio condutor do processo de desenvolvimento de um sistema de organização social democrático na modernidade que se estenderá para o Ocidente – naquilo que Tocqueville (2014) iria apontar como uma marcha irresistível da democracia. A lógica da igualdade que aportou ao novo continente, aliada à significativa autonomia das colônias frente à coroa, tornou possível a criação de assembleias locais que se desenvolveram progressivamente para instâncias de deliberação mais amplas, as quais passaram a ser formadas por representantes eleitos. A esse respeito, merecem destaque as observações de Tocqueville sobre a importância da participação direta e indireta na elaboração das leis da democracia norte-americana:

Nem sempre se pode chamar o povo inteiro, seja direta, seja indiretamente, a elaborar a lei; mas não se pode negar que, quando isso é praticável, a lei adquire maior autoridade. Essa origem popular, que muitas vezes prejudica a qualidade e a sabedoria da legislação, contribui singularmente para o seu vigor. (TOCQUEVILLE, 2014, p. 280).

Feitos esses rápidos apontamentos sobre algumas das experiências mais significativas da democracia ao longo da história, passa-se agora a discutir o modelo específico que será objeto deste trabalho, a democracia contemporânea, a partir das percepções de Schumpeter.

### 3.2 A democracia contemporânea.

Na presente subseção será apresentada a concepção de Schumpeter sobre o que seria a democracia na contemporaneidade. Para tanto, o referido autor busca definir a democracia a partir de uma tentativa de diferenciar o que seria o ideal democrático em contraposição às experiências práticas. Nesse sentido, percorrendo o mesmo percurso argumentativo do autor, faz-se necessário primeiramente entender a que corresponde a ideia de democracia na chamada doutrina clássica no século XVIII, para em seguida alcançarmos a conceituação por ele proposta para o método democrático.

Ao iniciar o seu esforço em conceituar o que seria a democracia, Schumpeter (1961, p. 291-292) faz um alerta quanto à necessária contextualização do método democrático. Nesse sentido, aponta que as afirmações sobre o funcionamento da democracia não têm sentido sem a necessária correlação a determinados períodos, lugares e situações, o mesmo ocorrendo com os argumentos antidemocráticos. Dito isso, vai indicar como ponto de partida para a definição inicial de democracia a seguinte proposição:

A democracia é um método político, isto é, um certo tipo de arranjo institucional para chegar a uma decisão política (legislativa ou administrativa) e, por isso mesmo, incapaz de ser um fim em si mesmo, sem relação com as decisões que produzirá em determinadas condições históricas. E justamente este deve ser o ponto de partida para qualquer tentativa de definição. (SCHUMPETER, 1961, p. 291).

O reconhecimento da democracia como um método de tomada de decisões e que resta caracterizada pela participação popular, tanto por sua etimologia quanto pela ideia que avoca, tornaria possível identificá-la como um governo do povo. Nesse ponto, Schumpeter (1961, p. 293) vai questionar em que medida tal definição estaria correta ou seria efetivamente viável. A resposta apresentada para a questão aponta diversas restrições à viabilidade técnica de um governo efetivamente popular, a qual estaria limitada a comunidades pequenas e primitivas, dotadas de estrutura social simples, sem significativas divergências entre seus membros, contexto que tornaria possível que todos os indivíduos que compõem o povo, definido na respectiva

constituição, possam efetivamente participar dos deveres da legislação e da administração (SCHUMPETER, 1961, p. 295).

Assim, observa-se que viabilizar a participação popular direta em dimensões maiores do que uma pequena comunidade, talvez no máximo uma cidade – a exemplo da *pólis* grega – trazem consigo diversas dificuldades de ordem operacional, especialmente se levarmos em conta um governo de caráter nacional. Nessa perspectiva, Schumpeter (1961, p. 295-296) avança como alternativa ao problema a possibilidade de substituição do governo do povo por um governo aprovado pelo povo. Uma vez que resta evidente, ressalvados os casos de democracia direta, que o povo, como povo, não pode governar ou dirigir realmente, pareceria sensato reconhecer como democráticos governos que contam com a lealdade da grande maioria do povo ou cujos negócios públicos sejam dirigidos segundo a vontade popular. À primeira vista, a ideia de um governo aprovado pelo povo parece, inclusive, estar na própria essência da democracia.

No entanto, há que se deixar claro que o apoio popular não caracteriza necessariamente a democracia, pois pode ser obtido também em um governo do tipo autocrático. A história é repleta de situações nas quais governos não democráticos – a exemplo de monarquias, ditaduras, aristocracia e oligarquias – contaram com o indiscutível apoio popular que muitos acreditam estar na essência exclusiva do método democrático. Ademais, a influência popular em um governo pode ocorrer de diversas maneiras, nas quais a democracia seria apenas um método ao lado de tantas outras formas de participação popular (SCHUMPETER, 1961, p. 296). Não se deve olvidar que qualquer governo dificilmente se sustenta isoladamente, sendo necessário em maior ou menor grau o reconhecimento e a legitimidade de diversos setores sociais.

Feitas essas considerações quanto à debilidade do apoio popular como elemento a singularizar o método democrático, Schumpeter (1961, p. 300) irá apresentar aquilo que denominou como a doutrina clássica da democracia, consoante a filosofia dominante no século XVIII, afirmando que “[...] o método democrático é o arranjo institucional para se chegar a certas decisões políticas que realizam o bem comum, cabendo ao próprio povo decidir, através da eleição de indivíduos que se reúnem para cumprir-lhe a vontade.”

Ao analisar o referido conceito, Schumpeter vai apontar para diversos problemas, dentre os quais serão citados apenas alguns. Um dos mais importantes é o fato de que não é possível identificar de forma objetiva uma definição do que seria o bem comum inequivocamente determinado pelo povo, ou que tal empreitada possa ser conseguida por meio de argumentação estritamente racional. Tal circunstância não se deve primariamente ao fato de que as pessoas podem desejar coisas diversas do bem comum – o que claramente pode acontecer –, mas que para diferentes grupos e indivíduos, o bem comum pode significar coisas completamente distintas (SCHUMPETER, 1961, p. 301).

O que se observa é que a concepção utilitarista<sup>19</sup> da democracia que constitui a doutrina clássica busca identificar uma suposta vontade geral por meio da unificação das vontades individuais, as quais seriam fundidas pela discussão racional. Assim, o raciocínio utilitarista pleiteia dotar a vontade geral como genuína manifestação do processo democrático (SCHUMPETER, 1961, p. 303).

No entanto, consoante adverte Schumpeter (1961, p. 301-303), o somatório das vontades individuais não pode constituir uma vontade geral. Primeiro que, embora possa surgir desse processo algum tipo de vontade comum ou opinião pública do emaranhado infinitamente complexo de situações, vontades, influências, ações e reações individuais e coletivas do processo democrático, os resultados não apenas carecem de unidade, mas também de sanção racional.

Em segundo lugar, mesmo que as opiniões e os desejos do cidadão isolado pudessem ser utilizados no processo democrático, e se todos agissem baseados com racionalidade, não se seguiria necessariamente que as decisões políticas produzidas por esse processo, baseado na matéria-prima dessas vontades individuais, poderiam representar alguma coisa que pudesse ser chamada de vontade do povo. Pensar de modo diverso acarretaria na obrigatoriedade, por necessidade prática, de atribuir à vontade do indivíduo uma independência e racionalidade que são, no mínimo, irrealistas (SCHUMPETER, 1961, p. 304-305).

Ademais, é bastante provável que em muitas situações o vetor resultante das vontades individuais acabe por se afastar do que se poderia corresponder, inclusive,

---

<sup>19</sup> O princípio utilitário pode ser definido, segundo Ross (1989, p. 59), pela concepção segundo a qual a melhor ação é aquela que produz a maior felicidade do maior número.

enquanto manifestação majoritária da vontade. Nesse sentido, Schumpeter (1961, p. 305) reconhece que, nos casos nos quais as vontades individuais estejam muito divididas, seja possível que as decisões produzidas não correspondam ao que o povo deseja, aproximando-se muito mais a um razoável meio-termo. Consequentemente, conclui o referido autor apontando para uma importante contradição existente na doutrina clássica, segundo a qual:

[...] se os resultados satisfatórios para o povo em geral, a longo prazo, são considerados o teste do governo para o povo, então o governo do povo, da maneira entendida pela doutrina clássica da democracia, dificilmente a eles corresponderia (SCHUMPETER, 1961, p. 306).

Um dos problemas identificados por Schumpeter na doutrina clássica da democracia é justamente o fato de desconsiderar a existência de diversos elementos não estritamente racionais na manifestação da vontade individual, bem como na correspondente tomada de posições, os quais são desconsiderados pela filosofia utilitarista.

Por fim, uma crítica bastante consistente realizada por Schumpeter (1961, p. 311-313) à vontade geral se relaciona ao fato de que as vontades individuais, longe de serem autênticas e independentes, podem ser fabricadas. No mínimo, não se deve desconsiderar a influência da propaganda, do ambiente sócio-cultural e das próprias forças políticas em disputa. Quanto ao ponto, o referido autor faz uma severa crítica ao comportamento do cidadão típico, ao reconhecer que no campo político não há um correspondente psíquico da ação responsável e intencional, a qual se poderia identificar como uma vontade eficaz, mas tão somente pensamentos de caráter puramente associativo e afetivo, os quais acarretariam duas consequências de sombria significação:

Em primeiro lugar, mesmo que não houvesse grupos políticos tentando influenciá-lo, o cidadão típico tenderia na esfera política a ceder a preconceitos ou impulsos irracionais ou extraracionais. A fraqueza do processo racional que ele aplica à política e a ausência real de controle lógico sobre os resultados seriam bastantes para explicar esse fato. [...] Em segundo, contudo, quanto mais débil o elemento lógico nos processos da mentalidade coletiva e mais completa a ausência de crítica racional e de influência racionalizadora da experiência e responsabilidade pessoal, maiores serão as

oportunidades de um grupo que queira explorá-las. (SCHUMPETER, 1961, p. 314).

Do quanto exposto, é possível extrair que para Schumpeter (1961, p. 314), no interior da doutrina clássica da democracia, haveria grande margem para modelar, dentro de largos limites, ou até mesmo criar a vontade do povo. Dito de outro modo, o processo político tenderia a não identificar uma vontade coletiva genuína, mas tão somente uma vontade que teria sido manufaturada artificialmente. Assim, a vontade do povo seria o resultado e não a causa do processo político dentro do método democrático.

Feitas as referidas críticas, a reflexão de Schumpeter se volta a analisar quais seriam as razões a justificar a sobrevivência da doutrina clássica. As conclusões a que se chega sobre a questão apontam para o fato de que a doutrina clássica apresenta uma concepção de democracia que é largamente aceita como ideal, apesar de sua fragilidade e/ou limitação empírica – não se deve esquecer que o autor reconhece que em circunstâncias muito específicas a doutrina clássica pode se ajustar aos fatos com bastante aproximação, chegando a citar o exemplo da Suíça (SCHUMPETER, 1961, p. 315-318).

Nesse sentido, importa destacar que Schumpeter irá desenvolver uma definição de democracia que, ao contrário da doutrina clássica, buscará explicar empiricamente o fenômeno do método democrático tal como se desenvolve na realidade. Para tanto, Schumpeter (1961, p. 321) vai realizar uma crítica à teoria clássica, a qual para ele é especialmente centrada na crença de que o povo tem uma opinião definida e racional a respeito de todas as questões e que manifesta essa opinião por meio da escolha de representantes. Nesse ponto, o referido autor apresentará a constatação de que a seleção dos representantes é elemento secundário ao principal objetivo do método democrático que consistiria em atribuir ao eleitorado o poder de decidir sobre os assuntos públicos.

Dito isso, a proposta de Schumpeter consiste na inversão da precedência dos dois elementos citados. A questão da decisão das questões pelo eleitorado torna-se secundária frente à eleição de representantes que serão os responsáveis pelas decisões. Assim, Schumpeter (1961, P. 321) apresentará a sua definição de democracia contemporânea, a qual denominará de doutrina da liderança competitiva,

nos seguintes termos:

Nossa definição passa então a ter o seguinte fraseado: o método democrático é um sistema institucional, para a tomada de decisões políticas, no qual o indivíduo adquire o poder de decidir mediante uma luta competitiva pelos votos do eleitor.

Há que se atentar – consoante alerta Oliveira (2016, p. 44) – que o conceito de democracia acima apontado por Schumpeter advoga por uma definição procedural mínima de democracia, restrita ao seu aspecto eleitoral. Portanto, desconsiderando, inclusive, aspectos próprios da chamada democracia liberal, a exemplo das liberdades civis. Todavia, a concepção minimalista schumpeteriana possui importantes adeptos, dentre os quais é possível citar Przeworski, que defende a referida teoria a partir de dois argumentos. O primeiro é de que a democracia possibilita a mudança de governo sem o recurso à violência. O segundo é que a capacidade de fazer isso por meio do voto tem consequências próprias (PRZEWORSKI, 2013, p. 12-13).

Em verdade, a definição da doutrina da liderança competitiva guarda duas vantagens sobre a doutrina clássica. A primeira consiste no fato de que apresenta uma distinção clara para a democracia, permitindo a sua singularização, a partir do método adotado, de outras formas de organização política que poderiam satisfazer a vontade popular, inclusive antidemocraticamente. A segunda se refere à percepção de que a teoria ora proposta reconhece o papel vital da liderança no processo democrático, o qual não é percebido na doutrina clássica, a qual atribui ao eleitorado um grau de iniciativa irrealista, ignorando a importante atuação da liderança (SCHUMPETER, 1961, p. 322). Nesse sentido, é possível constatar na doutrina da liderança competitiva um destacado papel da liderança na concreção do método democrático frente à ficção da vontade geral na doutrina clássica.

A partir da busca de elementos empíricos que possam embasar o funcionamento prático da democracia, Schumpeter (323-326) irá afirmar que a função primária do eleitorado é eleger o governo e que esse deverá ser liderado por aqueles que contam com o maior apoio de indivíduos. Nesse sentido, a democracia estaria caracterizada na luta da liderança pela concorrência dos votos, tendo como motor o embate político pela conquista e preservação do poder.

Com efeito, o papel do povo na democracia não consistirá em exercer o

governo diretamente, mas tão somente na oportunidade de aceitar ou recusar aqueles que governarão, a partir de um processo que garanta a livre concorrência dos possíveis líderes pelo voto do eleitorado. Tal afirmativa se reflete na máxima segundo a qual a democracia seria “o governo dos políticos” (SCHUMPETER, 1961, p. 339).

No entanto, para além de buscar definir o que caracterizaria o método democrático na contemporaneidade, Schumpeter irá também apresentar quais seriam as condições necessárias para o êxito da democracia, o qual compreende como sendo a seguinte situação:

Por êxito não entendemos outra coisa senão o caso em que o processo democrático se reproduz constantemente, sem criar situações que obriguem à invocação de métodos não-democráticos, e que pode enfrentar os problemas correntes de uma maneira na qual todos os interesses que contam politicamente são julgados aceitáveis a longo prazo. Não insinuamos que o observador, do seu ponto-de-vista individual, precisa aprovar os resultados. (SCHUMPETER, 1961, p. 345).

Da noção de êxito da democracia acima apontada, é possível identificar que ao lado de uma preocupação procedimental, diretamente relacionada à manutenção de um método de tomada de decisões que guarde relativa estabilidade, pode-se encontrar também uma atenção ligada ao conteúdo, especialmente quanto à legitimidade das questões enfrentadas e das soluções encontradas.

Feitas as devidas considerações, o autor apresenta quatro condições necessárias ao êxito da democracia. A primeira seria a qualidade do material humano da política (agentes do poder político), a qual deve ser de qualidade suficientemente alta. A segunda seria a necessária limitação do campo de tomada de decisões políticas, tanto no que se refere ao conteúdo quanto à forma, visto que, em muitos casos, questões de ordem técnica demandarão análise mais especializada. A terceira seria a existência de uma bem treinada burocracia estatal, dotada de forte sentimento de dever que possa, a partir de princípios próprios, contribuir para o desenvolvimento eficiente da máquina administrativa. A quarta e última condição, e talvez a mais importante, é o autocontrole democrático, o qual consistiria no reconhecimento, por parte de todos os grupos importantes, das medidas legislativas, das ordens emitidas por autoridades competentes. A última condição caracterizaria uma resistência à

tentativa de perturbar ou embaraçar o governo por parte da oposição, a qual deve atuar respeitando as regras do próprio jogo democrático (SCHUMPETER, 1961, p. 346-350).

Consequentemente, não se revela surpreendente a constatação de Schumpeter (1961, p. 352), segundo a qual sempre que os princípios estruturantes da sociedade forem desafiados ou que surgirem casos que possam dividir a nação em dois grupos hostis, a democracia funciona de forma deficiente, podendo deixar de atuar por completo no caso de o povo se negar a entrar em acordo quanto aos interesses e ideais em conflito. Assim, alerta o autor que para o bom funcionamento da democracia é indispensável que a vasta maioria do povo, em todas as classes, esteja disposta a observar as regras do jogo democrático e que isso implique na concordância básica sobre os princípios que fundamentam a sociedade (SCHUMPETER, 1961, p. 358).

À guisa de últimas considerações sobre as preocupações de Schumpeter, compete destacar que suas reflexões têm como referência o nível mais amplo da democracia, o qual lida com conflitos complexos e dimensão abrangente. O referido autor dirige sua atenção para os arranjos institucionais que moldam na prática o funcionamento da democracia, especialmente no que se refere à pragmática luta pelo poder político. No entanto, de modo diverso, o objeto deste trabalho tem como foco a mediação de conflitos, a qual se refere no recorte aqui proposto a administrar conflitos interpessoais, que versam sobre questões de menor amplitude.

Dito isso, será em sequência apresentada a Teoria da Democracia de Hans Kelsen, a qual – apesar de semelhanças com a doutrina da liderança competitiva de Schumpeter – parece, à primeira vista, possibilitar uma maior transposição do método democrático dirigido aos macroconflitos da política para os microconflitos objeto da mediação.

### **3.3 A Teoria da Democracia de Hans Kelsen.**

Antes de dar início ao debate em torno da Teoria da Democracia de Kelsen, há uma situação no mínimo curiosa. Em que pese o referido autor poder ser identificado como o mais importante filósofo do direito do século passado e de suas

obras sobre a teoria do direito serem de conhecimento da imensa maioria dos juristas do presente, compete ressaltar que os seus textos de filosofia política e a respeito da democracia são ainda muito pouco conhecidos – especialmente em território brasileiro. Nesse sentido, pode causar surpresa para alguns que importantes juristas da atualidade, a exemplo de Ferrajoli (2016,) possam apontar Kelsen como o máximo teórico da democracia representativa.

Dito isso, deve-se destacar que há uma crítica à obra de Kelsen, já há muito conhecida, que imputa ao autor ter instituído um sistema teórico para o direito que seria capaz de legitimar como jurídica a atuação concreta de qualquer espécie de Estado. Assim, dotada uma entidade específica da capacidade de garantir a manutenção da ordem em determinado território, sem significativa resistência interna, estaria caracterizada existência de fato de um Estado, apto a ter o seu poder revestido de caráter jurídico. A suposta defesa de Kelsen quanto à legitimidade de um Estado de tal natureza pareceria intolerável – caso verdadeira fosse –, ainda mais em decorrência da importância que o debate em torno dos direitos humanos ganhou na contemporaneidade.

Feita essa observação, compete esclarecer que a referida crítica carece de procedência, pois comete o equívoco de considerar a parcela mais conhecida da obra kelseniana, os livros referentes à teoria do direito – a exemplo da Teoria Pura do Direito e da Teoria Geral do Direito e do Estado –, como se textos de filosofia política fossem. O citado ataque ignora boa parte do Kelsen teórico da democracia, cuja leitura complementa a abordagem da teoria do direito. Em idêntico norte são as considerações de Ferrajoli (2016), ao identificar nas concepções de Kelsen sobre a democracia a existência de um estreito nexo entre a sua filosofia política e a sua teoria jurídica.

E é exatamente nesse sentido que na presente parte do texto será feito um resgate ainda incomum da discussão de Kelsen sobre a filosofia política, na qual o positivismo jurídico encontra fundamento maior de legitimidade no processo democrático.

O debate em torno da assim denominada Teoria da Democracia pode ser encontrado de forma principal na obra de Kelsen em três textos – o Problema do Parlamentarismo (1924), Essência e Valor da Democracia (1929) e Fundamentos da

Democracia (1955) –, nos quais é possível identificar uma forte consistência na discussão em torno da democracia, inclusive com grande linha de continuidade teórica – apesar do significativo distanciamento temporal entre as produções –, o que denota a permanência das ideias ao longo do tempo.

Assim, dando início ao resgate do referido debate, Kelsen (1993, p. 35) vai afirmar que a democracia no plano ideal é uma forma de Estado ou de sociedade na qual a vontade geral, ou a ordem social, é realizada por aqueles que estão submetidos a esta ordem, ou seja, o povo. Observa-se aqui uma grande semelhança entre a concepção ideal de democracia kelseniana e a doutrina clássica conforme anteriormente apresentada por Schumpeter.

Quanto ao conceito de povo, importa esclarecer que – diferentemente de autores como Muller (2013) que tentam investigar o sentido normativo de povo – Kelsen (1993, p. 36/37) parte do pressuposto de que o povo guarda unidade tão somente em seu sentido normativo, sendo resultante de um dado jurídico: o povo como elemento do Estado. Nesse sentido, haveria o povo objeto do Estado, unidade submetida à ordem jurídica, e o povo sujeito, participante da criação da ordem normativa.

Assim, para Kelsen (1993, p. 27), a ideia de democracia encontra lastro em dois postulados da razão prática. O primeiro seria a resistência à heteronomia que consistiria na reação contra a coerção resultante do estado de sociedade. O segundo partiria do ideal de igualdade, por meio do qual ninguém deve mandar em ninguém. Embora Kelsen (1993, p. 99) reconheça a democracia como síntese da liberdade e da igualdade, resta clara a precedência da primeira sobre a segunda, na medida em que a igualdade participa da ideologia da democracia de modo substancialmente formal. Desse modo, é clara em Kelsen a ideia de que apenas a democracia pode garantir a liberdade, enquanto que a igualdade pode ser até melhor efetivada por sistemas de organização social não democráticos, a exemplo de uma ditadura. Nessa perspectiva, fica patente a consideração kelseniana de que a democracia representa um método de criação da ordem social, no qual os sujeitos à ordem criam a própria ordem.

Interessante observar que Kelsen vai adotar a primazia do valor liberdade como pressuposto fundamental da democracia, corroborando a percepção aristotélica da ideia de liberdade como concepção indissociável da democracia, chegando o

estagiara a afirmar que “ela [a liberdade] é o objetivo de toda a democracia” (ARISTÓTELES, 1985, p. 204).

No entanto, importa ressaltar na presente discussão que a prevalência da liberdade sobre a igualdade, enquanto fundamento da democracia, está longe de ser unanimidade, ainda mais em autores clássicos. Apenas a título de exemplo, de forma contrária a Kelsen, Tocqueville (2014, p. 11) irá apontar a primazia de valor da igualdade sobre a liberdade, ao analisar o desenvolvimento da democracia nos Estados Unidos da América no século XIX, conforme segue:

Não é que os povos cujo estado social é democrático desprezem naturalmente a liberdade; ao contrário, eles têm um gosto instintivo por ela. Mas a liberdade não é o objeto principal e contínuo de seu desejo: o que eles amam com um amor eterno é a igualdade; eles se projetam para a liberdade por um impulso rápido e por esforços súbitos e, se fracassam, resignam-se; mas nada saberia satisfazê-los sem a igualdade, e eles prefeririam perecer a perdê-la.” (TOCQUEVILLE, 2014, p. 11).

Todavia, deve-se ressaltar que a análise realizada por Tocqueville sobre o desenvolvimento da democracia nos Estados Unidos da América remonta a elementos do precedente empiricamente mais próximo daquilo que se pode entender como democracia na modernidade, enquanto que a análise de Kelsen está predominantemente concentrada na democracia que passa a ser desenvolvida na contemporaneidade, mais especificamente como um produto do século XX. No entanto, as divergências quanto ao debate não se resolvem pela simples contextualização, seja tanto temporal quanto espacial. Nesse sentido, também analisando a democracia contemporânea – e criticamente as concepções de Kelsen sobre a representação democrática –, Ferrajoli (2016) afirma que o fundamento da representação na democracia é o princípio da igualdade, pois, por meio das eleições, todos podem participar de forma igualitária na seleção daqueles que serão responsáveis pelo governo e que produzirão normas aplicáveis também igualmente à totalidade dos cidadãos.

De todo modo, seguindo trilha distinta, Kelsen (1993, p. 29) vai adotar uma ideia largamente aceita na filosofia política moderna que afirma que o processo de transformação do estado de natureza ao estado social conduz de maneira inevitável

à transformação da liberdade natural em liberdade política. Assim, “é politicamente livre aquele que submetido, sim, mas à vontade própria e não alheia” (KELSEN, 1993, p. 30).

Retomando o debate da modernidade, e do quanto até aqui afirmado, é interessante destacar que a Teoria da Democracia de Kelsen é construída sobre uma tensão entre liberdade e legalidade, pois apesar de as pessoas serem livres para criar de forma autônoma a ordem normativa, após criada a ordem, aquelas devem a essa se sujeitar. Nesse ponto, são esclarecedoras as palavras do autor ao desnudar a tensão entre a liberdade individual e a ordem social:

Neste ponto aparece com clareza o conflito insolúvel, que opõe a ideia de liberdade individual à ideia de ordem social; esta, em sua essência mais profunda, deve valer objetivamente, ou seja, em última análise deve independe da vontade daqueles que se lhe submetem. [...] O fato de se continuar falando de autonomia e considerando cada um como submisso à sua própria vontade, enquanto o que vale é a lei da maioria, é um novo progresso da metamorfose da ideia de liberdade. (KELSEN, 1993, p. 30).

Desse modo, a lógica da democracia não é a busca da unanimidade na formação da vontade do Estado, mas que as decisões sejam tomadas com o máximo de liberdade possível, de modo que apenas uma minoria esteja submetida à ordem contra a sua vontade.

No entanto, há uma característica da democracia no Estado moderno que limita a participação popular na formação da vontade geral. Kelsen (1993, p. 43) irá destacar que a democracia na contemporaneidade é indireta e que a vontade diretiva do Estado é formada por uma maioria de eleitos pela maioria dos detentores de direitos políticos. Inclusive, Kelsen radicaliza o referido argumento ao afirmar que o parlamentarismo é a única forma de expressão da vontade geral, consoante a afirmação de que:

[...] uma vez que para o Estado moderno a aplicação de uma democracia direta é praticamente impossível, não se pode duvidar seriamente de que o parlamentarismo seja a única forma real possível da ideia de democracia. Por isso, o destino do parlamentarismo decidirá também o destino da democracia (KELSEN, 1993, p. 46).

Nessa perspectiva, para Kelsen (1993, p. 47-51) o parlamento – ou o desenvolvimento de um órgão colegial equivalente – é uma necessidade indispensável da evolução social e do processo de diferenciação e distribuição técnica do trabalho. É desse modo que Kelsen realizará a clivagem dos seus tipos ideal e real de democracia. O tipo ideal seria o processo pelo qual o povo participa da formação da vontade do Estado, participando da criação normativa à qual se submeterá livremente como exercício de sua própria liberdade. Por sua vez, o tipo real seria a formação da vontade do Estado indiretamente pelo povo, por meio de representantes eleitos.

Desse modo, no parlamentarismo a ideia de liberdade é limitada pela sua combinação com o princípio majoritário e formação indireta da vontade do Estado. Importa ressaltar que aqui Kelsen vai corroborar o conceito minimalista de democracia de Schumpeter (1961), segundo o qual a democracia seria caracterizada pelo processo periódico de eleição de representantes que indiretamente formarão a vontade do Estado. Nesse sentido também vão as considerações de Ferrajoli (2017, p. 42), ao apontar que os dois autores possuem um conceito de democracia fundado em uma base simplesmente formal ou procedural.

Assim, o princípio majoritário ou da maioria assegura que a vontade da coletividade esteja em consonância com a maior parte das vontades individuais, garantindo, portanto, a liberdade política da comunidade. Nesse sentido, Kelsen (1993, p. 128) afirma que “[...] o princípio da maioria tende, pois, a lograr que sejam livres, se não todos os indivíduos, pelo menos o maior número possível deles”. Dessa afirmação, observa-se que Kelsen reconhece em sua teoria democrática a existência de uma tensão entre a ordem social e a liberdade individual.

A referida tensão se manifesta de dois modos muito claros. O primeiro é que, como decorrência do princípio majoritário, sempre haverá uma minoria que se submeterá à ordem contra a sua vontade, portanto, com correspondente restrição de sua liberdade. O segundo é que a própria maioria que constituiu a ordem como manifestação de liberdade, caso mude de concepção quanto às normas por ela própria produzidas, não restará mais livre, pois a ordem criada como manifestação da vontade ganha autonomia frente à vontade que lhe deu legitimidade.

Não há dúvida de que a liberdade individual no interior de uma coletividade

não pode estar garantida sem a existência de uma ordem social. A existência de liberdade individual ilimitada, sem a presença de nenhuma baliza heterorreferente, seria uma ameaça a qualquer alteridade. A liberdade ilimitada é o estado de natureza hobbesiano, no qual se configura o direito de todos de a tudo dispor, estado social no qual a liberdade individual ilimitada de um indivíduo compromete a existência concreta do outro (HOBBS, 2003). Apesar de a existência de uma relação entre liberdade e ordem social não se configurar contraditória, tampouco constitui uma via de mão dupla. Deve-se observar que a liberdade demanda a existência de ordem social, contudo a ordem social pode existir sem a garantia da liberdade.

Todavia, o que o princípio da maioria pressupõe não é a eliminação da minoria, mas a busca do compromisso. Para Kelsen (1993, p. 68-69), no interior do princípio da maioria também é possível fazer a distinção entre a ideologia e a realidade. Assim, na ideologia democrática da liberdade o princípio da maioria garante que a formação da vontade geral deve expressar o maior acordo possível entre esta e a vontade das partes. Por sua vez, na realidade, da tendência a se formar uma maioria no campo parlamentar, resta o embate entre dois grupos, buscando a constituição de uma maioria em oposição a uma minoria. Dessa análise do princípio majoritário em Kelsen, é possível encontrar algumas semelhanças com a doutrina da liderança competitiva de Schumpeter, dado o reconhecimento por ambos da existência de uma luta pela liderança ou conquista da maioria.

No entanto, a tensão entre maioria e minoria, ao contrário do que pode parecer, não visa a supressão desta última. Segundo Kelsen (1993, p. 69) “[...] é a integração social entre a maioria e a minoria que caracteriza o princípio majoritário”, talvez sendo até mais razoável denominá-lo de princípio majoritário-minoritário, uma vez que organiza o conjunto dos indivíduos em dois grupos, numa tensão dialética na busca de um compromisso na formação da vontade geral.

Interessante destacar que a formação da vontade geral no processo democrático por meio do princípio majoritário não possibilita uma verdade superior, mas tão somente a busca de um compromisso. Observa-se aqui que a justificativa da criação da vontade do Estado pela maioria não se legitima pela maior probabilidade de que a razão ou a virtude estejam com a maioria, conforme supunha Aristóteles (1985, p. 98) ao afirmar que:

[...] o princípio de que a maioria é necessariamente mais apta a exercer o poder soberano do que uns poucos homens excelentes pode justificar-se, e embora talvez levante algumas dificuldades ele é provavelmente verdadeiro. É realmente possível que os integrantes da maioria, apesar de não serem isoladamente homens bons, possam ser melhores quando reunidos, não individualmente, mas coletivamente do que os poucos individualmente bons, da mesma forma que os banquetes públicos, para os quais muitos contribuem, são melhores que os oferecidos a expensas de um só homem;

A corroborar as ideias de Kelsen sobre a ausência de garantia da superioridade substantiva das decisões proferidas pela maioria, afirma Tocqueville (2014, p. 232) que “[...] está demonstrado que os que consideram o voto universal uma garantia do acerto das escolhas se iludem por completo. O voto universal tem outras vantagens, mas não essa.”

Desse modo, em sentido completamente convencionalista, nos afirma Kelsen (1993, p. 70) que “[...] todo o procedimento parlamentar tende a criar um meio-termo entre os interesses opostos, uma resultante das forças sociais em sentido contrário.” A busca desta linha média apenas é possível na democracia, pois em um regime autocrático haveria a prevalência do poder ou da verdade – seja o que tais expressões possam concretamente significar.

Apenas a admissão de que somente os valores relativos são acessíveis ao conhecimento humano justifica a imposição de uma ordem social a indivíduos relutantes, desde que decorrente da vontade da maioria de indivíduos iguais (KELSEN, 1993, p. 202/203).

Ante o reconhecimento de que não é possível extrair da realidade um parâmetro objetivo e, portanto, superior de justiça é que o direito será legitimado não por seus fins (absolutos), mas pelos meios que garantam a legitimidade do direito posto através da participação democrática daqueles que estão submetidos ao ordenamento. De fato, essa é a concepção da filosofia política presente na Teoria da Democracia de Kelsen que, em oposição às obras de teoria do direito, aponta para a defesa da maior legitimidade da democracia como forma de organização da sociedade.

Assim, nada mais coerente, no que se refere ao direito, que a ausência de certezas racionais do absolutismo quanto aos fins, implique no reconhecimento da

legitimidade dos meios no relativismo. Em idêntico sentido, Kelsen (2008, p. 123) vai afirmar que é a inexistência do bem absoluto que garante a legitimidade do direito positivo no processo democrático:

Sólo si no existe respuesta absoluta a la pregunta de qué es lo mejor y no existe el bien absoluto, puede justificarse el legislar, es decir, el determinar los contenidos del ordenamiento jurídico, no ya según lo objetivamente mejor para los individuos que deben someterse a este ordenamiento, sino según lo que estos individuos, un su mayoría por lo menos, creen, con razón o sin ella, qué es lo mejor, lo cual es una consecuencia del principio democrático de libertad e igualdad.

O direito positivo tem como fundamento de validade sua criação por um ato de vontade da autoridade para tanto legitimada. Em sociedades democráticas, a legitimidade do direito positivo decorre igualmente da produção normativa decorrente de autoridade, esta fundada na soberania popular. Desse modo, o caráter relativista do direito se reafirma no positivismo pela sua legitimação por meio do processo democrático. Diante da inexistência de referenciais absolutos ou objetivos de justiça, nada mais justo que o jurídico corresponda ao parâmetro de justiça coletivamente reconhecido pela maioria que a ele se submeterá.

Dito isso, o direito posto representa um referencial contingente de justiça objetivamente definido pela coletividade. Assim, ante a impossibilidade de uma justiça absoluta, adota-se uma justiça relativa, que se confirma não pela justiça dos fins que persegue, mas pela legitimidade do processo de sua criação, a partir da vontade coletiva.

Nessa perspectiva, pode-se constatar que a Teoria da Democracia de Kelsen legitima o método majoritário, no interior de uma organização social democrática, para a busca do compromisso para os macroconflitos sociais, a partir dos pressupostos do relativismo valorativo, da igualdade, da autonomia (entendida como máxima liberdade), na busca de produção de um direito convencional que se constitua como parâmetro coletivo de justiça – os elementos que integram a referida teoria serão analisados com maior detalhamento no último capítulo.

Consequentemente, partindo do reconhecimento de que no direito positivo das sociedades democráticas o fenômeno jurídico tem por fundamento o direito posto por meio de atos de vontade – realizados direta e indiretamente – daqueles que estão

sujeitos ao ordenamento jurídico, é possível afirmar que a mediação de conflitos seria a radicalização da busca da justiça no caso concreto, por meio da criação de uma norma autônoma pelas partes envolvidas no conflito.

Deste modo, passaremos a investigar a citada hipótese, a fim de verificar a possibilidade de a mediação representar uma especificação dos pressupostos teóricos do positivismo jurídico no interior da democracia contemporânea, ao possibilitar a criação de uma norma autônoma pelas partes envolvidas em conflitos interpessoais, aproximando o direito da justiça no caso concreto.

### **3.4 A retomada contemporânea da mediação.**

A retomada contemporânea da mediação de conflitos – e de outros métodos alternativos de resolução de conflitos – é um movimento que tem ocorrido no Brasil, como também em muitas democracias ocidentais, como resposta à crise da atividade jurisdicional do Estado, a qual, por sua vez, é decorrente de um processo de desenvolvimento do Estado Moderno. Assim, faz-se necessário entender o contexto da crise que atravessa o judiciário, no interior do Estado Democrático de Direito, para melhor compreender o resgate da mediação na atualidade.

No entanto, antes de adentrar à referida discussão, compete esclarecer que a emergência do debate sobre a mediação, e os demais métodos alternativos de resolução de conflitos, ocorrido no último quartel do século passado em alguns países do Ocidente – a exemplo dos Estados Unidos e da França –, não se trata do surgimento de um novo modo de solucionar os conflitos, mas o resgate contemporâneo de uma prática que remonta à Antiguidade. Assim, não se está aqui fazendo referência ao fato de que o seu emprego na atualidade seja uma criação hodierna. Em verdade, consiste na retomada de uma prática que tem suas origens na Idade Antiga<sup>20</sup> e que agora recebe uma outra dinâmica e nova roupagem. Inclusive, é justamente um dos motores que anima a presente pesquisa discutir qual a fundamentação teórica da mediação na democracia contemporânea.

---

<sup>20</sup> Moore (1998, p. 32-33), ao ilustrar a longa e variada história da mediação, apresenta diversas experiências que perpassam as culturas judaica, cristã, islâmica, hinduísta e de muitos povos indígenas.

Deve-se recordar que o monismo jurídico estatal é bastante recente no mundo ocidental, consistindo em uma questão contingente da modernidade – consoante nos afirma Boaventura de Sousa Santos, na obra *a Crítica da Razão Indolente* – e que a resolução privada dos conflitos sempre se constituiu a regra ao longo da história. Foi justamente o desenvolvimento do Estado Moderno, enquanto entidade dotada do monopólio exclusivo do uso legítimo da força em determinado território (WEBER, 2013), que levou à hodierna crise de sua atividade jurisdicional.

Feitas essas considerações, e retomando a discussão inicial, a trajetória do Estado Moderno, até o surgimento do Estado Democrático de Direito, é marcada por um progressivo deslocamento do centro de decisões políticas dos poderes legislativo (Estado Liberal) e executivo (Estado Social ou Providência) para o judiciário (Estado Democrático de Direito).

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, e o reconhecimento dos horrores do nazismo, ocorreu nas democracias ocidentais um processo de valorização da dignidade da pessoa humana, com a correspondente constitucionalização dos Direitos Humanos, por meio do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais, os quais passaram ainda a ter como último guardião cortes constitucionais.

Assim, com a constitucionalização de diversos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito e a criação de tribunais a quem incube a guarda da Constituição, o poder judiciário é posto no papel de garantidor da efetividade dos direitos constitucionalmente assegurados e não cumpridos pelo legislativo e pelo executivo, colocando deste modo o direito não apenas como trincheira, mas também como mecanismo transformador da sociedade (STRECK, 2001).

Com efeito, o judiciário passou a ser o último recurso dos cidadãos para garantir a efetivação de direitos previstos na Constituição, porém não realizados pela atuação omissiva ou comissiva dos outros poderes. Consequentemente, afirmou-se enquanto espaço de resistência contra retrocessos sociais, haja vista que protege direitos fundamentais do indivíduo quanto à eventual ingerência legislativa ou executiva (STRECK, 2001).

O protagonismo assumido pelo Poder Judiciário, esperando-se que este resolva problemas que o sistema político não consegue resolver, cria um excesso de expectativas que por si só geram enorme frustração quando não atendidas, levando

à própria descrença no papel do direito na construção democrática (SANTOS, 2007).

Desse modo, o referido processo acabou por ocasionar em diversos países do Ocidente a existência de uma crise<sup>21</sup> de dupla face da atividade jurisdicional do Estado a qual se expressa em duas dimensões: crise estrutural e paradigmática. A primeira é a crise estrutural que se manifesta pela incapacidade operacional do sistema judicial em cumprir com aquilo que ele mesmo, em tese, se propõe, ou seja, dizer o direito pondo termo aos mais diversos conflitos sociais dentro de um processo judicial democrático; a segunda se expressa pela crise do paradigma<sup>22</sup> jurídico dominante da modernidade e a inadequação do direito produzido pelos Tribunais ao guardar descompasso, quando não a própria incompatibilidade, com as novas demandas da sociedade e dos movimentos sociais em especial, e dos desejos das mais diversas pessoas envolvidas em conflitos jurídicos (BEZERRA, 2014).

Dito isso, já na década de 70 do século passado, alguns pensadores começaram a analisar possíveis respostas à crise do Poder Judiciário. Nesse sentido, Cappelletti e Garth (1988) afirmam que havia a necessidade premente de garantir o acesso igualitário ao sistema de justiça a todos os cidadãos e que os resultados por ele produzidos sejam justos. Assim, em suas conhecidas ondas renovatórias do acesso à justiça (das quais faremos apertada síntese), Cappelletti e Garth irão apontar para propostas de reforma que visam a superar as dificuldades encontradas para o acesso à justiça. A primeira onda consiste em superar os obstáculos econômicos ao garantir a assistência judiciária aos mais pobres. A segunda onda se refere à defesa dos interesses difusos e coletivos, a exemplo da proteção dos consumidores, do meio ambiente, buscando criar instrumentos a fim de superar o obstáculo organizacional do sistema judicial para a tutela de demandas não estritamente individuais. Por fim, a terceira onda busca instituir técnicas processuais com a finalidade de garantir a efetividade do acesso à justiça, bem como ampliar a própria concepção de justiça

---

<sup>21</sup> “Crise (do grego Krisis, *Krínein*) é a agudização das contradições estruturais e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo, dos valores dominantes, ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes” (WOLKMER, 2009, p. 2).

<sup>22</sup> “Segundo Thomas S. Kuhn, 'paradigma' é um modelo científico de verdade, aceito e predominante em determinado momento histórico. Trata-se de 'práticas científicas compartilhadas' que resultam de avanços descontínuos, saltos qualitativos e rupturas epistemológicas” (1975, p. 218 *apud* WOLKMER, 2009, p. 2).

estimulando os métodos alternativos de resolução de conflitos, dentre eles a mediação.

Em sentido similar, Santos (2011b) tem afirmado a necessidade de uma verdadeira revolução democrática da justiça e do direito que possibilite uma maior participação cidadã na gestão da justiça e da resolução dos conflitos, apontando para tanto três premissas. A primeira é a crítica ao monopólio estatal e científico do direito. A segunda consiste no questionamento do caráter despolitizado do direito e a sua necessária politização. A terceira é a construção de um novo senso comum jurídico que possibilite a compreensão do direito como princípio e instrumento universal da transformação social politicamente legitimada. Ademais, é importante registrar que o referido autor cita expressamente como um dos exemplos de prática emancipatória de acesso à justiça o trabalho da mediação popular realizado pelo Juspopuli – Escritório de Direitos Humanos na Bahia.

Partindo desta discussão<sup>23</sup>, podemos inferir que a dupla face da crise – estrutural e paradigmática – propiciou dentro do próprio judiciário o surgimento de uma crítica ao formalismo jurídico – seja ele substantivo ou procedimental – impulsionando, em uma de suas direções, a retomada contemporânea da mediação e dos métodos alternativos de resolução de conflitos de um modo mais geral.

Assim, antes de dialogar com as experiências de mediação atualmente em desenvolvimento, faz-se necessário analisar os modelos teóricos que marcaram o processo de retomada contemporânea da mediação.

---

<sup>23</sup> Para uma análise mais aprofundada desse debate ver Bezerra (2014).

## 4 OS MODELOS TEÓRICOS DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.

De modo a discutir as abordagens que influenciaram a mediação judicial desenvolvida no Brasil, iniciaremos a análise dos modelos de mediação, a partir de sua classificação segundo a influência dos sistemas de regulação social, em modelos latino e anglo-saxão. Em sequência, adentraremos no estudo dos principais modelos teórico-práticos de mediação – satisfativa, transformativa, circular-narrativa e transformadora – para, por fim, verificar qual modelo teve maior influência na mediação judicial adotada no Brasil, e quais os problemas e dificuldades decorrentes dessa importação.

### 4.1 Os modelos latino e anglo-saxão de mediação.

De modo a discutir os modelos que influenciaram a mediação judicial desenvolvida no Brasil, será iniciada a análise dos modelos de mediação, a partir de sua classificação segundo a influência dos sistemas de regulação social. Mais adiante, adentrar-se-á no estudo dos modelos teórico-práticos de mediação.

O desenvolvimento da mediação nos diferentes países – bem como dos demais métodos alternativos de modo geral – ocorre de maneira diversificada e acaba por constituir um processo fortemente influenciado pelos distintos sistemas de regulação social existentes em cada país. Assim, inicia-se a análise dos modelos de mediação por meio da discussão da influência dos sistemas de regulação social no desenvolvimento da mediação.

Desse modo, há diversos estudos – especialmente em literatura francesa – que indicam que o desenvolvimento da mediação é diretamente influenciado pelas especificidades do contexto social e jurídico presentes em cada país, chegando-se a falar na existência de dois grandes modelos de mediação: o anglo-saxão e o latino. O primeiro teria origem em países de cultura jurídica fortemente caracterizada pelo *common law*, a exemplo dos Estados Unidos, da Grã-Bretanha, da Austrália e da Nova Zelândia. Por sua vez, o segundo sofre forte influência de países que adotaram o *civil law*, dentre os quais é possível citar a França, a Itália,<sup>24</sup> Portugal e, por decorrência, o

---

<sup>24</sup> Importante registrar que a experiência da mediação na Itália, especialmente da chamada

próprio Brasil.

No presente momento do trabalho, será feita a análise de investigação realizada por Bonafé-Schmitt (2012), que aponta para as significativas diferenças entre o modelo latino e o modelo anglo-saxão de mediação, a partir de estudo comparativo sobre o panorama do desenvolvimento da mediação na França e nos Estados Unidos. O referido estudo será utilizado, com as devidas ressalvas, para tornar possível uma avaliação crítica do modelo de mediação judicial importado para o Brasil.

#### 4.1.1 O modelo anglo-saxão americano e o modelo latino francês de mediação.

Inicialmente, compete esclarecer que ao se falar da existência de um modelo latino e de um modelo anglo-saxão de mediação, mais correto seria afirmar a ocorrência de modelos latinos e modelos anglo-saxões, pois o desenvolvimento da mediação em cada país guarda peculiaridades próprias de seu contexto histórico e sócio-jurídico que não admitiria uma categorização tão ampla. Apesar dessa ressalva – e resguardado o caráter de arbitrariedade que toda classificação comporta –, adotaremos as categorias dos modelos latino e anglo-saxão por informarem significativas identidades originadas das similaridades dos sistemas jurídicos, respectivamente, do *common law* e do *civil law*. Nesse sentido é que se irá tratar o desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos e na França como arquétipos do que se poderia entender como matrizes dos modelos anglo-saxão e latino de mediação, sem limitar as peculiaridades do desenvolvimento da mediação em outros países.

Feitas as anteriores ressalvas terminológicas, e em que pesem ainda algumas diferenças de ordem cronológica, Bonafé-Schmitt (2012, p. 191-196) vai afirmar que o fortalecimento da mediação como alternativa à justiça ocorreu em várias etapas, tanto nos Estados Unidos quanto na França, as quais veremos em sequência.

A primeira etapa remonta ao início da década de 1970 e a análise da literatura da época mostra que nos dois países mais se falava em “justiça informal” (*informal*

---

*mediazione social*, teria muito a contribuir para a melhor administração de conflitos coletivos urbanos no Brasil. Para um maior aprofundamento ver Ricotta (2013).

*justice*) que em mediação para qualificar essas alternativas da justiça que tinham tomado a forma de *Neighborhood Justice Center* nos Estados Unidos e de conciliadores na França (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 192).

A segunda etapa ocorre nos meados da década de 1980 e caracteriza-se pelo fortalecimento da mediação por meio das primeiras experiências de mediação nos bairros, especialmente nas áreas familiar e penal. É neste período que se observa um progressivo deslizamento semântico, em especial nos Estados Unidos, onde agora se fala mais em *Alternative Dispute Resolution* (ADR) ou Modos Alternativos de Resolução de Conflitos (MASC) que em alternativas relacionadas à justiça. Por sua vez, na França, o desenvolvimento da mediação tomou um lugar tão dominante a ponto de o termo “mediação” passar a ser empregado de maneira extensiva para designar o conjunto de métodos alternativos de resolução de conflitos (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 193). Não podemos esquecer que nos Estados Unidos o termo mediação designa apenas uma forma específica de ADR<sup>25</sup>.

A terceira etapa da mediação ocorre na década de 1990 por meio de sua forte institucionalização. Esse período é caracterizado pela criação de organizações de mediadores, de associações e pelo desenvolvimento de programas de formação, inclusive no âmbito universitário, bem como pelo surgimento de Códigos de Deontologia a estruturar a conduta dos mediadores.

Por fim, é possível identificar já a partir da década de 1980 uma quarta etapa do desenvolvimento da mediação, por meio da qual estaria consagrada “[...] uma forma de hegemonia paradoxal em matéria de regulação social, e não simplesmente de conflitos” (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 196). A hegemonia paradoxal da mediação é explicada do seguinte modo pelo autor francês:

A mediação institucionalizou-se e, paradoxalmente, houve certa “estagnação” e certo “desencanto”, quando constatamos que não houve um crescimento significativo de número de mediações e que permanece um problema de financiamento de mediação. Essa hegemonia paradoxal explica-se, em grande parte, pelo sucesso da mediação, uma vez que esse conceito está se diluindo num certo número de atividades, que não destacam mais a gestão de conflitos,

---

<sup>25</sup> Compete aqui fazer a ressalva de que, ao contrário do Brasil, nos Estados Unidos não há distinção clara entre a mediação e a conciliação, constituindo-se essa última em um tipo específico de mediação, denominado de mediação avaliativa.

mas a comunicação, a educação e a segurança, aumentando, assim, a confusão conceitual. (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 196-197).

Consoante acima exposto, abre-se uma polêmica sobre o alcance conceitual da mediação. Deveria a mediação cingir-se a uma técnica de gestão de conflitos ou ser compreendida como um novo modo de regulação social? A resposta à referida indagação varia, pois o problema é enfrentado de diferentes formas pelos modelos de mediação anglo-saxão e latino, respectivamente, nos Estados Unidos e na França. Desse modo, faz-se necessário ser realizado um esclarecimento de ordem terminológica no que diz respeito à utilização da expressão mediação dos dois lados do Atlântico. O fato é que nos Estados Unidos houve maior rigor terminológico ao empregar a expressão ADR (*Alternative Dispute Resolution*) para designar um conjunto de métodos alternativos à jurisdição estatal, a exemplo da mediação, da conciliação, da arbitragem, como também do *Minitrial*, o *Moderated Settlement Conference*, o *Summary Jury Trial*, dentre outros. Por sua vez, na França, os conceitos de MARC (Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos) não obtiveram o mesmo sucesso e acabou-se por reagrupar sob a denominação geral de mediação, modos de gestão de conflitos como a conciliação, a negociação, dentre outros (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 198-199). Desse modo, a mediação nos Estados Unidos corresponde ao emprego de um instrumento muito específico de gestão dos conflitos, enquanto que na França pode corresponder a um gênero bem mais amplo de ferramentas de administração dos mais variados conflitos, chegando a englobar atividades típicas de ouvidoria ou até mesmo os chamados *ombudsman*. Assim, é interessante notar que em muitos casos, ao se falar de mediação na França, mais do que uma instância de mediação propriamente dita, estaremos diante de uma atividade de mediação em sentido pouco preciso, com emprego em variados contextos com distintas finalidades.

O que a referida análise comparativa dos conceitos de mediação nos Estados Unidos e na França nos aponta é que a formulação e o desenvolvimento conceitual do que seria a mediação não são neutros, indicando a existência de diferentes modelos de mediação, os quais guardariam lastro com o sistema de regulação social existentes nos diferentes países. Um importante exemplo dessa influência pode ser encontrado nas significativas diferenças do desenvolvimento da mediação no âmbito

penal nos dois lados do Atlântico. Nesse sentido, nos afirma Bonafe-Schmitt (2012, p. 199-200) que nos Estados Unidos existe uma forte tradição de intervenção das comunidades na gestão da vida cotidiana, o que justifica o fato de os primeiros projetos de mediação terem sido desenvolvidos por organismos pertencentes à sociedade civil. Em sentido contrário, na França, o desenvolvimento da mediação penal foi realizado por iniciativa de atores judiciais ou parajudiciais, em virtude do papel importante exercido pelo Estado nas relações sociais.

Assim, observa-se que não é possível compreender o desenvolvimento da mediação sem antes atentar para as especificidades e as características inerentes ao sistema de regulação social de cada país. Dentre muitas possibilidades ainda a serem apontadas, poderíamos destacar quatro variáveis que constituem diferenças que devem ser consideradas ao comparar o desenvolvimento da mediação em diferentes países: os sistemas jurídicos; o papel do Estado; a honra; e a religião.

Talvez a diferença mais notável referente aos sistemas de regulação social entre os Estados Unidos e a França seja a distinção entre os sistemas jurídicos dos países. De um lado, temos a França, representante do *civil law*, sistema jurídico caracterizado por uma forte tradição de direito escrito, enquanto do outro lado observamos os Estados Unidos, destacado integrante do *common law*, cujo direito tem forte presença de normas consuetudinárias e construções jurisprudenciais. O sistema francês é fundamentado em instrumentos de regulação centralizados, de funcionamento hierarquizado, usando uma concepção regular de direito. O sistema americano, por sua vez, seria mais descentralizado e contratual. De forma esquemática e superficial, seria possível afirmar que os franceses têm o culto à lei, enquanto os americanos teriam o da negociação, o que poderia explicar, em parte, o maior desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos do que na França (BONAFE-SCHMITT, 2012, p. 201).

Conforme inferido mais acima, há ainda outros elementos que apontam para diferenças marcantes entre os dois países no que se refere aos modelos de regulação social. Um deles seria o papel do Estado. As diferentes concepções de Estado e de suas relações com a sociedade civil apontam para uma forte propensão a assumir um caráter providencial nos países latinos, a exemplo da própria França, enquanto que é menos característico no países anglo-saxões, mais especialmente ainda nos Estados

Unidos<sup>26</sup>. Dito de outro modo, os países que adotam o *civil law* têm, de uma maneira geral, uma presença forte do Estado na regulação das atividades da sociedade civil. Ao contrário de países do *common law*, que possuem um nível de intervenção social muito mais limitado.

Outro elemento de destaque a diferir nos sistemas de regulação social dos dois lados do Atlântico seria a questão da honra. Enquanto nos países latinos há a existência da chamada “lógica da honra”, pela qual se persegue aquilo que supostamente se caracterizaria como o certo ou justo, nos países anglo-saxões haveria a maior presença de uma lógica pragmática nas relações sociais, mais focada em melhores resultados de forma objetiva (BONAFE-SCHIMITT, 2012, p. 202). Assim, em uma cultura jurídica caracterizada pelo pragmatismo, mais importante do que o reconhecimento de quem está com a razão é o proveito concreto que é possível obter em termos de resultado.

Por último, porém sem limitar a discussão, é possível citar no plano cultural o impacto da religião católica na construção das relações sociais nos países latinos e da religião protestante nos países anglo-saxões. A referida influência pode ser claramente observada no recurso à autoridade da Igreja, do padre, do pai e do Estado na busca pela justiça e, conseqüentemente, na resolução dos conflitos nos países latinos, enquanto se poderia observar uma maior autonomia dada aos sujeitos na busca da verdade e da justiça que é propiciada pela religião oriunda da Reforma, e na sua autonomia na interpretação das escrituras, o que acaba por impactar no modelo de regulação dos conflitos sociais.

A análise comparativa entre o desenvolvimento da mediação nos Estados Unidos e na França, como tipos representativos, respectivamente, dos modelos anglo-saxão e latino de mediação, teve como intuito demonstrar as significativas diferenças do percurso da mediação em culturas jurídicas distintas, o que aponta para a dificuldade de transposição do modelo oriundo de um país para outro, sem atentar para a natural diversidade dos sistemas de regulação social, os quais são construídos

---

<sup>26</sup> É importante destacar que a origem do Estado americano, a partir das Treze Colônias, ocorre como um mal necessário. O Estado era importante para a manutenção de uma força militar indispensável à proteção das fronteiras e para o enfrentamento das populações indígenas. Desse modo, percebe-se que por parte dos antigos colonos havia a preocupação de que o Estado tivesse o menor tamanho possível com uma capacidade de intervenção no âmbito interno da sociedade bastante limitada (TOCQUEVILLE, 2014).

historicamente.

Desse modo, atento ao fato de que o referido estudo se limitou à análise comparativa da mediação desenvolvida nos Estados Unidos e na França. A partir de agora buscar-se-á investigar e problematizar qual dos modelos de mediação, o anglo-saxão ou o latino, teria influenciado o modelo de mediação judicial adotado no Brasil e quais os impactos de sua importação.

#### 4.1.2 O modelo de mediação judicial importado pelo Brasil.

Antes de adentrarmos mais especificamente no modelo de mediação judicial existente no Brasil e na suposta importação de modelos estrangeiros, compete tecer algumas considerações sobre o sistema jurídico brasileiro.

Em primeiro lugar, não resta dúvida de que o sistema jurídico do Brasil tem como filiação o *civil law*. A referida origem é histórica dada a colonização portuguesa e sua indelével predominância da lei escrita e de um sistema jurídico centralizado que influenciou e até mesmo vigorou após a independência do Brasil e nos primeiros anos do período imperial.

No entanto, compete fazer a ressalva de que apesar de sua clara origem no *civil law*, o sistema jurídico brasileiro passa atualmente por uma forte influência de institutos típicos do *common law*, a exemplo da cada vez maior importância da vinculação das decisões aos precedentes judiciais, especialmente dos Tribunais Superiores, movimento que tem seu maior destaque nas Súmulas Vinculantes<sup>27</sup> do Supremo Tribunal Federal – STF, bem como o próprio relevo dado ao Princípio da Cooperação<sup>28</sup> no CPC/2015, e na maior autonomia das partes em celebrar negócios jurídico-processuais<sup>29</sup>.

---

<sup>27</sup> Art. 103-A da CF/88. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

<sup>28</sup> Art. 6º do CPC/2015. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

<sup>29</sup> Uma das possibilidades de celebração de negócio-jurídico processual é a realização de convenção judicial de arbitragem que pode ser firmada no curso do processo judicial,

O argumento que se buscará demonstrar, e que constitui um dos pressupostos deste trabalho, é que o Estado brasileiro, apesar de possuir um sistema jurídico típico do *civil law*, importou para a mediação judicial, nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o modelo de mediação anglo-saxão, especialmente desenvolvido nos Estados Unidos.

Assim, a fim de demonstrar a adoção pelo Brasil do modelo de mediação anglo-saxão americano, será necessário proceder a uma atenta análise das influências que marcaram a edição da Resolução nº 125/2010 do CNJ. No entanto, antes de adentrarmos na análise da norma que institui a Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no Poder Judiciário, será necessário fazer um rápido panorama das principais teorias que alicerçam a prática da mediação, de modo a verificar se alguma delas teve predominância na direção apontada para a mediação judicial no Brasil.

Consequentemente, faremos agora uma rápida exposição da mediação satisfativa, da mediação transformativa e da mediação circular-narrativa, a fim de observar suas possíveis influências no modelo de mediação judicial adotado pelo Estado brasileiro.

#### **4.2 Os principais modelos teórico-práticos de mediação.**

Na parte anterior do texto nos referimos aos modelos anglo-saxão e latino de mediação em alusão à relação da mediação com os sistemas de regulação social existentes em cada país. No presente tópico abordaremos os principais modelos teórico-práticos da mediação que apontam para um arcabouço teórico da mediação direcionado para a sua prática enquanto instrumento específico de resolução de conflitos.

Em que pese a grande diversidade de modelos teórico-práticos da mediação, segundo a classificação de diversos autores, serão abordados aqui apenas os principais, utilizando como critério de seleção um grande consenso doutrinário, bem como a larga presença da classificação em diversas obras de relevo<sup>30</sup>. Desse modo,

---

remetendo o objeto do litígio para o juízo arbitral competente.

<sup>30</sup> Dentre as quais podemos citar a classificação mencionada por Braga Neto e Sampaio

passaremos a analisar as abordagens teórico-práticas de maior destaque, a saber: o modelo satisfativo (tradicional) – da Escola de Harvard –, centrado na satisfação das partes para obtenção do acordo, no qual tem destaque a obra de Fisher, Ury e Patton, *Getting to Yes*; o modelo transformativo – desenvolvido por Bush e Folger –, do qual podemos destacar o texto *La Promesa de Mediación*, que tem como foco a transformação do sentido que as pessoas dão ao conflito, de modo a se constituir como possibilidade de crescimento; e o modelo circular-narrativo – criado por Sara Cobb e Marinés Suares –, no qual se pode citar o livro *Mediación: condición de disputas, comunicación y técnicas* que se fundamenta na comunicação e na causalidade circular, porém preocupado com os vínculos e a questão reflexiva entre as partes.

#### 4.2.1 A mediação satisfativa.

A escola da mediação satisfativa tem como seus autores mais destacados Roger Fisher e William Ury e teve origem no estudo de técnicas e procedimentos de negociação desenvolvidos na Universidade de Harvard, inicialmente destinados a contribuir com a superação de impasses na relação entre Estados Unidos e União Soviética ao longo da Guerra Fria (VASCONCELOS, C., 2008, p. 74). Assim, não é por acaso que a escola satisfativa também é muito comumente conhecida como escola de Harvard, bem como mediação acordista ou tradicional.

Compete destacar de início que a mediação satisfativa tem como claro objetivo a busca do acordo para o conflito, a partir da utilização de técnicas de negociação que serão aplicadas com a finalidade de superar os aparentes impasses do conflito, por meio da facilitação da comunicação e da identificação dos interesses dos envolvidos.

Em contraposição ao modelo de negociação posicional, no qual uma parte busca de todo modo ganhar o máximo possível às custas da perda da outra parte, a mediação satisfativa irá incorporar um método de negociação cooperativo, por meio do qual todos os envolvidos possam ganhar.

Dessa maneira, busca-se fazer com que a interação das partes deixe de

---

(2007, p. 25), largamente respaldada na doutrina especializada.

constituir um jogo de soma zero, no qual a vantagem de um é correspondente à desvantagem do outro, transformando-se a relação em um jogo de soma não zero, situação na qual as partes sairão com um resultado positivo após a negociação<sup>31</sup>.

Para tanto, faz-se necessário que a negociação que será desenvolvida ao longo da mediação tenha como foco não as posições das partes, mas cujo objeto seja os interesses dos envolvidos.

Nesse sentido a mediação satisfativa faz uso de técnicas de negociação que serão aplicadas pelo mediador especialmente com a finalidade de superar o impasse presente na posição das partes, para identificar os interesses que as motivam. Importante esclarecer que a posição é aquilo que as partes declaram que querem ou o que alguns chamam de desejo aparente. Por sua vez, os interesses representam o desejo oculto ou real, aquilo que de fato está por trás da manifestação expressa da vontade.

Há que se esclarecer que em situações de conflitos envolvendo partes que possuem relações continuadas – a exemplo de conflitos familiares, escolares, de vizinhança e comunitários –, há quase sempre interesses comuns envolvidos. Desse modo, a mediação satisfativa persegue o acordo por meio da superação das posições contrárias e identificação dos interesses comuns ou compatíveis entre as partes. Nesse sentido, Briz (2015, p. 91), tecendo considerações sobre a escola de Harvard, afirma que:

Cuando dialogamos por un conflicto a partir de posiciones, por lo general se trata de un diálogo muy corto, en que las posiciones se encontrarán enfrentadas y no facilitarán la comunicación y la salida del conflicto.

Lo que propone Harvard es que ante la situación nos cuestionemos el por qué y el para qué. Esto ayudará a que las personas se trasladen desde sus posiciones hacia sus intereses.

No intuito de atingir o desiderato de superar as posições inamistosas e identificar os interesses das partes, a mediação satisfativa faz o emprego de diversas técnicas de negociação que são aplicadas na mediação, das quais podemos destacar:

---

<sup>31</sup> Importante destacar a cada vez mais marcante da presença da Teoria dos Jogos no curso de capacitação de mediadores, a fim de apresentar a lógica da racionalidade que está por trás da necessidade de cooperação entre partes em conflito.

separar as pessoas do problema; concentrar-se nos interesses e não nas posições; identificar opções de ganhos mútuos; e insistir em critérios objetivos.

Separar as pessoas do problema é algo muito importante, pois quase sempre os conflitos tendem a confundir o problema objetivo com a relação interpessoal. Muitas vezes é comum uma das partes identificar o próprio problema com a pessoa com que está em situação de conflito. Consequentemente, torna-se difícil resolver um problema quando o outro é o próprio problema. Desse modo, é necessário distinguir a questão relacional que envolve o conflito do objeto da disputa em si próprio. Não parece estranho que um conflito será mais facilmente resolvido quanto melhor for a relação entre as partes envolvidas. Assim, não há qualquer incompatibilidade entre construir uma boa relação com a parte em disputa e obter um bom resultado na negociação envolvendo a substância do conflito. Nesse sentido, Fisher, Ury e Patton (1991, p. 19-20) afirmam que *“Every negotiator wants to reach an agreement that satisfies his substantive interests. That is why one negotiates. Beyond that, a negotiator also has a interest in his relationship with other side.”*

O foco nos interesses e não nas posições é necessário para que se possa superar o impasse dos desejos expressos e muitas vezes antagônicos, a fim de que seja possível a identificação dos interesses comuns e/ou não contraditórios, conforme anteriormente discutido e exemplificado. Os interesses devem ser conciliados, e não as posições.

A identificação de opções de ganhos mútuos deve sempre ser buscada, pois a maior garantia de um acordo satisfatório será o atendimento das necessidades e dos interesses de todos os envolvidos. As partes devem buscar a cooperação porque dificilmente um acordo será obtido ou cumprido se apenas um dos envolvidos obtiver êxito na satisfação de seus desejos. As soluções mais duradouras e estáveis são aquelas desejadas por ambas partes.

Insistir em critérios objetivos é a opção para sair da barganha estritamente posicional na qual uma parte tenta impor-se a partir do plano subjetivo de sua vontade. Ter critérios objetivos é a busca de padrões norteados por princípios que possam servir de caminho para a negociação (VASCONCELOS, C., 2008, p. 77). Pode-se citar como padrões objetivos: preços de mercado, custos de produção, padrões profissionais, costume, reciprocidade, dentre outros critérios.

Uma importante observação que se pode fazer sobre a mediação satisfativa é que ela acabou por incorporar boa parte das técnicas de negociação da escola de Harvard e na modernidade serviu de paradigma para os outros modelos que veremos mais adiante (VASCONCELOS, C., 2008, p. 78).

No entanto, há que se fazer uma importante ressalva quanto à mediação satisfativa, pois o seu foco na obtenção do acordo acaba por deixar de lado, ou algumas vezes relevar, questões inerentes à relação conflituosa e ao sentimento das partes que em muitas ocasiões se encontram no cerne de algumas situações-problema. Desse modo, corroboramos a crítica realizada por Briz (2015, p. 92) dirigida à mediação satisfativa ao apontar que “[...] *la crítica que se le puede hacer es que, como su única finalidad es lograr el acuerdo, no tiene en cuenta la relación, el contexto ni la historia de las partes.*”

#### 4.2.2 A mediação transformativa.

A mediação transformativa é um modelo que, a partir das contribuições da Escola de Harvard, busca aprofundar a análise do conflito para além da mera persecução do acordo, voltando-se para a comunicação entre as partes e o sentido dado ao próprio conflito.

Os criadores da escola transformativa são Baruch Bush e Joseph Folger, para quem a relação entre as partes não pode ficar à margem do processo de mediação, sendo imprescindível atuar na relação dos indivíduos entre si e com a sociedade.

Assim, diferentemente da escola de Harvard, a mediação transformativa não considera o acordo como o único resultado a obter em uma mediação, condicionando assim ao êxito ou fracasso do processo (Balletto; Briz; Falca, 2015). Desse modo, resta claro que o objeto deste modelo de mediação não é o acordo, e sim a modificação da relação entre as partes. Nesse sentido, afirma Briz (2015, p. 92) que “para esta escuela, la finalidad del proceso de mediación es la transformación que surge en la relación de las partes a través del aprendizaje de la gestión cooperativa del conflicto.”

Em seu desenvolvimento, a mediação transformativa trouxe para o processo de mediação algumas inovações, a exemplo da incorporação de técnicas que

aperfeiçoam a escuta do mediador e privilegiam a investigação do conflito em uma maior profundidade, especialmente por meio do uso da reformulação, da paráfrase e dos questionamentos, buscando aprimorar a comunicação entre os envolvidos e a modificação do ponto de vista das partes sobre o conflito (VASCONCELOS, C., 2008).

Na visão de seus fundadores, a mediação transformativa tem como foco o desenvolvimento da capacidade (autodeterminação) e da empatia (reconhecimento) dos mediandos. Desse modo, busca-se contribuir para uma visão relacional do mundo, na qual as pessoas se afirmem enquanto sujeitos autônomos que sejam capazes também de reconhecer a alteridade (FOLGER; BUSH, 1996). Nessa perspectiva, o mediador deve estimular nos mediandos o seu empoderamento enquanto protagonistas dos dilemas de suas vidas, mas que também possam considerar os pontos de vista e experiências do outro. Consoante nos afirma Vasconcelos C. (2008, p. 86), “é nesse sentido que a mediação é potencialmente transformativa; por oferecer aos mediandos a oportunidade de desenvolver e integrar suas capacidades de autodeterminação e responsividade aos outros.”

No modelo da mediação transformativa busca-se romper padrões relacionais e transformar a natureza destrutiva de determinando conflito. É a partir da identificação da natureza da relação que se abre o caminho para a compreensão dos interesses, expectativas e valores subjacentes. Assim, o foco da mediação é na relação entre as partes, constituindo o conflito objetivo apenas objeto mediato do processo. A questão da concentração na relação é bem pontuada por Vasconcelos C. (2008, p. 87), ao apontar que:

Ao explorar a relação, estará sendo reforçada a auto-afirmação dos mediandos e se abrindo a porta do reconhecimento. A mediação opera uma ética da alteridade, enquanto acolhimento da diferença que o outro é na relação e no mundo da vida. Essa ética da alteridade incide sobre o fenômeno circular e dialético, que nasce da relação, substancializa-se pela autodeterminação e se integra, construtivamente, pelo reconhecimento.

Desse modo, mais uma vez se reforça que, ao contrário da mediação satisfativa da escola de Harvard, a mediação transformativa tem um foco maior na relação do que na busca do acordo. Assim, podemos afirmar que na mediação transformativa o problema relacional e objetivo são analisados em conjunto, mas

sempre com maior preponderância na análise e equalização da relação entre as partes e no sentido que dão ao conflito.

#### 4.2.3 A mediação circular-narrativa.

A mediação circular-narrativa desenvolvida por Sara Cobb trata-se de uma abordagem que agregou ao modelo tradicional da Escola de Harvard aportes da terapia familiar sistêmica, da teoria da comunicação e da teoria narrativa (VASCONCELOS, C., 2008).

A mediação circular-narrativa tem como objetivo principal a obtenção do acordo, mas, diferentemente da mediação satisfativa, o entendimento é obtido como consequência do processo circular-narrativo. Desse modo, na mediação circular-narrativa o acordo é perseguido, mas sem dispensar o aspecto relacional do conflito, a partir da desconstrução e reconstrução das narrativas.

Assim, para o modelo circular-narrativo, a mediação é concebida como um processo conversacional que ocorre por meio da comunicação. Desse modo, Suares (2005) vai afirmar que a principal tarefa dos mediadores é: 1) desestabilizar as histórias; e 2) possibilitar a construção de novas histórias.

O modelo circular-narrativo é estruturado por diversas técnicas (microtécnicas, minitécnicas, técnicas propriamente ditas e macrotécnicas) que são aplicadas em conjunto ou de modo sucessivo ao longo de algumas etapas do processo de mediação. No entanto, sem apresentar de modo estruturado as técnicas, seria possível citar como as técnicas mais importantes e diferenciadas da mediação circular narrativa: a legitimação; a conotação positiva; a externalização; a recontextualização; as perguntas circulares; e a equipe reflexiva; as quais passaremos a pontuar.

Primeiramente, a legitimação consiste na criação de um contexto de confiança na mediação, por meio da conotação positiva das posições das partes, para além das posições rígidas de vítima/ofensor e bom/mau (VASCONCELOS, C., 2008).

Por sua vez, a conotação positiva implica na reformulação centrada em dar um caráter positivo a uma informação negativa de uma das partes, centrando-se nas características positivas do quanto expresso na fala.

Em sequência, a externalização é o processo por meio do qual se busca separar as pessoas de seus relatos dominantes, a fim de identificar o problema como algo externo à relação e que precisa ser enfrentado conjuntamente por ambos os envolvidos.

Prosseguindo, a recontextualização é uma técnica empregada para contextualizar o problema de forma diversa, seja dotando-o de uma dimensão mais abrangente ou menos abrangente, bem como apenas de uma maneira diferente.

Por fim, as perguntas circulares são especialmente aplicadas durante a fase da externalização e tem como intuito demonstrar que a relação das partes com o problema vivenciado é dinâmica, alertando-os para a circularidade das relações de causa e efeito, buscando promover o protagonismo dos envolvidos e a sua responsabilidade frente ao conflito.

Há ainda a necessidade de uma equipe reflexiva que faça menção à possibilidade de a mediação poder contar com o trabalho de integrantes externos para acompanhar o trabalho dos mediandos e do mediador ao longo do processo. A equipe reflexiva tem como intuito contribuir para a elaboração de uma narrativa e de uma percepção diferenciada sobre o conflito. Importa ressaltar, como bem observa Vasconcelos C. (2008), que esta técnica é muito pouco praticada em decorrência de seu elevado custo e das dificuldades inerentes à capacitação de uma boa equipe reflexiva para acompanhamento.

A técnica propriamente dita, elemento central do modelo circular narrativo, “[...] busca a construção da história alternativa desestabilizadora das histórias prévias” (VASCONCELOS, C., 2008, p. 84). Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Suares (2005) ao apontar que a melhor história alternativa não é a que seja mais real, porém aquela que permita maiores aberturas, desenhe mais saídas, abra mais caminhos para que os mediandos possam dar início à negociação, recuperando a capacidade perdida, encarcerada nas histórias prévias.

Uma importante consideração sobre o modelo de mediação circular-narrativo é o fato de que ele não busca compreender o interesse subjacente à fala das partes, mas visa desconstruí-lo ou desestabilizá-lo para fazer emergir uma outra narrativa, com diferentes alternativas de resolução do problema de forma interdependente pelas partes envolvidas.

#### 4.2.4 A Mediação Transformadora.

Inicialmente, compete esclarecer que, apesar da existência de polêmica quanto ao fato de a mediação proposta por Luis Alberto Warat se constituir em um modelo próprio, distinto da mediação transformativa mais acima citada, nos posicionamos pela necessidade de uma categorização própria, haja vista se tratar de um modelo que trouxe um grande entrelaçamento entre o direito e psicanálise, merecendo uma análise específica.

Ademais, a mediação transformadora proposta por Warat teve grande influência no estágio inicial de desenvolvimento da mediação no Brasil, especialmente no âmbito comunitário. Desse modo, reiteramos a importância da análise da mediação transformadora de Warat como um modelo teórico-prático específico.

Feitas essas considerações, agora adentraremos na análise da mediação transformadora, encarando-a em sua perspectiva de transformação dos sujeitos envolvidos no conflito, rumo às possibilidades que se abrem à ressignificação das situações/problema e à preponderância ativa dos indivíduos envolvidos, de modo a se tornar uma prática promotora da autonomia e da alteridade dos sujeitos.

Desse modo, é de bom alvitre iniciar a discussão a partir da conceituação, mesmo que provisória, do tipo de mediação de que estamos a falar, que segundo as palavras de Warat (1998, p. 5) é:

[...] uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. A mediação é uma forma alternativa (com o outro) de resolução de conflitos jurídicos, sem que exista a preocupação de dividir a justiça ou de ajustar o acordo às disposições do direito positivo.

A melhor forma de compreender a proposta waratiana de uma mediação transformadora é a partir da percepção da centralidade da teoria do conflito em sua concepção. Para Warat (2004c, p. 61), a mediação é um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito, a partir de uma proposta teórica que seja mais psicológica do que jurídica. Os juristas, ao reduzirem o conflito ao litígio, excluem, por diversas

vezes, os elementos mais importantes para a sua solução. Assim, o conflito não é resolvido, mas fica apenas adormecido, em estado de hibernação, e pode retornar agravado a qualquer momento.

Os conflitos são manifestações inerentes ao ser humano. A mudança constante é a única certeza que é possível ter. Desse modo, os conflitos decorrem tanto de nossas incongruências internas quanto de nossas relações vinculares com os outros (BEZERRA, 2014, p. 55).

Importa agora, ainda que de modo sucinto, proceder à distinção da proposta waratiana de uma mediação transformadora para o modelo tradicional de mediação, de origem norte-americana, da escola de Harvard. A corrente acordista<sup>32</sup> entende o conflito como um problema a ser resolvido nos termos de um acordo. Está-se a falar de um modelo que se fundamenta na ideologia e no individualismo liberal, de caráter mercadológico. O acordo é o destino de um processo que visa à satisfação de interesses e desejos individuais. Nessa perspectiva, a satisfação é dos interesses (WARAT, 2004c, p. 63).

Em contrapartida, a mediação transformadora é realizada sempre em nome do acordo, mas não significa que esse seja importante (WARAT, 2004c, p. 63). De modo diverso do modelo acordista, na mediação transformadora o acordo é secundarizado, sendo invocado, ao longo de todo o procedimento, com um destaque mais retórico que finalístico. Assim, a mediação waratiana se diferencia por se constituir em uma atividade de reconstrução simbólica do conflito, a partir da significação dos sujeitos envolvidos, a fim de dotá-los de autonomia para dar-lhes solução.

Na mediação transformadora tem-se por finalidade não o mero acerto de um acordo – em distinção da mediação acordista –, e sim um reencontro com o outro, um resgate do ser humano e a preocupação das implicações futuras que aquela decisão irá trazer. Nessa direção, “a mediação é um trabalho sobre afetos em conflito, não um acordo entre partes, exclusivamente patrimonial, sem marcos afetivos” (WARAT, 1998, p. 8).

A mediação, nesse modelo, busca a ressignificação do conflito, visto que

---

<sup>32</sup> Nomenclatura atribuída por Warat para designar o procedimento de mediação que tem como inspiração o modelo de mediação satisfativa.

muitas vezes o problema não se encontra no conflito em si, porém no significado que lhe é dado. Consequentemente, é importante distinguir o conflito aparente do conflito oculto<sup>33</sup>, deixando de lado a lógica competitiva do perde-ganha, para uma perspectiva de cooperação. Resta necessário retirar o foco do plano individual para o coletivo, saindo da negatividade do conceito de culpa para o reconhecimento da responsabilidade (SALES, 2007, p. 25-28), percebendo os reflexos da disputa e suas consequências na relação de todas as pessoas envolvidas.

A mediação deve, por meio da sensibilidade, promover uma percepção sutil sobre o invisível, pois, segundo Warat (2004c, p. 25), “o visível esconde o invisível”. Nessa perspectiva, a mediação transformadora busca revelar as verdades ocultas, utilizando-se de comunicações dignas entre pessoas despidas de suas couraças e aparências.

Ao intervir no conflito o mediador deve procurar revelar o problema, deixá-lo fervendo, afastar questões meramente aparentes que distanciam as pessoas das situações que de fato estão na origem das insatisfações.

O mediador deve atuar de modo a impulsionar cada pessoa do conflito para que elas possam aproveitá-lo como uma oportunidade vital para falarem de si mesmas, refletir e impulsionar mecanismos interiores que possam situá-las em uma posição ativa diante de seus problemas (BEZERRA, 2014, p. 57).

De fato, o procedimento de mediação de maneira inevitável é fortemente influenciado pela atuação do mediador, sua capacitação e as técnicas que aplicará ao longo do processo. Desse modo, é possível constatar, com tranquilidade, que o resultado final de qualquer mediação é uma sinergia entre a atuação de todos os participantes: o(s) mediador(es) e os mediandos.

Assim, pode-se afirmar que a mediação transformadora é um procedimento indisciplinado de autocomposição assistida dos vínculos conflitivos com o outro. Uma prática livre e heterodoxa, na medida em que permite ao mediador a liberdade necessária para ir e vir colhendo do relato das partes os fragmentos necessários, a fim de facilitar e introduzir a novidade para transformar o conflito (WARAT, 2004c, p.

---

<sup>33</sup> Faço uso do termo oculto em contraposição ao largamente utilizado conflito “real” por entender que a realidade nunca pode ser apreendida objetivamente a partir da subjetividade do inconsciente.

57).

Resta claro a importância de que o mediador receba a capacitação necessária para o emprego das mais variadas técnicas ao longo do procedimento de mediação. No entanto, deve-se fazer o alerta de que técnicas e procedimentos são apenas instrumentos, e não uma camisa de força para o desenvolvimento da mediação. Há a necessidade de as pessoas serem apreendidas em suas individualidades e o mediador deve ter a sensibilidade para entrar em contato com cada uma dessas intimidades. Curiosamente, o próprio Warat (2004c, p. 34), afirmando se tratar a mediação de um saber prático, vai de forma emblemática reconhecer a impossibilidade de formar mediadores a partir de teorias declarando que:

A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formar mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente.

Não há dúvida da incalculável importância das intervenções realizadas pelo mediador para o êxito do procedimento de mediação. A atividade de escuta e compreensão lhe exigem uma postura necessariamente imparcial perante as partes, o que não é a mesma coisa que a tão propalada neutralidade. De fato, o mediador intervém no conflito por meio da aplicação de técnicas para superar os impasses, desarmar antagonismos e identificar os desejos das pessoas envolvidas em situação de conflito.

O mediador é um terceiro que tem unicamente poder de ajuda, de criar espaços transacionais, um entre-nós afetivo para a tomada de decisões. O mediador deve se abster de qualquer poder decisório. Ele unicamente tem a possibilidade de auxiliar na reconstrução simbólica do conflito e das relações envolvidas de modo que permitirá eventualmente uma resolução – como transformação do conflito – pelos participantes (WARAT, 2004c, p. 64).

Ressalte-se que se deve falar da neutralidade do mediador, pois sua atuação não é coercitiva, mas de intervenção amorosa. Não pode impor, mas convidar os mediandos para o lugar das transferências, de modo a possibilitar que cada um, a partir do olhar do outro, possa se transformar. Mais do que neutralidade ou

imparcialidade, o comprometimento do mediador está na ordem da abstinência (WARAT, 2004c, p. 65).

Apenas repisando o ponto, o mediador é necessariamente imparcial. No entanto, não pode ser neutro, pois é imprescindível que ele intervenha na relação conflituosa de modo a facilitar a comunicação, a percepção sobre o problema e a ressignificação do conflito. Assim, o mediador intervém no conflito, contudo sem intervir diretamente na solução que será dada à questão, pois, nesse aspecto, apenas facilitará a sua construção pelas pessoas envolvidas (BEZERRA, 2014, p. 59).

Compete afirmar que o mediador tem que estar ele próprio em equilíbrio consigo mesmo, para assim poder atrair a este estado de ânimo os mediandos. Ao se referir à necessidade de mediação (harmonização) do mediador, Warat (2004c, p. 38) profere as seguintes considerações:

Para formar um mediador é preciso levá-lo a um estado de mediação, ele deve estar mediado, ser a mediação. Estar mediado é entender o valor de não resistir, de deixar de estar permanentemente em luta, tentando manipular em seu benefício, a energia dos outros.

Percebe-se que cabe ao mediador estabelecer a comunicação entre as partes, ouvir no silêncio, buscar nas entrelinhas o significado interior das coisas. Deve ter a sensibilidade de trazer a realidade do problema à tona, em um autêntico processo de tradução. Compete ao mediador intervir como terceiro no conflito, com o intuito de que os envolvidos possam ter um outro olhar sobre a desavença, enxergando-a como espaço de aprendizado e reconstrução, possibilitando a promoção de sua autonomia e de um outro direito.

Por meio da mediação, afirma Warat (2004c, p. 33), deve o mediador ajudar as partes a desdramatizar seus conflitos, a fim de que os transformem em sentimentos que os façam crescer. O mediador deve se preocupar em intervir no sentimento das partes e não no conflito, de modo que possam olhar para elas mesmas e não para o conflito. O importante é ajudá-las a viver o sentimento sem interpretar. Quando as pessoas interpretam, escondem o que tentam dominar. Quando apenas sentem sem interpretar elas podem crescer (WARAT, 2004c, p. 26).

Consequentemente, a interpretação, aqui, só é permitida enquanto produção conjunta da diferença, um modo de integração dos sentidos com o outro, construindo

outros significados (WARAT, 2009, p. 172). Assim, no processo de mediação, mais importante do que interpretar é compreender a si próprio e ao outro.

Importa destacar a distinção entre as definições de interpretação e compreensão: a primeira é um processo pelo qual se busca enquadrar o outro em conceitos, perdendo, assim, em generalidades as particularidades do indivíduo; a segunda manifesta a possibilidade de se perceber o outro a partir das singularidades que o identificam (BEZERRA, 2014, p. 60). Desse modo, por meio da compreensão se pode acessar o rosto, o ser em sua dignidade e especificidade. Assim, enquanto se interpreta para dominar, se compreende para aproximar (WARAT, 2004c, p. 142-143).

Do quanto exposto, depreende-se que para se comunicar é preciso compreender. Não se pode interpretar o outro como objeto para posteriormente tê-lo como interlocutor. Ele apenas se torna interlocutor quando no mesmo ato é compreendido e captado como gente (WARAT, 2004c, p. 143).

Assim, o outro e seu rosto não podem simplesmente ser pensados, têm que ser sentidos por meio de um contato com sensibilidade que tenha o outro como sujeito e não como objeto (BEZERRA, 2014, p. 60).

É importante lembrar que a grande maioria dos conflitos se encontra no interior das pessoas, nos sentimentos e nos desejos desatendidos. É por este motivo que a mediação deve procurar outros tipos de acordos. Acordar com os afetos em desencontros, a partir de uma outra linguagem que se comunique através dos sentimentos (WARAT, 2004c, p. 29).

A linguagem da mediação está longe do linguajar hermético do direito. Deve ser a língua dos sentimentos e do amor. A mediação deve andar junto com este, visto ser o amor o meio de o indivíduo poder enxergar seu próprio interior e principalmente o outro. “O amor é o religamento com a natureza e com os outros” (WARAT, 2004c, p. 43).

Consequentemente, pode-se inferir que um dos grandes diferenciais da mediação waratiana em relação aos métodos tradicionais (sentenças judiciais) e alternativos de resolução de conflitos (negociação direta, conciliação, arbitragem e mediação acordista) está no fato de que naquela modalidade de mediação há uma reconstrução simbólica do conflito a partir do discurso e uma busca da satisfação da

real necessidade dos indivíduos com base no sentido que dão à desavença. Analisa ainda a dimensão afetivo-conflituosa, buscando as origens, as causas e consequências do conflito.

Isso posto, ao contrário das modalidades anteriormente mencionadas, a mediação transformadora não resume o conflito em sua dimensão legal, muito menos processual. Diferentemente de uma perspectiva acordista da mediação – que concebe o acordo como o fim último do processo –, em que o mediador trabalha a busca do consenso, como o mercador negociando a mercadoria, a mediação transformadora se preocupa com a construção de uma relação dialógica que possibilite o entendimento de sentidos, a partir da determinação da autonomia dos indivíduos (BEZERRA, 2014, p. 63). A simples facilitação do diálogo já manifesta por si só o êxito da mediação, pois mesmo que não leve a um acordo, resulta em entendimento e respeito com o outro (RABELO; SALES, 2009, p. 82), quando não possibilitando o próprio amadurecimento dos indivíduos em sua relação entre si.

Assim, a mediação transformadora não se preocupa em firmar acordos de palavras, acordos muitas vezes frágeis que tendem a não resolver o conflito. O foco é que as partes possam celebrar entendimentos a partir dos sentimentos, desejos e necessidades. A maior garantia para o cumprimento de um acordo é que o consenso seja resultante do atendimento dos sentimentos, desejos e necessidades das partes envolvidas.

A grande segurança de que se pode dotar um entendimento (ou acordo) firmado pela mediação transformadora não é a sua formalização e consequente possibilidade de execução – nos termos dos arts. 515, III e 784 do Código de Processo Civil de 2015 –, mas o compromisso dos mediandos no seu cumprimento<sup>34</sup> por representar uma solução autonomamente construída por ambos e que manifesta a própria justiça das partes<sup>35</sup>. A questão que se coloca é saber quem melhor do que

---

<sup>34</sup> São diversas as pesquisas que apontam para o elevado grau de cumprimento pelas partes dos acordos realizados por meio da mediação, independentemente, sequer, de sua formalização por escrito, a exemplo dos dados levantados nas mediações realizadas no município de Ouro Preto-MG, efetuadas pelo Núcleo de Assistência Jurídica da Universidade Federal de Ouro Preto e pelo Centro de Mediação e Cidadania (DIAS; PEREIRA, 2012, p. 61-102).

<sup>35</sup> A esse respeito, há uma muito curiosa história narrada por Warat (2004c, 30), por ocasião de um curso de mediação ministrado para magistrados, em que ao ser indagado sobre a possibilidade execução judicial de acordo celebrado em procedimento de mediação

elas para dizer o que seria mais justo.

Retomando o debate da crise do paradigma jurídico dominante da modernidade, resta claro que não há mais que se tentar recuperar uma visão do direito preocupada em impor padrões de comportamento. Os objetivos do direito têm que ser mediados. Têm que estar voltados para a satisfação das relações humanas em sua complexidade. O direito tem que ser pensado em uma rede de múltiplos sentidos que tenham como preocupação maior a qualidade de vida (WARAT, 2004c, p. 53/56).

Nesse sentido, é interessante destacar a aproximação entre a mediação e o holismo, na medida em que tenta construir um direito voltado para a vida, em sua apreensão integral. Assim, “[...] a mediação se manifesta enquanto direito da alteridade, enquanto realização da autonomia e dos vínculos com o outro” (WARAT, 2004c, p. 53).

Feito um rápido panorama sobre os principais modelos teórico-práticos de mediação, passaremos a analisar como as referidas abordagens influenciaram o modelo de mediação adotado no Brasil, especialmente no âmbito judicial. Para tanto, passaremos a discorrer sobre alguns dos marcos normativos da mediação judicial em nosso país.

#### 4.2.5 A recepção do modelos teórico-práticos de mediação no Brasil.

Apesar de o debate sobre a retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos, em especial da mediação, remontarem à década de 70 do século passado em muitos países – dos quais podemos citar como exemplo os Estados Unidos e a França, conforme referido em tópico anterior –, no Brasil o processo de desenvolvimento da mediação teve seu início apenas por volta da década de 90 do século precedente.

Nesse sentido, além de um atraso cronológico na retomada contemporânea da mediação, também podemos apontar no Brasil a existência de um significativo atraso teórico. Em que pese já existirem no país diversas experiências práticas de mediação extrajudicial, especialmente comunitária, e a institucionalização de uma política nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário,

---

respondeu: “[...] os afetos nunca podem ser executados”.

nos termos da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, observa-se no Brasil que os referidos modelos teórico-práticos, que se revestem de um conjunto de técnicas próprias, foram importados sem muito rigor. Por sua vez, consistindo a mediação em um saber prático, a utilização de tais modelos, especialmente em comunidades de elevado grau de precarização, fez surgir aquilo que poderia se chamar de uma mediação à brasileira.

Desse modo, a mediação em *terra brasiliis* pode ser agrupada em duas grandes abordagens, que muitas vezes, na prática, são empregadas ora conjunta, ora separadamente. A primeira delas é a mediação em seu modelo tradicional, também chamado acordista, estruturada segundo o modelo americano da Escola de Harvard, focado na questão negocial com vistas à obtenção de um acordo; o segundo modelo, bastante usado em práticas comunitárias, é a mediação transformadora, inspirada nas elaborações teóricas de Warat, que tem por fim não a busca de um acordo, mas o restabelecimento de laços e afetos desfeitos e a ressignificação do conflito, enquanto oportunidade de transformação.

Importa destacar que a mediação acordista tem como norte um processo de resolução de conflitos, enquanto que a mediação transformadora tem como proposta um processo de transformação da percepção das partes sobre o conflito.

O processo de resolução é focado na discussão do conteúdo do conflito, buscando encerrá-lo, tendo como propósito encontrar um acordo para um problema atual, a partir do conflito imediato, num horizonte de curto prazo. Por sua vez, o processo de transformação avalia como pôr fim a algo destrutivo e construir algo desejável, tendo como propósito promover processos de mudança construtivos e inclusivos voltados para as relações, não se limitando a soluções imediatas, pautado num horizonte de mudanças de médio e longo prazo, enxergando o conflito como uma dinâmica necessária para uma mudança construtiva (SALES, 2010, p. 1).

Deve-se, ainda, fazer menção ao fato de que a separação das práticas da mediação no Brasil em dois grandes modelos, o acordista e o transformador, também tem respaldo em outros autores de monta que, com nomenclaturas distintas, mas como propostas similares, distinguem dois grupos, a exemplo do que encontramos na obra de Vasconcelos C. (2008, p. 73-88) quando trata de modelos de mediação focados no acordo e modelos de mediação focados na relação.

Feitas as devidas elucidações, e em que pesem significativas considerações em sentido contrário, consoante será possível ver mais adiante, observa-se claramente que o Poder Judiciário, ao tornar a mediação judicial uma política de Estado, adotou o modelo de mediação satisfativa da Escola de Harvard, de matriz anglo-saxã, desenvolvida nos Estados Unidos.

É importante destacar que o processo de ressurgimento da mediação é comumente visto como um fenômeno contingente e muitas vezes contraditório ao paradigma jurídico dominante da modernidade: o positivismo jurídico<sup>36</sup>.

A mediação seria um fenômeno contingente ao direito moderno, pois representaria apenas uma forma de resposta à crise estrutural da função jurisdicional do Estado que não tem conseguido decidir os processos judiciais em prazos razoáveis, garantindo a efetividade da prestação jurisdicional. Assim, o próprio Estado faria uso da mediação em âmbito judicial apenas como uma forma de estimular a busca da composição dos conflitos, pondo fim à lide processual.

Por outro lado, contraditoriamente, o uso da mediação pode ser visto como ameaça ao sistema judicial. O emprego da mediação extrajudicial poderia estimular o empoderamento dos cidadãos para a resolução de conflitos propiciando a quebra do monopólio jurisdicional do Estado. Ademais, considerando-se a complexidade dos desejos e dilemas humanos, que estão no cerne dos conflitos e que muitas vezes não são traduzidos pelo processo judicial, há autores que defendem a possibilidade de existência de uma mediação que constrói o consenso a partir de entendimentos que

---

<sup>36</sup> “O positivismo é a consciência filosófica do conhecimento-regulação. É uma filosofia da ordem sobre o caos tanto na natureza como na sociedade. A ordem é a regularidade, lógica e empiricamente estabelecida através de um conhecimento sistemático. O conhecimento sistemático e a regulação sistemática são as duas faces da ordem. O conhecimento sistemático é o conhecimento das regularidades observadas. A regulação sistemática é controlo efectivo sobre a produção e reprodução das regularidades observadas. Formam, em conjunto, a ordem positivista eficaz, uma ordem baseada na certeza, na previsibilidade e no controlo. A ordem positivista tem, portanto, as duas faces de Janus: é simultaneamente, uma regularidade observada e uma forma regularizada de produzir a regularidade, o que explica que exista na natureza e na sociedade. Graças à ordem positivista, a natureza pode tornar-se previsível e certa, de forma a poder ser controlada, enquanto a sociedade será controlada para que possa tornar-se previsível e certa. Isto explica a diferença, mas também a simbiose, entre as leis científicas e as leis positivas. A ciência moderna e o direito moderno são as duas faces do conhecimento-regulação” (SANTOS, 2011a, p. 141).

ultrapassem os limites do direito positivo – verdadeiros acordos *contra legem* (WARAT, 1998, p. 5).

No entanto, a análise do caso brasileiro mostra que a retomada da mediação é um processo largamente estimulado pelo próprio Estado. A cultura jurídica nacional é marcada por uma forte presença do Estado, de origem no *civil law*, sendo o próprio Poder Judiciário que tem promovido a busca de alternativas à jurisdição.

Desse modo, o desenvolvimento da mediação no Brasil, mais especificamente no meio judicial, sob o patrocínio direto do Estado, não se apresenta como qualquer forma de ameaça ou incompatibilidade ao sistema judicial. Muito pelo contrário, verifica-se que o direito positivo tem buscado regular a prática da mediação, ora colonizando-a, ora reconhecendo sua validade e eficiência, trabalhando para afastar alegados riscos e supostas incompatibilidades da mediação com o exercício da jurisdição estatal.

A opção do Poder Judiciário por um modelo teórico de mediação que tenha como foco a facilitação da comunicação com vistas à obtenção do acordo parece por demais óbvia, pois sem o acordo não há como pôr termo à lide processual. Nessa perspectiva, por mais que a mediação tenha diversos objetivos, a exemplo do empoderamento das partes, a promoção da autonomia dos sujeitos e a prevenção da violência, observa-se que o principal – se não o único – objetivo perseguido pelo Poder Judiciário é a obtenção do acordo, pois apenas com ele é possível pôr fim ao processo, com a correspondente baixa dos autos, contribuindo para o descongestionamento da máquina judiciária.

No tópico subsequente, buscar-se-á demonstrar que a mediação judicial, instituída nos termos da Resolução nº 125/2010 do CNJ, adotou de forma preponderante o modelo de mediação satisfativa da Escola de Harvard para o desenvolvimento da mediação no âmbito do Poder Judiciário. Para tanto, iniciar-se-á pela análise da própria Resolução nº 125/2010 do CNJ que institucionalizou no âmbito de todo o Poder Judiciário a prática da mediação, para em sequência adentrar na legislação posterior.

## **5 A MEDIAÇÃO JUDICIAL NO BRASIL.**

No presente capítulo será feito um estudo sobre o processo de desenvolvimento da mediação judicial no Brasil, a partir da análise de seus marcos regulatórios. Para tanto, a discussão será iniciada pela contextualização das especificidades da crise da atividade jurisdicional no Brasil. Em sequência, será analisado o modelo de mediação judicial adotado pela Res. 125/2010 do CNJ, para em seguida debater os desdobramentos realizados pelas mais recentes inovações legislativas sobre o tema, com destaque especial para a análise da Lei nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil e a Lei nº 13.140/2015, denominada Lei de Mediação, que regula a mediação entre particulares e na administração pública. Por fim, serão tecidas considerações sobre a mediação judicial no Brasil e algumas das dificuldades encontradas.

### **5.1 O contexto brasileiro da crise da atividade jurisdicional do Estado.**

A crise da atividade jurisdicional do Estado que atingiu as democracias Ocidentais, especialmente no último quartel do século passado – conforme afirmado no segundo capítulo –, também abateu o Brasil, sendo ainda temperada por ingredientes nacionais.

No caso brasileiro, a promulgação da Constituição de 1988 acabou por incorporar ao ordenamento nacional um extenso rol direitos humanos, sob o formato de direitos e garantias fundamentais, os quais passaram a ser tutelados pelo poder judiciário, por meio do controle abstrato e concreto de constitucionalidade. Quanto ao ponto, dois elementos merecem ser destacados. O primeiro é a existência de uma Constituição com textura aberta, repleta de princípios, conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas-gerais os quais acabam por possibilitar diversos conflitos e dificuldades interpretativas, fazendo com que em muitas situações do texto legislativo seja apenas construído o sentido normativo pelo poder judiciário. O segundo é que o enorme rol de legitimados para propositura de ADIn acabou por criar um cenário no qual o texto constitucional pode ser constantemente questionado pelos mais diversos atores no poder judiciário tanto no controle concreto quanto abstrato de

constitucionalidade.

Ademais, para além do progressivo deslocamento do centro da tomada de decisões políticas dos poderes legislativo e executivo para o judiciário, no Brasil os poderes tipicamente políticos atravessam já há muito tempo significativa crise que atraiu, e posteriormente acabou por instalar, o poder judiciário como o principal árbitro das principais disputas políticas em solo nacional.

Assim, todos os elementos que impulsionaram a retomada da mediação de conflitos e dos demais métodos de solução de conflitos nas democracias contemporâneas parecem encontrar no Brasil terreno fértil para o seu desenvolvimento, aliado à crise dos poderes legislativo e executivo que acabou por inserir o poder judiciário na arena política, culminando com o agravamento da crise da atividade jurisdicional do Estado.

Feitas essas rápidas considerações sobre a panorama nacional, passa-se agora a discutir de forma também breve como as ondas renovatórias de Cappelletti e Garth – anteriormente citadas – foram sentidas e influenciaram de forma decisiva no sistema jurídico brasileiro.

Retomando a discussão sobre as ondas renovatórias de acesso à justiça de Cappelletti e Garth, importa inicialmente destacar que ainda hoje seus efeitos podem ser identificados no Brasil, especialmente no que diz respeito às diversas reformas realizadas no sistema processual. Dito isso, os principais movimentos renovatórios do acesso à justiça podem ser identificados do seguinte modo: a primeira onda se refere à superação do obstáculo econômico do acesso à justiça, a fim de garanti-lo à população carente; a segunda onda guarda relação com o enfrentamento das dificuldades de organização da justiça, com o desiderato de possibilitar a tutela coletiva dos direitos difusos e sociais; e a terceira faz referência à busca de métodos adequados para a efetivação da tutela jurisdicional, bem como a ampliação da própria concepção de justiça.

Dito isso, compete assinalar que no Brasil a primeira onda renovatória tem seu início com a Lei nº 1.060/1950, ao instituir a assistência jurídica gratuita aos mais necessitados, a qual foi elevada ao patamar de garantia fundamental, nos termos do art. 5º, LXXIV da CF/88. De outro lado, houve a estruturação da defensoria pública que restou também consagrada no art. 134 da Constituição Federal como uma

instituição essencial à função jurisdicional do Estado. Por sua vez, a segunda onda renovatória no acesso à justiça toma corpo a partir da ineficiência do direito processual civil tradicional em garantir a tutela dos direitos coletivos. Nesse sentido, as dificuldades em se delimitar a titularidade dos direitos que se buscava tutelar em juízo gerava dificuldades na busca do provimento jurisdicional. Foi buscando contornar o referido obstáculo que entrou em vigor a Lei de Ação Civil Pública, à qual foram posteriormente acrescentadas algumas disposições do Código de Defesa do Consumidor que acabou por criar um microssistema processual coletivo no Brasil, apto a garantir a efetividade da tutela coletiva de direito. Por fim, a terceira onda é a que mais faz sentir os seus efeitos ainda hoje. Foram diversas as iniciativas adotadas para aumentar a efetividade da tutela jurisdicional do Estado, dentre as quais seria possível citar a título ilustrativo: a informatização do processo judicial, nos termos da Lei 11.419/2006; a criação de precedentes vinculantes, mais conhecidas como Súmula Vinculantes do Superior Tribunal Federal, consoante o art. 103-4 da CF/88, regulamentado pela Lei 11.417/2006; sem esquecer da última reforma do direito processual civil, nos termos da Lei 13.105/2015, que instituiu o novo código de processo civil que tem como um de seus principais focos a efetividade da tutela jurisdicional do Estado. A outra perspectiva da terceira onda, direcionada para a ampliação da concepção de justiça, acabou por se manifestar no Brasil pela incorporação dos métodos alternativos de solução de conflitos, dos quais podemos destacar inicialmente a Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre a arbitragem no Brasil – recentemente alterada pela lei nº 13.129/2015. Essa última inovação foi seguida por diversas iniciativas normativas tendentes a regulamentar a mediação, com especial destaque para a Resolução nº 125/2010 do CNJ, que institui a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do poder judiciárias, a qual foi seguida por normas legais que disciplinaram a sua prática extrajudicial, nos termos da Lei nº 13.140/2015, bem como no interior do processo judicial, nos termos do NCPC.

Nessa perspectiva, é possível observar como uma das dimensões da terceira renovatória do acesso à justiça de Cappelletti e Garth acabou por estimular o desenvolvimento da mediação no Brasil, especialmente no âmbito judicial. Dito isso, passa-se agora a discutir o processo de incorporação da mediação no sistema judicial

brasileiro, destacando as experiências e teorias que influenciaram o modelo de mediação judicial adotado.

## **5.2 O modelo de mediação judicial adotado na Res. nº 125/2010 do CNJ.**

A análise do modelo de mediação judicial em concreto importado pelo Estado brasileiro passa, necessariamente, pela discussão das experiências já em desenvolvimento de mediação no âmbito judicial e de outros elementos que influenciaram o direcionamento adotado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ ao instituir uma política nacional e uniforme para todo o Poder Judiciário, no que se refere ao tratamento adequado dos conflitos de interesse por meio da mediação e da conciliação. Assim, na presente parte, pretende-se analisar a existência de experiências que influenciaram o modelo de mediação judicial adotado pela Resolução nº 125/2010 do CNJ<sup>37</sup>, bem como investigar qual dos modelos teórico-práticos de mediação teve maior espaço ou predominância na referida normatização.

### **5.2.1 Os precedentes da mediação judicial no Brasil.**

A Resolução nº 125/2010 do CNJ teve sua origem em proposta apresentada pelo professor Kazuo Watanabe ao então presidente do Supremo Tribunal Federal – STF e do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, o ministro César Peluso, que nomeou um grupo de trabalho constituído por cinco magistrados para instituir uma política de tratamento adequado de conflitos no âmbito do Poder Judiciário, cujo resultado foi a aprovação da referida resolução em 29 de novembro de 2010 (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 302).

Importa destacar que já em seu discurso de posse como presidente do STF e do CNJ, em 23 de abril de 2010, o ministro Peluso deixa expressa a sua intenção de trazer para o interior do Poder Judiciário os meios alternativos de resolução de

---

<sup>37</sup> Impõe esclarecer que para verificar qual modelo de mediação foi adotado para a mediação judicial no Brasil, o presente artigo limitou-se a analisar a Resolução nº 125/2010 do CNJ. No entanto, na continuidade da pesquisa, serão ainda em momento oportuno estudados outros elementos que apontam para a caracterização do modelo de mediação judicial no Brasil, a exemplo das diversas versões do Manual de Mediação Judicial, bem como da normatização da mediação judicial realizada dentro do CPC/2015.

conflitos, conforme se observa da passagem:

[...] é tempo, pois, de, sem prejuízo doutras medidas, incorporar ao sistema os chamados meios alternativos de resolução de conflitos, que, como instrumental próprio, sob rigorosa disciplina, direção e controle do Poder Judiciário, sejam oferecidos aos cidadãos como mecanismos facultativos de exercício da função constitucional de resolver conflitos. (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 303).

A Resolução nº 125/2010 do CNJ ao instituir uma política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário tem como objetivos expressos: 1) promover a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial a conciliação e a mediação, dentro do sistema judicial; 2) zelar pela qualificação de mediadores e conciliadores, instituindo parâmetros para a sua capacitação; e 3) promover uma mudança na cultura jurídica dos realizadores institucionais do direito<sup>38</sup> e das partes, a fim de que possam conhecer e estimular a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos. Corroborando o referido entendimento, Lagastra Luchiari (2011, p. 304) vai afirmar que:

A política pública acima mencionada tem por objetivo a utilização dos meios alternativos de solução de conflitos, principalmente da conciliação e da mediação no âmbito do Poder Judiciário e sob a fiscalização deste, e, em última análise, a mudança de mentalidade dos operadores do direito e das próprias partes, com a obtenção do escopo magno da jurisdição, que é a pacificação social, sendo apenas consequências indiretas desta, mas de suma relevância, a diminuição do número de processos e o afastamento da morosidade do Judiciário.

Com efeito, segundo nos relata Lagastra Luchiari (2014, p. 316) – magistrada que integrou o grupo de trabalho acima referido responsável pela elaboração da minuta da resolução –, a Resolução nº 125/2010 do CNJ, ao criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC – unidades judiciárias

---

<sup>38</sup> Expressão criada por Warat em menção aos tão conhecidos operadores do direito. Adota-se a terminologia waratiana por entender que a expressão “operadores do direito” carrega consigo a ideia de uma atividade alienada na realização do direito, tal como o operário no início da revolução industrial que aperta o parafuso de uma máquina da qual não entende a produção e nem se reconhece como participante do processo produtivo (BEZERRA, 2014).

preferencialmente responsáveis pela realização e gestão das audiências de conciliação e mediação –, utilizou como parâmetro os Setores de Conciliação e Mediação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e o tribunal multiportas norte-americano.

Desse modo, a fim de investigar as origens do modelo de mediação judicial presente na Resolução nº 125/2010 do CNJ, faz-se necessário analisar de forma breve o Projeto de Gerenciamento do Processo que deu origem aos citados Setores de Conciliação e Mediação do TJ-SP, bem como o tribunal multiportas norte-americano.

O Projeto de Gerenciamento do Processo ou Projeto de Gerenciamento de Casos, como foi denominado, foi originado de estudos realizados por um grupo de juízes, promotores, advogados e sociólogos, sob a orientação do professor Kazuo Watanabe e do desembargador Caetano Lagrasta, visando a melhoria da prestação jurisdicional no Estado de São Paulo. O Projeto de Gerenciamento do Processo foi inspirado no modelo *Stuttgart* do Código de Processo Civil alemão e, no *Case Management*, do direito norte-americano (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 289-290).

O modelo de *Stuttgart* se baseia em uma proposta de resgatar o princípio da oralidade como originalmente previsto no Código de Processo Civil alemão de 1877, caracterizando pela adoção da palavra oral no curso do processo, imediatidade, identidade física do juiz, concentração dos atos processuais, dentre outros. A partir dessa perspectiva, desenvolveu-se um novo modelo de audiência no processo civil, conhecido como *Stuttgart Modell* – em referência ao tribunal da cidade homônima –, por meio do qual se concentrava a coleta de provas, os debates e o julgamento em uma única audiência (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 290-291).

Por sua vez, o *Case Management* do direito norte-americano corresponde a um modelo no qual há uma participação mais ativa do juiz na gestão do processo, com expresse reconhecimento da atividade do magistrado na promoção de acordos e na busca de outras estratégias para solucionar a lide, incentivando a utilização dos métodos alternativos de solução de conflitos (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 291-292).

Desse modo, o Projeto de Gerenciamento do Processo propõe uma atividade de gestão processual pelo juiz apoiada em três vertentes: 1) a racionalização das

atividades cartoriais; 2) mudança de mentalidade dos juízes e a condução efetiva do processo pelos magistrados; 3) introdução dos meios alternativos de solução de conflitos nas demandas apresentadas; tudo visando reduzir o número de processos distribuídos e a sua duração (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 292).

No entanto, a maior inovação trazida pelo Projeto de Gerenciamento do Processo foi a criação dos Setores de Conciliação e Mediação que permitiram a introdução da mediação no Poder Judiciário paulista, a partir da implementação, no ano de 2004, do referido projeto nas Comarcas de Serra Negra e Patrocínio Paulista (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 295-296).

Do quanto até aqui exposto, é possível observar que se a criação do CEJUSC teve como referência os Setores de Conciliação e Mediação do TJ-SP, esses últimos, por sua vez, foram fortemente influenciados pelo *Case Management* do direito norte-americano, o que aponta desde logo para a forte influência do modelo de mediação de matriz anglo-saxã na origem da mediação judicial no Brasil.

No que se refere ao Tribunal Multiportas ou Fórum de Múltiplas Portas (Multidoor Courthouse), importa ressaltar que a sua proposta de criação foi idealizada pelo professor Sander (1979), sendo responsável na década de 1970 pela institucionalização da mediação no âmbito judicial nos Estados Unidos.

O Fórum de Múltiplas Portas pode ser definido como uma forma de organização por meio do qual o Poder Judiciário se constitui em um centro de resolução de disputas que trabalha com vários procedimentos de resolução de conflitos, cada qual com vantagens e desvantagens, a serem consideradas em função das características de cada conflito e das pessoas envolvidas (LAGASTRA LUCHIARI, 2011, p. 306).

Com efeito, observa-se mais uma vez forte influência de institutos jurídicos do sistema judicial norte-americano na origem da mediação importada pelo Poder Judiciário brasileiro, nos termos da Resolução nº 125/2010 do CNJ, ante a expressa inspiração do *Multidoor Courthouse* estadunidense, especialmente no modelo dos CEJUSCs, conforme será a seguir exposto.

### 5.2.2 O papel do CEJUSC na mediação judicial.

Retomando o quanto até aqui afirmado, não se deve esquecer que a retomada contemporânea da mediação é um processo largamente influenciado pelos sistemas de regulação social e estimulado pelo próprio Estado – ao menos inicialmente. No caso brasileiro, a cultura da litigância é de tal modo enraizada na sociedade e na formação jurídica nacional que os conflitos sociais desaguam de modo predominante nas portas do Poder Judiciário. Desse modo, observa-se que a forte presença do Estado no nosso sistema de regulação social, de origem no *civil law*, fez com que o próprio Poder Judiciário passe a promover a busca de alternativas à jurisdição. De forma aparentemente um pouco contraditória, seria possível afirmar que a mediação judicial tem sido estimulada pelo Poder Judiciário como uma alternativa à jurisdição estatal e que a mediação, a qual deveria se desenvolver extrajudicialmente, para a ser internalizada no sistema judicial.

Assim, perseguindo o desiderato pretendido para a promoção da mediação e da conciliação na esfera judicial, o art. 8º da Res. 125/2010 do CNJ determinou a criação por parte dos Tribunais de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania - CEJUSC, a serem instalados até a entrada em vigor no novo Código de Processo Civil, nos termos da redação dada pela Emenda nº 2/2016 da referida resolução. Verifica-se aqui já o grande entrelaçamento entre a Res. 125/2010 e o NCPC no que se refere à disciplina da mediação e conciliação judicial dada a importância assumida pelos Cejuscs para o processo cível. Para tanto a Emenda nº 2/2016 teve como uma das principais finalidades compatibilizar a disciplina da mediação e conciliação judicial com as disposições constantes no NCPC.

Com efeito, o CEJUSC pode ser definido como a unidade do Poder Judiciário, dotada de espaço adequadamente estruturado, preferencialmente responsável pela realização de sessões de mediações e conciliações, a serem desenvolvidas por mediadores e conciliadores devidamente capacitados, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

Da atenta leitura do art. 8º, §1º, da Res. 125/2010, observa-se que nos CEJUSCs serão realizadas todas as sessões de mediação e conciliação pré-processuais, podendo, excepcionalmente, as sessões de mediação e conciliação

judiciais serem realizadas nos próprios Juízos.

A Res. 125/2010 do CNJ prevê a instalação de um CEJUSC nos locais onde existam no mínimo dois Juízos responsáveis pela realização de audiências, nos termos do art. 334 do NCPC. Deve-se esclarecer que há a possibilidade de realização das sessões de conciliação e mediação em prédios apartados do Fórum ou até mesmo a constituição de Centros Regionais. Tal iniciativa se manifesta interessante, pois a lógica da decisão e do consenso são distintas, sendo salutar o desenvolvimento das referidas práticas em espaços diferenciados. Merece ainda destaque a possibilidade de realização de procedimento de conciliação e mediação itinerante, nas localidades nas quais ainda não haja CEJUSC.

Compete ainda destacar que cada Centro será coordenado por um magistrado, designado pelo respectivo Tribunal dentre aqueles devidamente treinados nos termos estabelecidos pelo CNJ, o qual terá como incumbência supervisionar todas as atividades realizadas pelo CEJUSC e homologar acordos. Importa ressaltar que para efeito de estatística de produtividade, as sentenças homologatórias prolatadas em processos encaminhados de ofício ou por solicitação ao CEJUSC reverterão ao magistrado de origem, enquanto que as sentenças decorrentes de atuação pré-processual contabilizarão ao Coordenador do Centro. Ademais, poderão atuar nos Centros membros do Ministério Público, Defensores Públicos e/ou advogados.

Outra inovação introduzida pela Emenda nº 2/2016 do CNJ, referente à atuação dos terceiros facilitadores, que guarda relação direta com o NCPC, é a possibilidade de as partes avaliarem o desempenho dos conciliadores, mediadores e da Câmaras Privadas. Inclusive a referida avaliação deve estar disponível ao público, junto com o Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, a fim de embasar a escolha de mediadores pelas partes nos processos judiciais, nos termos do art. 168 do NCPC, c/c art. 25 da Lei de Mediação.

Ainda no que se refere à estrutura, os CEJUSCs deverão contar com pelo menos um servidor com dedicação exclusiva, devidamente capacitado em métodos consensuais de solução de conflitos, para a triagem e encaminhamento adequado dos casos. Os centros deverão ser dotados obrigatoriamente de setores de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania.

Deve-se ressaltar que a fase pré-processual é de suma importância para o adequado tratamento do conflito, pois os ânimos ainda não estão acirrados pelo percurso judicial, sendo possível avaliar com maior clareza o método mais adequado segundo as peculiaridades do conflito, o que apenas pode ser realizado por pessoal altamente capacitado. Consoante anteriormente apontado, é a análise do conflito que poderá identificar qual é o método mais adequado para a busca de uma solução satisfatória.

No entanto, em que pese a previsão normativa de atividade pré-processual e de orientação sobre Direitos do Centros, na prática se tem observado que os CEJUSCs têm sua atuação bastante limitada – quando não exclusiva – à fase endoprocessual do conflito. Inclusive, é digno de nota o fato de que os CEJUSC têm encontrado dificuldades para desenvolvimento de práticas adequadas de mediação no âmbito judicial, mesmo quando sua atuação se encontra predominantemente direcionada – ou até restrita – aos litígios judiciais.

Nesse sentido, a atividade do CEJUSC tem sido alvo de críticas, das quais podemos destacar as observações de Spengler (2017, p. 86) ao avaliar que o CEJUSC lembra de forma apenas modesta o Tribunal Multiportas americano, pois apesar de trabalhar com a perspectiva de uma análise pré-processual do conflito, a fim de definir o método de solução (porta) mais adequado, a Res. 125/2010 do CNJ ainda trabalha com poucos instrumentos alternativos à jurisdição estatal.

Com efeito, torna-se possível afirmar que a atuação do CEJUSC é efetivamente bastante circunscrita à realização de procedimentos de mediação em processos judiciais já em curso, no interior do sistema judicial. Tal limitação tem uma razão de ser muito clara, pois se a mediação é utilizada como uma tentativa de desafogar o sistema judicial, apenas faz sentido o uso do procedimento em situações nas quais seria possível obter um acordo para pôr termo a um processo judicial em curso.

Desse modo, longe de buscar o desenvolvimento de uma melhora qualitativa na justiça que se presta, constata-se que a mediação é apenas empregada com o objetivo de atingir acordos para reduzir o congestionamento da máquina judiciária. Feitos esses esclarecimentos de ordem prática, fica mais fácil identificar as opções teóricas realizada para a definição do modelo de mediação judicial adotado – ou

importado – no Brasil, o qual será analisado na seção subsequente.

### 5.2.3 O Modelo teórico-prático predominante na Res. nº 125/2010 do CNJ.

A questão que se coloca no presente momento deste trabalho é verificar a existência de adoção expressa, ou suposta predominância, de algum dos modelos teórico-práticos – mediação satisfativa, transformativa, circular-narrativa ou transformadora – de mediação no modelo de mediação judicial presente na Resolução nº 125/2010 do CNJ. Para tanto, será necessário analisar de forma detida algumas partes do referido ato normativo, de modo a investigar as inclinações expressas e ocultas em seu texto.

Inicialmente, compete esclarecer que o texto da Resolução nº 125/2010 do CNJ, aprovado em 29 de novembro de 2010, já foi objeto de duas emendas. A primeira delas no ano de 2013 e a segunda em 2016. Desse modo, tentaremos também analisar a existência de inclinações ou mudanças de posicionamento nas modificações normativas introduzidas no texto original da resolução.

Da atenta leitura do texto original da Resolução nº 125/2010 do CNJ fica claro que o texto normativo tem grande inclinação pela abordagem da mediação satisfativa da escola de Harvard. A referida afirmação pode ser demonstrada por meio do especial destaque que é dado no conteúdo programático para a formação dos terceiros facilitadores (mediadores e conciliadores) ao emprego das técnicas negociais para a busca do acordo na conciliação, conforme se observa do Anexo I, módulo II, da referida resolução, ao tratar dos cursos de capacitação e aperfeiçoamento, mais especificamente da “conciliação e suas técnicas”:

Disciplinas:

1) Introdução (7 horas/aula):

a) Conceito e filosofia. Conciliação judicial e extrajudicial;

b) Conciliação ou mediação?;

c) Negociação. Conceito. Integração e distribuição do valor das negociações. Técnicas básicas de negociação (a barganha de posições; a separação de pessoas de problemas; concentração em interesses; desenvolvimento de opções de ganho mútuo; Critérios objetivos; melhor alternativa para acordos negociados). Técnicas intermediárias de negociação (estratégias de estabelecimento de

rapport; transformação de adversários em parceiros; comunicação efetiva). (destaque nosso).

Em idêntico norte, o texto original da resolução prossegue dando especial ênfase ao uso de técnicas negociais focadas na obtenção do acordo para a mediação, consoante é possível observar ainda no Anexo I, modelo II, que versa sobre a “mediação e suas técnicas”:

2) As Escolas ou Modelos de Mediação (04 horas/aula):

a) Os diferentes modelos e suas ferramentas: Harvard ou facilitativo, transformativo, circular-narrativo, avaliativo;

b) A negociação cooperativa de Harvard (posições e interesses, aspectos emocionais que envolvem a negociação, solução ou soluções parciais ou totais). (destaque nosso).

No ano de 2013, foi aprovada a Emenda nº 1 da Resolução nº 125/2010 do CNJ que trouxe como uma de suas principais inovações a autorização para a mediação no âmbito penal, bem como de outras práticas restaurativas.<sup>39</sup> No que se refere ao objeto deste artigo, observa-se que a referida emenda promove alteração no Anexo III, incluindo entre os princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais o empoderamento e a validação. Quanto ao ponto, impõe destacar que a inclusão do empoderamento aponta para uma maior inclinação para a mediação transformativa, enquanto que o princípio da validação se identifica com elementos caracterizadores da mediação circular-narrativa. No entanto, tal fato não descaracterizou a forte predominância da mediação satisfativa como modelo preponderante para a mediação judicial.

Em sequência, a Emenda nº 2/2016 promove uma forte adequação da

---

<sup>39</sup> No ponto, compete esclarecer que a expressa autorização para a realização de mediação penal e outras práticas restaurativas acaba sendo afastada da Res. 125/2010 do CNJ, por meio da Emenda nº 2/2016. Embora parecesse inicialmente que se tratasse de um retrocesso normativo, foi justamente o contrário o que de fato ocorreu, pois as práticas restaurativas de um modo geral – o que inclui a mediação – foram objeto de regulamentação própria, nos termos da Resolução nº 225/2016 do CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Deve ainda ressaltar que foi estabelecida a Meta nº 8 nas Metas Nacionais do Poder Judiciário no ano de 2016, para a implantação de unidade para o desenvolvimento de práticas restaurativas. Tudo isso apenas demonstra a franca ampliação da utilização da mediação nos mais diversos âmbitos no Brasil

Resolução nº 125/2010 às leis nº 13.105/2015, que institui o novo Código de Processo Civil, e a Lei nº 13.140/2015, que regulamentou a mediação entre particulares e na administração pública. É apenas com a Emenda nº 2/2016 que a resolução passa a disciplinar e, de certo modo, incentivar o desenvolvimento da mediação fora do Poder Judiciário, a exemplo da normatização da atuação das câmaras privadas de mediação. Assim, observa-se que a resolução até então estaria apenas reforçando a crença há muito tempo já arraigada em nossa cultura jurídica de que apenas o Estado tem a capacidade e a legitimidade de solucionar os conflitos. A referida crítica também é corroborada por Filpo (2016, p. 49) ao afirmar:

Na verdade o Judiciário está trazendo para si mais uma incumbência, no sentido de centralizar também a gestão desse método, reforçando a ideia já bastante arraigada de que apenas o Estado, no caso o Estado-juiz, está legitimado para administrar os conflitos de interesses, quando, ao menos em tese, até mesmo a experiência de outros países (como na Argentina[...]), outras instituições poderiam dar conta dessa tarefa, a depender da natureza e intensidade do conflito, sem necessariamente apresentar mais uma frente de atuação do Judiciário.

Quanto ao aspecto da capacitação dos mediadores, a Emenda nº 2 caminha no sentido de reconhecer a interdisciplinaridade do saber da mediação, mas continua a reforçar os aspectos estritamente racionais para perseguir o acordo – subvalorizando especialmente as emoções e os sentimentos –, conforme se observa a partir da inserção da Teoria dos Jogos no conteúdo programático dos cursos de formação.

Feitas essas observações, é possível constatar que apesar da ausência expressa da importação de um modelo teórico-prático específico para a mediação judicial no Brasil, há manifesta predominância de características da mediação satisfativa, ou Escola de Harvard, a partir do maior enfoque nos métodos negociais na busca de se obter um acordo que possa pôr fim à lide processual.

Nesse sentido, em que pesem as colocações de Lagastra Luchiari (2014, p. 319) de que a Resolução nº 125/2010 do CNJ não promoveu a imposição de um único modelo de mediação de alguma das escolas teóricas, mas estimulou o desenvolvimento de um modelo nacional de mediação, podemos contra-argumentar que apesar da inexistência expressa de adoção de um modelo específico, é possível

constatar que foi dado grande destaque à mediação satisfativa de forma predominante e que apenas técnicas e características desse modelo têm sido desenvolvidas no interior da mediação judicial.

No entanto, o fato de a mediação satisfativa, de matriz anglo-saxã, ter sido bem-sucedida nos Estados Unidos não traz nenhuma garantia de seu êxito no Brasil, dadas as mais do que significativas diferenças de sistemas jurídicos e culturais entre os dois países. Desse modo, não causa espécie as dificuldades que a mediação judicial brasileira tem enfrentado, em alguns aspectos decorrentes da importação de um modelo originário de uma matriz cultural e jurídica tão distinta. Essa percepção é compartilhada por Filpo (2016, p. 56) ao afirmar:

[...] dissemina-se a ideia de que a adoção da mediação endoprocessual e outros métodos consensuais seriam a solução para todos os problemas do Judiciário. Muitas vezes esse argumento é reforçado pela menção a experiências bem-sucedidas no exterior, sobretudo nos Estados Unidos, mas sem informar que se está tratando de diferentes tradições jurídicas, e o que serve para os americanos, à luz de sua cultura, pode não ser adequado para os brasileiros. Todo esse contexto me leva a indagar, [...] se não estamos diante de um mero exercício de retórica.

Desse modo, na próxima seção passa-se a tecer algumas breves considerações sobre as dificuldades que a mediação judicial tem enfrentado em decorrência da importação de um modelo que se mostra incompatível com a realidade jurídica e cultural brasileira.

### **5.3 Os novos marcos normativos da mediação.**

A evolução dos marcos normativos da mediação talvez tenha alcançado o seu ápice no ano de 2015 com a aprovação da Lei nº 13.105/2015, o Novo Código de Processo de Civil, a qual reservou papel destacado para a mediação no curso do processo civil, e da Lei nº 13.140/2015, conhecida como Lei de Mediação, cujo objeto principal foi a regulamentação da mediação entre particulares e no âmbito da administração pública.

As referidas inovações legislativas foram fruto de intensa discussão e não deixaram de fora o debate sobre o papel da mediação no interior do sistema de justiça

nacional. Assim, faz-se necessário verificar como a mediação foi tratada em ambas as legislações, a fim de observar se o disciplinamento legal da mediação nas referidas leis aponta para a adoção de um modelo teórico-prático específico. Iniciaremos a análise pelo Código Processual Civil de 2015 – CPC/2015.

### 5.3.1 A mediação no Código de Processo Civil de 2015.

Ao analisar o impacto para a prática da mediação judicial da aprovação e da entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, será dado destaque especial às repercussões que o referido diploma normativo causou na atuação dos Cejuscs, criados no âmbito da Res. 125/2010 do CNJ.

Em que pese o fato de ter sido mantida a expressa autorização já existente na codificação anterior para que os juízes possam a qualquer tempo – mas agora preferencialmente com o auxílio de mediadores e conciliadores – promover a autocomposição, nos termos do art. 165 do NCPC, resta clara a ocorrência de sensíveis inovações.

Feitas as devidas considerações, compete apontar que a atual codificação processual civil dotou de significativa importância a mediação e a conciliação ao inseri-las no capítulo Das Normas Fundamentais do Processo Civil e ao explicitar que o Estado promoverá sempre que possível a busca da solução consensual para os conflitos e que a mediação e a conciliação devem sempre ser estimuladas por juízes, advogados e membros do MP, inclusive no curso do processo judicial (art. 2º, §3º, do NCPC).

Destaque-se que a importância atribuída à autocomposição guarda consonância com os princípios da cooperação e do respeito ao autorregramento das partes a estimular e garantir uma maior atuação das partes na busca de uma solução mais efetiva para o processo civil, fazendo com que o NCPC incorporasse ao processo civil brasileiro todo um microsistema próprio referente à mediação e à conciliação (DIDIER JR, 2018, p. 72-73).

No Capítulo Dos Auxiliares da Justiça, o NCPC promoveu a disciplina da atuação dos conciliadores e mediadores judiciais, promovendo um significativo diálogo com a Res. 125/2010 do CNJ (alterada pela Emenda nº 2/2016),

especialmente no que se refere ao trabalho dos mediadores e conciliadores judiciais que atuarão nos Cejuscs.

São apontados os princípios orientadores da mediação e da conciliação (art. 166 do NCPC) – de modo similar à Res. 125/2010 do CNJ – a exemplo dos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

Compete ressaltar que o NCPC traz um importante avanço ao delimitar a atuação do mediador e do conciliador, realizando, por tabela, a distinção entre práticas da mediação e da conciliação. Desse modo, a mediação é indicada, preferencialmente, para os casos nos quais há vínculo anterior entre as partes, de modo que o mediador auxiliará os interessados a compreender as questões e os interesses do conflito, a fim de que possam restabelecer a comunicação e identificar por si próprios soluções consensuais que gerem benefícios mútuos (art. 165, §3º, do NCPC). Por sua vez, a conciliação é apontada para os casos nos quais não há vínculo anterior entre as partes, podendo o conciliador sugerir soluções não vinculativas para o litígio (art. 165, §2º, do NCPC). Merece destaque quanto ao ponto o rigor teórico e a boa técnica legislativa ao realizar uma distinção conceitual que não se configura como das mais simples.

Quanto à definição dos mediadores, o NCPC faculta às partes escolher de comum acordo o mediador, o conciliador ou a câmara privada que os auxiliará na resolução do conflito. Inexistindo consenso na escolha, o processo será distribuído entre os mediadores e conciliadores cadastrados no Tribunal. Deve-se ressaltar que os mediadores e os conciliadores, quando advogados, estão impedidos de exercer a advocacia no juízo que atuem. Há que se esclarecer que aos mediadores e conciliadores se aplicam as mesmas hipóteses de suspeição e impedimento previstas aos magistrados no NCPC e que os mediadores estarão ainda impedidos de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes em mediação por eles conduzida pelo prazo de 1 ano, não podendo também atuar como testemunha ou árbitro.

Por fim, talvez a mais marcante inovação introduzida pelo NCPC nas atividades desenvolvidas pelo Cejusc foi a previsão de uma audiência de mediação e conciliação, nos termos do art. 334 do NCPC – seria mais apropriado falar em sessão,

consoante alerta Tartuce (2016), – após o recebimento da petição inicial e antes da realização de qualquer ato processual.

Importa destacar que a referida audiência de mediação e conciliação apenas não se realizará se ambas as partes manifestarem expressamente seu desinteresse na realização da audiência. Em hipótese contrária, no caso de apenas uma das partes recusar-se a participar, a audiência ocorrerá. Deve-se ainda fazer a ressalva de que após a designação da audiência o não comparecimento de uma das partes pode caracterizar como ato atentatório à dignidade da justiça, ensejando a imposição de multa de 2% sobre o valor da causa ou do proveito econômico pretendido.

É necessário esclarecer que o NCPC acabou por mitigar o princípio da voluntariedade das partes na mediação, haja vista que elas agora são obrigadas, salvo a negativa conjunta, a participarem da audiência de mediação. Importa aqui não deixar dúvidas de que a obrigatoriedade se limita apenas ao comparecimento à primeira sessão, não estando as partes obrigadas a prosseguir no procedimento de mediação ou de chegar a uma solução. A referida medida parece significativamente contraditória frente à necessidade de um genuíno consenso pelas partes, buscado pela mediação.

Observa-se que por ocasião da elaboração do anteprojeto do NCPC surgiu uma controvérsia quanto ao ponto. O dilema era deixar tudo como antes, ou seja, a mediação e conciliação como procedimentos meramente opcionais e à disposição das partes ou introduzir uma mediação pré-processual obrigatória, a exemplo da legislação aplicada na Argentina na cidade de Buenos Aires (Lei nº 24.573 de 4 de outubro de 1995).

Ao final, optou-se por uma solução intermediária na qual restou quase obrigatória a presença das partes apenas na primeira sessão de mediação e/ou conciliação como forma de tomarem conhecimento da mediação e dela se utilizarem como oportunidade para a solução do conflito. Aqui tentou-se romper a resistência de muitos advogados a participar de forma espontânea do procedimento de mediação, tornando obrigatório um contato inicial, o qual poderia ser aproveitado tanto pelos patronos como pelas partes como oportunidade para encontrar uma solução consensual.

Do quanto até aqui exposto, observa-se que nos cinco anos que separam a

Res. 125/2010 do CNJ do NCPC o papel dos CEJUSCs evoluiu de uma unidade que oferecia um serviço de mediação meramente opcional e facultativo para integrar o curso do processo civil brasileiro, constituindo-se como uma etapa quase obrigatória e que pode também ser a qualquer tempo realizada.

A grande dificuldade que se põe para os Centros, enquanto unidades integrantes do Poder Judiciário, é como conseguir estimular a lógica do consenso, completamente distinta da razão decisional, haja vista que são unidades integrantes do Poder Judiciário, dirigidas por magistrados e, portanto, completamente inseridas dentro da dinâmica de cultura da litigância. A grande preocupação que se coloca é a importância de se utilizar dos CEJUSCs não apenas com órgãos incumbidos de obter acordos para deflacionar o acervo processual dos Tribunais, mas que possam constituir-se como unidades promotoras de uma nova cultura jurídica que possibilite o empoderamento das partes envolvidas e uma mudança qualitativa na forma de solucionar os conflitos e, conseqüentemente, na administração da justiça.

A referida preocupação ganha destaque por também ser possível identificar no interior do NCPC elementos que apontam para a adoção do modelo teórico de mediação satisfativa, haja vista o estímulo expresso ao uso de técnicas negociais, consoante se observa na atenta leitura do art. 166, §3º, do NCPC “[...] Admite-se aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição”. O destaque apontado não visa limitar o uso de técnicas negociais – as quais são importantes – mas alertar para que a mediação não reste enclausurada na persecução de acordos a todo custo.

À guisa de considerações quanto à presente seção, preocupa o risco de a mediação ser utilizada como uma etapa meramente protelatória no curso do processo judicial ou ser empregada tão somente como meio de buscar acordos forçados, os quais não respondem aos anseios dos envolvidos e não possibilitarão a pacificação social. No atual contexto de grande congestionamento da máquina judiciária, tal perspectiva se revela preocupante dada a grande inclinação demonstrada – inclusive refletida no modelo teórico adotado – de que a mediação seja tão somente empregada para a obtenção de acordos não genuínos, o que pode levar ao descrédito do instituto e da correspondente prática.

Assim, corre-se o risco de que a mediação, desenvolvida pelo Poder Judiciário

no interior do processo civil, longe de promover a participação dos cidadãos na administração da justiça, por meio do estímulo da autonomia dos envolvidos na busca de soluções para situações-problema, possa acabar contaminando a mediação e evitando que sua prática possa se desenvolver no campo extrajudicial, tema do próximo tópico.

### 5.3.2 A Lei de Mediação.

Após a realização de breve análise panorâmica sobre o NCPC, passa-se agora a tratar da disciplina da mediação constante Lei nº 13.140/2015, também intitulada Lei de Mediação – LM, a qual regulamenta a mediação entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

A Lei de Mediação está estruturada em três capítulos, correspondendo claramente a três objetos distintos de regulamentação, os quais são: 1) o procedimento de mediação; 2) a autocomposição na administração pública; e 3) disposições finais (aplicáveis a outras questões específicas). Desse modo, dada a boa sistematização constante na legislação, ela será tomada como roteiro para a presente discussão.

De início, em seu art. 1º, observa-se que a LM faz diferença entre a mediação disciplinada para a utilização entre os particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. É interessante destacar a citada diferenciação, pois ao se referir à autocomposição na administração pública está aqui se fazendo referência não apenas à utilização da mediação, mas de outros métodos (SPENGLER, 2017, p. 191), a exemplo da negociação e da conciliação – talvez até mais adequados.

Em sequência, a LM conceitua o que seria a mediação, aponta os seus princípios, sem apresentar, no entanto, significativas diferenças quanto ao que foi realizado no NCPC – e aqui anteriormente mencionado.

A LM trata de delimitar quais matérias podem ser objeto de mediação, indicando como mediáveis conflitos que versem sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitem a transação, havendo no último caso a necessidade de o acordo ser homologado em juízo, ouvido o Ministério Público. Deve-se registrar que a

lei franqueia às partes a possibilidade de a mediação versar sobre todo o conflito ou apenas parte dele. Desse modo, as partes são livres no espaço da mediação para discutir apenas as questões para as quais se sintam à vontade para solucionar naquele momento.

No que se refere aos mediadores, a LM aponta que o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso, facilitando a resolução do conflito. Aqui é repetida a disposição do NCPC quanto à aplicação aos mediadores das idênticas hipóteses de impedimento e suspeição dos magistrados. É ainda digno de nota que os mediadores não podem também atuar como testemunha ou árbitro. A referida medida tem como intuito preservar o sigilo da mediação.

Feitos os comentários acima sobre disposições comuns referentes ao NCPC e à LM, passa-se agora a tratar das respectivas diferenciações. Com efeito, a primeira grande novidade trazida pela LM se refere à hipótese de cláusula contratual de mediação. Introduce-se aqui a possibilidade de a mediação ser contratada e, em existindo cláusula expressa em contrato, impõe que ambas as partes compareçam à primeira reunião, contudo, sem haver obrigatoriedade de adesão ao procedimento.

Uma importante inovação é apresentada quanto à apresentação de distintos requisitos para o desempenho das funções de mediador extrajudicial e judicial. No primeiro caso poderá atuar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que goze da confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer órgão. Em sentido diverso, para o desempenho da função de mediador judicial exige-se pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos, e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de mediadores reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM ou pelos Tribunais. Importa ainda destacar que na mediação judicial os mediadores não estão sujeitos à prévia aceitação das partes.

Em sequência, ao disciplinar o procedimento de mediação, a LM garante a possibilidade de as partes, mesmo durante o curso de processo arbitral ou judicial, submeterem-se à mediação, mediante requerimento ao juiz ou árbitro que suspenderá o processo pelo prazo necessário para a solução do litígio. Deve-se assinalar que na mediação judicial o procedimento deve ser concluído em até 60 dias, em consonância

com disposição também prevista no NCPC.

É interessante aqui esclarecer que a suspensão de processo judicial ou arbitral para a realização de mediação não impede a concessão de medidas de urgência e que durante a realização do procedimento ficará suspenso o prazo prescricional. Para todos os efeitos, considera-se iniciada a mediação na data em que ocorrer a primeira reunião conjunta entre as partes e o mediador, oportunidade na qual esse esclarecerá o procedimento e alertará as partes sobre as regras de confidencialidade. A mediação se dá por encerrada quando não se justificarem mais esforços para a busca do consenso ou quando for obtido o acordo. De qualquer modo, no encerramento da mediação será lavrado um termo final que na hipótese de obtenção de acordo se constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Ainda quanto ao procedimento de mediação, compete ressaltar que na mediação judicial as partes sempre deverão estar assistidas de advogados ou de defensores. No caso da mediação extrajudicial não há idêntica necessidade, salvo se uma das partes comparecer acompanhada de patrono, ocasião em que o procedimento será suspenso até que a outra parte também possa estar assistida por advogado. A referida hipótese visa garantir às partes um tratamento isonômico, inclusive com paridade de armas.

Faz-se necessário ainda afirmar que a LM traz diversas disposições a disciplinar a previsão de mediação contratual, apontando os requisitos mínimos para sua realização, nos termos dos arts. 21 a 23 da LM.

Um elemento que mereceu bastante atenção na LM foram as questões referentes às regras de confidencialidade da mediação e suas exceções. O tema da confidencialidade foi devidamente enfrentado no NCPC ao garantir o sigilo de todas as informações produzidos no curso da mediação. No entanto, o tema recebeu uma disciplina mais detalhada por ocasião da LM, o qual será agora analisado.

A confidencialidade é vedação imposta ao mediador de não revelar a terceiros informações obtidas no procedimento de mediação. De fato, a confidencialidade é regra universal em termos de mediação, até porque é uma de suas principais vantagens, constituindo-se a confiança um ponto central para o êxito do processo. Assim, consoante afirma Spengler (2017, p. 189), a confidencialidade garante na

mediação um ambiente no qual as partes sintam-se seguras para compartilhar informações íntimas e sensíveis, as quais não seriam exteriorizadas em um procedimento público.

Nesse sentido, a LM é clara ao afirmar que toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada em processo judicial ou arbitral, salvo quando as partes decidirem de forma contrária ou quando a divulgação for exigida por lei ou necessária ao cumprimento do acordo. A LM ainda traz outra importante inovação no que se refere ao tema da confidencialidade ao aplicá-la não apenas ao mediador, mas estendendo-a às partes, a seus prepostos, advogados e qualquer outra pessoa que tenha eventualmente participado da mediação, a qual alcança: qualquer declaração das partes, o reconhecimento de fatos, formulação ou aceitação de proposta ou qualquer documento preparado para fins da mediação. Há ainda a garantia de que a informação prestada por uma das partes em sessão privada – também denominada na doutrina de *cáucus* por Braga Neto e Sampaio (2007) – será confidencial, não podendo ser revelada aos outros envolvidos, salvo quando expressamente autorizado. Quanto ao ponto, LM faz uma ressalva expressa quanto à confidencialidade ao afirmar a obrigação de todas os envolvidos em prestar qualquer informação à autoridade tributária quando indispensável.

O segundo capítulo da Lei de Mediação disciplina a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Importa aqui destacar a importância da medida haja vista que são as pessoas jurídicas de direito público que figuram entre os principais litigantes a congestionar o sistema judiciário, naquilo que Avritzer (2014) denominou de excesso de acesso à justiça no Brasil. Assim, a vedação de utilização dos métodos autocompositivos pelas entidades públicas se revelava uma grande contradição, pois estava o Estado a estimular os particulares no uso dos métodos consensuais, enquanto que a administração pública restava impedida de utilizá-los.

Desse modo, observa-se que a LM produz avanços ao possibilitar à União, aos Estados e aos Municípios a criação de câmaras de prevenção e resolução administrativa dos conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da advocacia pública, com competência para: 1) dirimir conflitos entre órgão e entidades da administração

pública; 2) avaliar a possibilidade de resolução dos conflitos entre particulares e a administração; e 3) promover, quando couber, termo de ajustamento de conduta.

É importante registrar que a LM dispõe sobre a possibilidade de a administração pública resolver por meio de métodos autocompositivos, portanto, não limitados à mediação, sendo possível a utilização de outros métodos, tais como a conciliação e a negociação. Tal esclarecimento se faz importante porque, dada a natureza dos conflitos envolvendo a administração pública, é muito provável que na maior parte dos casos seja mais adequada a utilização de instrumento diverso da mediação.

Ainda no que se refere à autocomposição, a LM realiza disciplina específica quanto à participação da administração pública federal direta e indireta, prevendo a possibilidade de realização de transação por adesão.

Por fim, no terceiro capítulo, a LM traz nas disposições finais alguns apontamentos para a prática da mediação, com especial destaque para a possibilidade de aplicação, quando cabível, de suas disposições para a prática de mediação comunitárias e escolares, além de estipular que a mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria – a Res. 174/2016 do Conselho Nacional de Justiça do Trabalho atualmente tem regulamentado a prática da mediação nas relações de trabalho. Há ainda a expressa possibilidade de realização da mediação pela internet ou outro meio de comunicação que permita a transação à distância.

Desse modo, podemos sistematizar a discussão até então desenvolvida apontando que uma das grandes inovações do NCPC foi o estímulo à busca de soluções consensuais aos conflitos, com significativo incentivo à prática da mediação e da conciliação no interior do processo judicial, as quais foram alçadas ao patamar de norma fundamental do processo. Ademais, o NCPC determinou a realização de uma audiência – melhor seria dizer sessão – de mediação ou conciliação, a ser realizada preferencialmente no CEJUSC – Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania, logo após o recebimento da inicial, como forma de incentivar as partes a buscarem de forma autônoma uma solução de comum acordo para o conflito, com o auxílio de mediadores e conciliadores judiciais. Assim, o NCPC também cuidou de disciplinar a atuação dos mediadores e conciliadores judiciais, inclusive promovendo a distinção entre as práticas da mediação e da conciliação no âmbito judicial.

Por outro lado, a Lei de Mediação - LM tem como objeto principal a regulamentação da mediação entre particulares e o desenvolvimento de métodos autocompositivos – e não apenas da mediação – na administração pública. Nesse sentido, a LM traz disposições comuns à mediação judicial e à extrajudicial, bem como preocupa-se em regulamentar os requisitos para o desempenho da função de mediador tanto em âmbito judicial quanto extrajudicial, além de trazer toda uma normatização referente ao desenvolvimento da mediação extrajudicial e da atuação da Administração Pública ao buscar solucionar conflitos por meio dos métodos autocompositivos.

Feitas essas considerações, é possível afirmar que o NCPC e a LM são diplomas normativos com objetos claramente distintos também no que se refere à regulamentação da mediação. O primeiro regulamenta a mediação e a conciliação judiciais no interior do processo civil; A segunda disciplina a mediação judicial e extrajudicial, bem como a atuação da administração pública ao fazer uso dos métodos consensuais.

Assim, em que pese o fato demonstrado de que os referidos diplomas regulamentam a mediação em direções distintas, visto que o NCPC aponta de forma predominante para o sistema judicial enquanto a LM direciona o seu foco para a esfera judicial e extrajudicial – com predominância dessa última – tanto para os particulares quanto para a administração pública, observa-se a existência de uma sobreposição dos campos de incidência normativa no que se refere à mediação judicial no interior do processo civil.

Nesse sentido, podemos concluir que as citadas leis guardam entre si uma relação de interseção, haja vista que o NCPC disciplina a mediação judicial, no interior do processo civil, o qual também é objeto de diversas disposições gerais da LM, apesar de ambas as legislações possuírem objetos mais amplos.

Feitas essas considerações sobre os campos de incidência dos marcos normativos da mediação, passa-se a discorrer sobre algumas das dificuldades encontradas para o desenvolvimento da mediação judicial no Brasil.

#### 5.4 As dificuldades da mediação judicial do Brasil.

A retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos se desenvolveu no Brasil – como em também diversas partes do mundo – em decorrência da crise da atividade jurisdicional do Estado que se manifesta em duas faces, uma quantitativa e outra qualitativa.

No caso brasileiro, dada a crença de que o processo judicial é o único instrumento legítimo para a resolução dos mais variados conflitos, é o próprio Poder Judiciário que tem estimulado o desenvolvimento de alternativas ao próprio sistema judicial. Desse modo, aquilo que era uma alternativa à jurisdição estatal e deveria funcionar segundo uma lógica própria e diferenciada, é por vezes contaminado pela dinâmica do sistema judicial.

Assim, a mediação que deveria se desenvolver extrajudicialmente passa a ser colonizada pela pressa, pela urgência, pelas metas e pelo autoritarismo presentes no Poder Judiciário. A mediação dentro do espaço judicial guarda um grande antagonismo, conforme nos afirma Filpo (2016, p. 56):

Tais descrições, todavia, não se preocupam em abordar a dimensão empírica do que estão a afirmar (no sentido de que não há certezas quanto ao pretenso sucesso da mediação em juízo), ao mesmo tempo que ignoram os antagonismos presentes entre duas formas de administração dos conflitos, a saber: uma informal, baseada no consenso e na autonomia das partes, e a outra impregnada de formalismos, adversarial e controlada pelas autoridades judiciárias.

Desse modo, podemos inferir que a mediação deve ter como *locus* privilegiado de desenvolvimento o espaço extrajudicial, o que de fato ocorreu com o modelo anglo-saxão de mediação, especialmente nos Estados Unidos – o qual foi importado sem maiores cuidados para a mediação judicial no Brasil, conforme anteriormente afirmado. Inclusive, é de bom alvitre recordar que a própria matriz da mediação satisfativa também se caracteriza pela negociação de caráter claramente extrajudicial, o que até o presente momento tem se desenvolvida a passos muito curtos no Brasil.

Não se deve olvidar que a mitigação do princípio da voluntariedade da mediação, nos termos do art. 334, §4º, I, do CPC/2015, que tornou a sessão de

mediação ou conciliação quase obrigatória, teve como objetivo forçar as partes já integradas no litígio processual a conhecerem a mediação por meio de sua presença compulsória à referida audiência, inclusive com a previsão de penalidade em caso de não comparecimento. Em que pese a circunstância de que a presença quase obrigatória das partes à audiência não se configure como um convite estimulante ao bom desenvolvimento de uma mediação, o fato é que tal medida legislativa foi tomada no intuito de fazer com que as partes e seus advogados pudessem ter contato e conhecer o processo da mediação.

O que se pode apontar para o caso brasileiro é que o desenvolvimento judicial de um modelo de mediação que deveria percorrer o caminho extrajudicial pode trazer como consequências para a mediação, de um modo geral, todas as máculas e descréditos dos quais o Poder Judiciário já é há muito alvo. Não se deve desconsiderar o fato de que hoje o Poder Judiciário encontra dificuldades em prestar uma atividade jurisdicional célere – inclusive em cumprimento ao princípio da razoável duração do processo. Tal circunstância leva a crer que a mediação desenvolvida no interior do processo judicial terá dificuldades de ser realizada com o cuidado necessário para que se configure como uma prática adequada na busca de soluções efetivamente consensuais para os conflitos. O receio é que o acordo obtido por meio de uma mediação mal realizada possa pôr fim ao litígio existente no processo judicial, contudo ensejando a possibilidade de continuidade do conflito em outras dimensões e espaços.

De fato, à primeira vista, parece que o estímulo à mediação tende muito mais a criar uma nova forma – podendo-se também dizer abrir uma nova porta – de tratar de modo diferenciado os conflitos, o que ensejaria a recepção pelo Poder Judiciário de um novo fluxo de conflitos. Desse modo, seria possível constatar que o desenvolvimento sério e cuidadoso da mediação dentro do sistema judicial acabaria por criar uma nova demanda de atuação ao já sobrecarregado Poder Judiciário, muito mais do que contribuir de modo tão efetivo quanto se espera para a redução dos processos judiciais em curso. Ademais, merece destaque a preocupação levantada por Spengler (2017, p. 85) ao questionar a porquê da necessidade de os CEJUSCs serem coordenados por magistrados que, além de já se encontrarem assoberbados com o grande acúmulo de processos judiciais aguardando decisão, muitas vezes não

possuem a capacitação adequada para o emprego de métodos autocompositivos, os quais demandam uma lógica de atuação tão diversa do dever de decisão imposto aos juízes.

Feito esse alerta, corre-se o risco de que o mesmo descrédito que hoje atinge o Poder Judiciário na percepção do cidadão comum que busca por justiça passe também a contaminar a prática da mediação como um todo se malconduzida no interior do sistema judicial.

Com efeito, é urgente a necessidade de que a mediação no Brasil percorra o caminho para fora das portas do Fórum e tome seio da sociedade, sendo este o lugar propício para o seu desenvolvimento, contribuindo para o alargamento da concepção de uma justiça democrática. Dito isso, a desjudicialização da mediação judicial, algo que parece guardar um certo contrassenso, surge como o natural processo de amadurecimento da mediação realizada em âmbito judicial. Espera-se que a mediação possa transbordar para fora das fronteiras do Poder Judiciário e percorra o leito da sociedade.

### **5.5 Algumas considerações sobre a mediação judicial no Brasil.**

Observou-se ao longo do presente tópico que o desenvolvimento da mediação é um processo histórico e contextual que sofre significativa influência da cultura jurídica e dos sistemas de regulação social de cada país, conforme foi possível constatar da análise dos modelos de mediação latino e anglo-saxão e do estudo comparativo de seus tipos representativos, respectivamente, na França e nos Estados Unidos. Tal fato aponta para a dificuldade de importação de modelos de mediação de um país para outro, sem a devida atenção às especificidades de cada cultura jurídica e do sistema de regulação social.

No que se refere aos modelos teórico-práticos, observa-se que, apesar do pioneirismo moderno e da grande influência exercida nos demais modelos pela mediação satisfativa da Escola de Harvard, a mediação transformativa, a circular-narrativa e a transformadora guardam com a primeira significativas diferenças, tanto no que se refere ao maior ou menor foco no acordo ou na relação/comunicação, bem como quanto às técnicas e metodologia utilizadas.

Ao investigar quais os modelos que influenciaram a mediação judicial adotada no Brasil – a partir da análise dos diversos instrumentos normativos que regulamentaram a sua implantação – foi possível constatar que o modelo de mediação judicial importado pelo Brasil tem forte influência de matriz anglo-saxônica de mediação, especialmente norte-americana, apesar de o Brasil ser um típico representante do *civil law*, ao contrário dos Estados Unidos, que adotam o sistema do *common law*. Assim, de modo contraditório, no Brasil se adota um modelo de mediação que guarda muito mais identidade com o modelo de mediação anglo-saxão do que com o modelo de mediação latino, o que a princípio seria o mais previsível e esperado.

Ainda nesse sentido, verificou-se que a Resolução nº 125/2010 do CNJ deu especial destaque às técnicas negociais para a mediação, por meio dos conteúdos programáticos para a capacitação de mediadores, mostrando especial inclinação para a mediação satisfativa da Escola de Harvard.

Ademais, não resta dúvida de que toda a estruturação da mediação judicial no Brasil tem como foco quase exclusivo do processo de mediação a busca pelo acordo. Desse modo, a obtenção do acordo é perseguida ao longo da mediação judicial, pois apenas com a sua obtenção é possível encerrar o processo, contribuindo com a diminuição dos feitos em tramitação no Poder Judiciário, o que aponta mais uma vez para a escolha da mediação satisfativa, focada no acordo.

Assim, respondendo à questão inicialmente levantada no presente capítulo, pode-se afirmar que apesar de não restar expressa, e de não ser exclusiva, a influência do modelo de mediação satisfativa, da Escola de Harvard, de matriz anglo-saxônica, é bastante predominante na mediação judicial por meio do maior enfoque nas técnicas negociais com o objetivo principal de chegar ao acordo e pôr fim à lide processual.

Feitas essas considerações, parece importante analisar em que medida o modelo adotado no Brasil estaria adaptado a contribuir com as promessas de sua utilização, mais especificamente no que se refere à democratização do acesso à justiça e à promoção de uma maneira diferenciada de administrar os conflitos que possa contribuir com a redução da litigiosidade judicial.

Dito isso, a partir da constatação das dificuldades encontradas na mediação

judicial atualmente em curso em solo nacional, parece agora importante analisar como se desenvolveu a mediação em um país com uma cultura jurídica mais similar à brasileira, típica do *civil law*, no que se passará a analisar a trajetória da mediação na Itália.

## 6 A TRAJETÓRIA DA MEDIAÇÃO NA ITÁLIA

No presente tópico será feita uma análise do desenvolvimento da mediação na Itália, a fim de buscar promover um diálogo com a mediação até então realizada no Brasil, haja vista que ambos os Estados podem ser considerados exemplos típicos de países que têm como sistema de regulação social o *civil law*. Desse modo, abordar-se-á o contexto histórico da retomada contemporânea da mediação na Itália, a regulamentação normativa e o desenvolvimento teórico-prático do instituto. Para tanto, a análise a ser realizada na presente seção buscará dialogar de forma predominante com a literatura e a doutrina de origem italiana, a fim de melhor compreender o fenômeno estudado.

### 6.1 O contexto da mediação na Itália.

De início, compete ressaltar que apesar de a Itália ser um país que adota um sistema jurídico típico do *civil law* – não por acaso também conhecido como sistema continental –, a mediação desenvolvida no país guarda significativa inspiração no modelo norte-americano<sup>40</sup>. No entanto, mais adiante será possível verificar as possíveis distinções do desenvolvimento da mediação nos contextos italiano e estadunidense.

Importa destacar que o caso da Itália revela que a introdução dos métodos não adversariais de resolução de conflitos ocorreu pela iniciativa comunitária, para apenas em um segundo momento ser objeto de produção normativa no âmbito interno, a qual será objeto de análise no tópico subsequente.

Em verdade, também na Itália o processo de retomada contemporânea dos métodos alternativos de resolução de conflitos tem sua origem na situação de crise crônica e estrutural da máquina judiciária na Europa, o que acabou por determinar em

---

<sup>40</sup> Desse modo, não é por acaso que a mediação italiana foi tomada como referencial de diálogo para o caso brasileiro, pois se observa em ambos os países uma matriz jurídica do *civil law* com a importação de um modelo de mediação originário do *common law*. Será possível observar quais problemas e/ou dificuldades foram encontradas no desenvolvimento da mediação da Itália, a fim de tentar verificar ou até mesmo antecipar a sua ocorrência no Brasil.

solo italiano um forte impulso no sentido de introduzir o procedimento de conciliação, alternativa ao procedimento ordinário e confiada a organismos extrajudiciais, sobretudo em matéria de direitos do consumidor (SANTAGADA, 2012, p. 18).

A crise do Poder Judiciário na Itália é sintomática, a ponto de ser o país europeu com um dos mais altos índices de contenciosos judiciais pendentes de julgamento, com quase seis milhões de processos apenas no âmbito cível (RICCIO, 2011, p. 78).

Todavia, a mediação não serve para consertar as deficiências do sistema judicial. Inclusive, seria redutor considerar a mediação exclusivamente em termos de uma resposta do cidadão insatisfeito com a demora da justiça ou como remédio para retirar do judiciário uma categoria de controvérsias ante a ineficiência do sistema estatal. Pensar desse modo levaria à conclusão de que se o sistema judicial funcionasse a contento, não seria necessário o desenvolvimento da mediação. Encarar o problema desse modo é nutrir falsas expectativas, pois a experiência demonstra que a mediação tende a funcionar em um ordenamento dotado de uma justiça eficiente, sob risco de ser utilizada em um sistema ineficiente como forma de apenas prolongar a duração do processo. A mediação não deve ser vista de forma simplista e exclusivamente como modo de responder à ineficiência da jurisdição estatal, mas sim ser compreendida na perspectiva da necessidade de oferta mais ampla de justiça, menos adversarial, mais plural e democrática. (SANTAGADA, 2012, p. 8-9). Acrescente-se ainda o fato de que a mediação utilizada por um sistema judicial ineficiente tende a ser desvirtuada e empregada unicamente como forma de obter acordos com o intuito de pôr fim aos processos, desconsiderando qualquer tentativa legítima de busca do consenso e de satisfação dos interesses das partes envolvidas.

Há que se fazer um alerta de que o salutar desenvolvimento da mediação não dispensa a necessidade de melhorar o próprio sistema judicial. O aprimoramento do sistema judicial pode passar pela utilização e estímulo dos instrumentos de ADR – a exemplo da mediação e da conciliação, mas tal percurso não substitui a função própria dos órgãos jurisdicionais em sentido estrito.

Nessa perspectiva, a mediação pode ser compreendida como um instrumento que eventualmente pode complementar o sistema judicial tradicional e, em algumas vezes, até mesmo suplementar, mas nunca substituir a jurisdição estatal por completo.

Em idêntico sentido, é ilustrativa a afirmação de Pera (2011, p. 15) de que: “sembra che il modello di mediazione dovrebbe più correttamente essere ritenuto un percorso complementare o supplementare, uno strumento antecedente, ma ulteriore che il sistema offre ai cittadini.”

No entanto, em que pesem as particulares considerações da referida autora, resta uma clara distinção entre o movimento ADR na União Europeia e nos Estados Unidos. A política comunitária em matéria de conciliação não emerge de um impulso antijurisdicional, ao contrário do ânimo do movimento ADR nos Estados Unidos, mas tende a conceber os instrumentos de ADR como elemento de diversificação e complementação da tutela disponível aos cidadãos europeus, sendo garantido o efetivo acesso à tutela judicial (PERA, 2011, p. 61).

Importa ainda destacar que o desenvolvimento da mediação na Itália – ao contrário dos Estados Unidos –, bem como na Europa de um modo geral, decorre de uma distinta concepção existente nesses países na relação entre o cidadão e o Estado. A título de exemplo, considerando-se o período pós-guerra, pode-se considerar que a Itália tem um Estado democrático e em parte liberal, enquanto que os Estados Unidos têm um Estado liberal e em parte democrático (SANTAGADA, 2012, p. 4).

Assim, resta possível afirmar que na União Europeia o movimento ADR se institucionalizou como um sistema complementar ou dito minimalista, haja vista que os instrumentos de ADR são empregados em paralelo à jurisdição estatal, enquanto que nos Estados Unidos houve a prevalência de um sistema maximalista, no qual os instrumentos de ADR são utilizados preferencialmente, exercendo-se a jurisdição estatal como última *ratio*. Quanto ao ponto, são ilustrativas as palavras de Pera (2011, p. 60) ao afirmar:

Il ricorso agli ADR systems, dunque, a differenza che nel modello statunitense, viene concepito in Europa, non come alternativa che tende nella sua versione massimalista ed escludere in radice il processo, ma come strumento che miri ad instaurare tra le parti un dialogo che sarebbe altrimenti impossibili e a valore, in una fase successiva ed in caso di fallimento ella procedura di ADR, l'opportunità de adire il giudice.

Consequentemente, feitas as referidas considerações, a mediação na Itália

tem sido compreendida não como resposta à insatisfação dos cidadãos com o sistema judicial, mas como um elemento de diversificação da própria justiça. Em idêntico sentido são os comentários de Santagada (2012, p. 12) a respeito da política adotada pela própria União Europeia quanto aos procedimentos de ADR:

[...] considerare le procedure di ADR non una mera risposta all'insoddisfazione dei cittadini per le inefficienze del sistema giustizia, ma uno strumento di diversificazione e completamento della tutela dei cittadini, dove garantire loro l'effettività dell'accesso alla giustizia, espressamente riconosciuto dall'art. 6 della Convenzione dei diritti dell'uomo e dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.

Desse modo, o que se verifica é que se emancipa da ideia de a mediação como uma justiça menor, enquanto instrumento escolhido para a resolução de controvérsias de módico valor, e projeta-se em direção à construção de uma justiça pluralista. Em consequência, a mediação é percebida não como elemento de substituição, mas de complementação da justiça estatal, enriquecendo a oferta de tutela, a fim de garantir um melhor acesso à justiça, na mais ampla perspectiva de criação de um espaço jurídico europeu (SANTAGADA, 2012, p. 13). De fato, observa-se na concepção europeia que o direito fundamental do acesso à justiça não garante apenas o acesso aos meios judiciais, mas também aos meios extrajudiciais de resolução de controvérsias.

Nessa senda, foi possível constatar que a política europeia de ADR se desenvolveu em duas fases claramente distintas: a primeira que se caracterizou pela abertura de um debate em favor da sensibilização do acesso à justiça, redução do tempo e dos custos dos procedimentos de ADR em relação ao processo e o respeito às partes mais frágeis na relação jurídico-econômica; e a segunda que se revestiu de iniciativas de natureza legislativa não vinculante, seguidas pela posterior obrigatoriedade de que os Estados membros legislassem em matéria de conciliação das controvérsias civis e comerciais (PERA, 2011, p. 59).

No entanto, ao contrário dos Estados Unidos – e também do Brasil –, a preocupação institucional no interior da União Europeia, quanto à necessidade do desenvolvimento da ADR, teve um embrião muito específico, originando-se da ocorrência cada vez mais crescentes de conflitos transfronteiriços em matéria

consumerista.

De fato, o desenvolvimento da circulação de bens no espaço comum europeu, e em especial do comércio eletrônico, fez aumentar o número de conflitos entre os consumidores e pessoas físicas e jurídicas de países diversos que chegaram aos juízos nacionais, com relevantes problemas decorrentes de conflitos de leis e dificuldades de natureza linguística e logística (PERA, 2011, p. 60).

Assim, como será possível analisar detidamente mais adiante, foi o entrelaçamento entre ADR e consumerismo que esteve no germen inaugural das políticas públicas em torno dos métodos alternativos de resolução de conflitos na União Europeia de um modo geral, e no caso da Itália como será possível ver em particular.

## **6.2 Os marcos normativos da mediação na Itália.**

Ao analisar os marcos normativos da mediação na Itália, é possível afirmar que eles se subdividem em diferentes níveis, quais sejam: uma normativa comunitária da União Europeia, uma legislação infraconstitucional e, por fim, uma regulamentação administrativa que culminou com a disciplina da matéria no ordenamento nacional italiano.

Iniciando pela esfera supranacional, é do conhecimento comum que a Itália, na qualidade de integrante da União Europeia, está submetida aos atos normativos emanados dos órgãos comunitários detentores de competência legislativa, nos termos do Tratado de Roma<sup>41</sup>. Nessa senda, importa ressaltar que uma das normas de maior influência na regulamentação normativa da mediação no velho continente foi a Diretiva 2008/52/CE do Conselho Europeu.

No entanto, convém inicialmente esclarecer que a Diretiva 2008/52/CE, apesar de ter incidência sobre todo o território comunitário, tem caráter não impositivo, haja vista que estabelece tão somente uma orientação a ser seguida facultativamente pelos países membros do espaço comum europeu. De qualquer modo, em que pese

---

<sup>41</sup> Nome originalmente dado a dois tratados – Tratado Constitutivo da Comunidade Econômica Europeia e o Tratado Constitutivo da Comunidade Europeia de Energia Atômica – os quais foram assinados em Roma e constituíram um dos principais eixos fundantes da União Europeia.

o caráter facultativo do citado ato normativo, importa afirmar que a recomendação efetivamente serviu de parâmetro para a regulamentação legal da mediação em diversos países, inclusive na Itália. Nesse sentido, compete analisar em linhas gerais os principais aspectos da Diretiva 2008/52/CE, com especial destaque para os elementos que impactaram diretamente na regulamentação legal da mediação em território italiano.

#### 6.2.1 A Diretiva nº 2008/52/CE

De início, importa esclarecer que antes de adentrar de modo específico na Diretiva de 2008/52/CE, que serviu de fundamento jurídico para a regulamentação da mediação no âmbito da União Europeia – inclusive com muitos de seus dispositivos sendo reproduzidos em diversas legislações nacionais –, faz-se necessário analisar os precedentes da referida normativa no espaço comunitário, no que se torna indissociável o debate da origem da questão dos conflitos decorrentes das relações de consumo.

Dito isso, é possível constatar que com a publicação do Livro Verde de 1993 – Acesso dos Consumidores à Justiça e a Resolução dos Litígios de Consumo no Mercado Único, publicado em 16 de novembro de 1993, a Comissão europeia já evidenciava a necessidade de promover o recurso a instrumentos de resolução das controvérsias alternativos à justiça ordinária, de modo não só a superar os limites nacionais dos Estados-membros, mas também os custos do processo judicial ordinário (ROMUALDI, 2012, p. 131).

Desse modo, na esteira consumerista do impulso inicial dos ADR houve o desdobramento de dois procedimentos. O primeiro estava previsto na Recomendação 98/257/CE que dispõe sobre a resolução extrajudicial das controvérsias em matéria de consumo por formas adjudicativas ou decisórias como a arbitragem, nas quais competia a um terceiro apresentar uma solução às partes. Posteriormente, desenvolve-se um segundo procedimento, disciplinado nos termos da Recomendação 2001/310/CE, no qual um terceiro deveria ajudar as partes a encontrar um acordo, a exemplo da mediação.

Do quanto exposto, pode-se notar que a Comissão, ao aprovar a

Recomendação 98/257/CE, de 30 de março de 1998, buscou promover os meios extrajudiciais de resolução de conflitos no âmbito consumerista, porém considerando que “[...] não estão abrangidos os procedimentos que se limitam a uma simples tentativa de aproximar as partes para as convencer a encontrar uma solução de comum acordo” (COMMISSIONE, 1998). Assim, observa-se que na Recomendação 98/257/CE há um claro estímulo para a criação de órgãos extrajudiciais – e correspondentes procedimentos – que poderão propor uma solução ou decidir de forma impositiva sobre controvérsias que versem sobre as relações de consumo transfronteiriças. No entanto, merece ser feita a ressalva de que claramente é possível perceber que de plano a mediação não foi reconhecida como integrante do rol dos procedimentos extrajudiciais aptos a solucionar os litígios de consumo transfronteiriços.

Foi apenas com a Recomendação 2001/310/CE, relativa aos princípios aplicáveis aos organismos extrajudiciais envolvidos na resolução consensual de litígios do consumidor, que se deu início de forma efetiva a regulamentação normativa da mediação, haja vista que a referida norma disciplina também os procedimentos que têm por objeto apenas a aproximação das partes no sentido de apoiá-las para a obtenção de um comum acordo, conforme se extrai do Considerando n. 9 do texto:

[...] Os presentes princípios devem ser respeitados por qualquer procedimento de um terceiro que, independentemente da respectiva designação, **pretenda facilitar a resolução do litígio através da aproximação das partes e apoiá-las na tentativa de encontrarem uma solução de comum acordo**, formulando, por exemplo, sugestões informais quanto às opções de resolução. Os princípios limitam-se aos procedimentos de resolução de litígios em matéria de consumo que são considerados como alternativos à resolução judicial. [...] (destaque nosso).

Consequentemente, observa-se que a Recomendação 2001/310/CE era, ao contrário, endereçada aos organismos extrajudiciais que participavam da resolução consensual das controvérsias, alicerçados nos princípios da imparcialidade, transparência, eficácia e equidade (ROMUALDI, 2012, p. 132). É nesse momento que se inicia o impulso à mediação.

Deve-se registrar que o Conselho Europeu<sup>42</sup>, em reunião extraordinária ocorrida nos dias 15 e 16 de outubro de 1999, na cidade finlandesa de Tampere, tendo como pauta a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça no âmbito da comunidade europeia, firmou o objetivo de: 1) estabelecer, com base em propostas da Comissão da Comunidade Europeia<sup>43</sup> (Comissão), normas mínimas que possam garantir um nível adequado de assistência judiciária em causas transnacionais em toda a União Europeia e específicas normas procedimentais comuns para simplificar e acelerar a composição de controvérsias transnacionais de pequeno valor em matéria comercial, resguardando os consumidores; e 2) instituir procedimentos alternativos extrajudiciais.<sup>44</sup>

Em sequência dos primeiros passos supramencionados, sob convite do Conselho Europeu, em 19 de abril de 2002, foi publicado pela Comissão Europeia o Livro Verde<sup>45</sup>, relativo à modalidade alternativa de composição de controvérsias em matéria civil e comercial, o qual teve como objetivo lançar uma ampla consulta aos setores interessados sobre algumas questões jurídicas que se colocam no domínio dos modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial.

Assim, torna-se importante mencionar que o chamado Livro Verde de 2002 exorbita a matéria consumerista, passando a referir-se também às controvérsias em matéria civil e comercial. É digno de destaque que nesse momento torna-se perceptível o processo de alargamento do âmbito operativo dos meios alternativos que se tornaram instrumento privilegiado na tutela de todas as controvérsias em

---

<sup>42</sup> Instituição da União Europeia de caráter eminentemente político composta pelos Chefes de Estado e/ou Governo dos países membros da União.

<sup>43</sup> A Comissão Europeia é uma entidade independente que representa os interesses da União Europeia em sua globalidade, sendo responsável também por apresentar propostas de legislação para o espaço comunitário.

<sup>44</sup> “Il Consiglio europeo invita il Consiglio a stabilire, sulla base di proposte della Commissione, norme minime che garantiscano un livello adeguato di assistenza giudiziaria nelle cause transnazionali in tutta l’Unione e specifiche norme procedurali comuni per semplificare e accelerare la composizione delle controversie transnazionali di piccola entità in materia commerciale e riguardanti i consumatori, nonché le cause relative alle prestazioni alimentari, e in materia di crediti con contestati. Gli stati membri dovrebbero inoltre istituire procedure extragiudiziali alternative.” (RICCIO, 2011, p. 71-72).

<sup>45</sup> O Livro Verde é um documento formulado no âmbito da União Europeia que tem como finalidade compilar informações existentes nos países membros sobre determinado tema, a fim de consultá-los sobre propostas de regulamentação normativa no espaço comunitário.

matéria civil e comercial, especialmente transfronteiriças no espaço comum (SANTAGADA, 2012, p. 11), com posteriores reflexos nos ordenamentos internos dos Estados-Membros.

No contexto de publicação do Livro Verde em 2002, é importante atentar para o fato de que naquele momento nenhum dos Estados membros possuía uma disciplina geral sobre a matéria. Assim, um dos objetivos do livro era realizar uma ampla consulta sobre questões de ordem jurídica referente ao campo da resolução alternativa das controvérsias em matéria civil e comercial, além de sensibilizar o maior número de sujeitos para os instrumentos extrajudiciais de composição de controvérsias, a fim de estabelecer uma linha de tendência a ser compartilhada entre os Estados-membros (ROMUALDI, 2012, p. 133).

Por sua vez, o referido Livro Verde 2002 leva a Comissão Europeia a elaborar dois instrumentos paralelos e complementares para incentivar as formas alternativas de resolução de controvérsias: um código de conduta para os mediadores e uma proposta de diretiva.

O Código Europeu de conduta para os mediadores, apresentado pela Comissão de Justiça Europeia, em julho de 2004, estabelece uma série de princípios que os organismos e os mediadores podem adotar voluntariamente, dentre os quais podemos citar a independência, a imparcialidade, a competência, a observância da legislação (especialmente no que se refere aos direitos indisponíveis), a informação às partes e a confidencialidade. No entanto, é importante ressaltar que o Código europeu não se trata de uma norma cogente, sendo tão somente uma recomendação específica a ser observada segundo a liberalidade das partes envolvidas (SANTAGADA, 2012, p. 12).

Por fim, foi publicada a Diretiva 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, em 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial, a qual nas palavras de Riccio (2011, p. 72) “[...] se coloca, assim, como um ulterior fragmento do intrincado mosaico da ADR em nível comunitário e transnacional”<sup>46</sup>, que será objeto de análise, dada a sua repercussão para a regulamentação e desenvolvimento da mediação na Itália.

---

<sup>46</sup> La direttiva del 2008 si pone, quindi, come un ulteriore tassello dell'intricato mosaico delle ADR a livello comunitario e transnazionale (RICCIO, 2011, p. 72).

Deve-se ressaltar que a Diretiva 2008/52/CE proporciona um grande salto dimensional para a mediação que deixa de ser restrita ao setor consumerista para ser encarada de modo global e orgânico (SANTAGADA, 2012, p. 13). Outra questão que merece ser destacada é que a referida diretiva é circunscrita apenas à mediação, o que evidencia não um aceno generalizado a todos os métodos de ADR, mas uma opção específica do legislador europeu ao promover particularmente a mediação (SANTAGADA, 2012, p. 12-13).

Inicialmente, compete assinalar que a Diretiva 2008/52/CE teve como principal objetivo definir para os Estados-membros alguns princípios vetores para o desenvolvimento da mediação em âmbito transfronteiriço, resguardada a preocupação de não embarçar as singulares experiências nacionais já em curso. Quanto ao ponto, merece destaque a significativa diferença existente quanto ao desenvolvimento da ADR e da mediação em particular nos diversos países que compõem a União Europeia. Nesse sentido é o alerta de Riccio (2011, p. 73), ao afirmar que não se pode esquecer que, em nível comunitário, é necessário se confrontar com situações nacionais de absoluta desigualdade, no que se refere à experiência com a mediação e outros métodos de ADR. Em alguns países, seguindo a tradição estadunidense, já havia uma ampla trajetória (a exemplo da Inglaterra e dos Países Escandinavos). No entanto, de outro lado existiam países nos quais a mediação e a ADR eram praticamente desconhecidas, como em geral nos países do baixo Mediterrâneo. Importa aqui fazer o parêntese de que a Itália – país objeto da presente análise – encontra-se ao lado daqueles Estados nos quais a mediação era quase inexistente ou possuía um desenvolvimento embrionário.

Feitas as considerações acima, deve-se compreender que a Diretiva 2008/52/CE, longe de se imiscuir no desenvolvimento da mediação no âmbito interno de cada país, teve como condão apenas uma tentativa de harmonizar e uniformizar para o plano comunitário uma adaptação das práticas de mediação já existentes nas singulares experiências nacionais.

De fato, em que pese a Diretiva 2008/52/CE ter como objetivo garantir um melhor acesso à justiça, como parte da política da União Europeia de instituir um espaço de liberdade, segurança e justiça, não se pode esquecer que a mediação se coloca também como uma forma de incentivar as transações transfronteiriças no

interior do espaço comunitário (RICCIO, 2011, p. 73). Há que se recordar que uma das limitações ao comércio internacional – inclusive on-line – é o receio de que na ocorrência de violação de algum direito, a parte lesada – em especial o consumidor – tenha que arcar com as despesas logísticas de realizar uma demanda judicial em outro país. Ademais, some-se a isso os custos ordinários do processo judicial, proporcionalmente elevados para demandas de pequeno valor econômico.

Assim, deve-se deixar claro que a Diretiva 2008/52/CE encontra o seu âmbito de aplicação nos procedimentos nos quais uma ou mais partes de uma controvérsia transfronteiriça tentam voluntariamente conseguir uma composição amigável para o conflito com a assistência de um mediador (RICCIO, 2011, p. 74). Não pode ser outro o entendimento que se extrai da redação da norma, nos termos de seu considerando nº 10, conforme segue:

A presente directiva deverá aplicar-se aos processos em que duas ou mais partes num litígio transfronteiriço procurem voluntariamente chegar a um acordo amigável sobre a resolução do seu litígio, com a assistência de um mediador. A presente directiva deverá ser aplicável em matéria civil e comercial. Todavia, não se deverá aplicar aos direitos e obrigações sobre os quais as partes, nos termos do direito aplicável, não sejam livres de decidir por si só. Esses direitos e obrigações são particularmente frequentes em questões de direito da família e de direito do trabalho (PARLAMENTO EUROPEO, 2008).

Quanto ao sentido do que se configuraria um litígio transfronteiriço, a própria norma traz uma interpretação autêntica ao declarar que se configura como o conflito no qual “[...] pelo menos uma das partes tenha domicílio ou residência habitual num Estado-Membro distinto do de qualquer das partes [...]”, consoante disposição expressa no art. 2º, item 1, da Diretiva 2008/52/CE.

Em idêntico sentido, a referida norma delimita o que seria entendido por mediação, ao apontar sua definição, nos termos do art. 3º da Diretiva, que:

«Mediação», um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-Membro.

Assim, é possível constatar que a Diretiva apresenta como principais características da mediação: a voluntariedade do procedimento e a assistência de um terceiro sujeito imparcial. Desse modo, a Diretiva traz uma importante observação ao afirmar a necessidade de voluntariedade de todo o procedimento de mediação, na medida em que as partes são as responsáveis pelo processo e por seu ocasional êxito. Assim, o procedimento de mediação previsto na Diretiva, independentemente da nomenclatura adotada pelas legislações nacionais, é um procedimento voluntário, enquadrando-se de forma clara em um método de ADR não adjudicativo. No entanto, deve-se ressaltar que o fato de o procedimento de mediação poder ser imposto por algum Estado-Membro como condição de procedibilidade de alguma demanda não tira o caráter de voluntariedade do procedimento. Deve-se ter em vista que as partes não são obrigadas a seguir com a mediação, mas tão somente iniciar uma tentativa prévia ao ajuizamento de uma ação judicial, o que não afasta ou exclui a posterior tutela jurisdicional em caso de insucesso ou simples desistência do procedimento de mediação.

Uma questão que parece clara já agora – mas que será melhor tratada mais adiante – é que a definição de mediação adotada na Diretiva não faz qualquer distinção entre mediação e conciliação, a exemplo da que é realizada por alguns ordenamentos jurídicos, a exemplo do italiano. O que se observa aqui é uma tentativa conceitual da Diretiva de regulamentar minimamente a matéria respeitando a nomenclatura adotada em cada país, bem como as peculiaridades do procedimento de mediação na experiência interna de cada Estado-Membro.

Em idêntico sentido foi o que ocorreu com a definição de mediador, a qual restou delimitada como a terceira pessoa que conduz o procedimento de mediação, independentemente da nomenclatura adotada, da profissão que exerce, de sua forma de escolha/designação, bem como do modo com que conduzirá a mediação. Mais uma vez a Diretiva acaba por privilegiar/preservar as experiências nacionais ao respeitar a nomenclatura adotada em cada país para o procedimento de mediação e para o terceiro que auxiliará as partes, bem como flexibilizar as exigências de capacitação profissional do mediador (RICCIO, 2011, p. 80).

Por fim, no que se refere ao seu objeto, esse é claramente delimitado, nos

termos do art. 1, item 2, da Diretiva que estabelece que a norma é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, ressalvados aqueles de cujos direitos e obrigações as partes não possam dispor livremente. A segunda parte do referido dispositivo exclui ainda do âmbito de aplicação da norma os conflitos que versem sobre matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, bem como aqueles decorrentes da responsabilidade estatal por atos ou omissões no exercício da autoridade do Estado.<sup>47</sup>

Realizada essa síntese sobre alguns aspectos do procedimento de mediação previsto na Diretiva, compete reiterar a ressalva feita acima de que, apesar de a citada norma incidir apenas sobre os conflitos transfronteiriços, nada impede aos Estados-Membros de aplicar idênticas disposições a processos de mediação no âmbito interno, o que de fato acabou acontecendo em diversos países, a exemplo da Itália.

É digno de nota que a Diretiva acaba por constituir diferentes objetivos em sede comunitária e nacional. No primeiro caso, a Diretiva tem como intuito a realização efetiva de um mercado único europeu, eliminando as barreiras à livre circulação de bens e serviços, tendo como objeto a mediação transfronteiriça, para as lides em matéria civil e comercial. Na segunda hipótese, no âmbito nacional de cada Estado-Membro, a referida norma tentou introduzir nos ordenamentos internos um instrumento que pudesse facilitar a diminuição do contencioso no interior do Poder Judiciário (RICCIO, 2011, p. 78).

Deve-se ainda destacar que a função promocional da Diretiva não está limitada aos conflitos fronteiriços, haja vista que não impede que os Estados Membros possam aplicar as disposições relativas também aos procedimentos de mediação no âmbito interno. No que se refere ao movimento de promoção da mediação, é possível observar que os respectivos Estados-Membros têm adotado a referida diretiva como norma de referência a disciplinar o instituto da mediação em nível nacional (SANTAGADA, 2012, p. 14/15). É o impacto dessa segunda perspectiva, a função promocional da Diretiva 52/2008/CE, que será agora objeto de análise a partir do

---

<sup>47</sup> A presente directiva é aplicável aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial, excepto no que se refere aos direitos e obrigações de que as partes não possam dispor ao abrigo do direito aplicável. Não abrange, nomeadamente, as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas, nem a responsabilidade do Estado por actos ou omissões no exercício da autoridade do Estado (*acta jure imperii*) (Art. 2º, item 2., da Diretiva 2008/52/CE).

estudo do desenvolvimento do instituto da mediação de conflitos na Itália.

#### 6.2.2 A mediação no ordenamento italiano.

Ao iniciar o estudo da mediação na Itália não resta dúvida de que seu resgate contemporâneo, bem como dos demais métodos alternativos de resolução de conflitos, ocorreu devido à incapacidade do Poder Judiciário, especialmente por meio do processo civil ordinário, de responder de maneira eficaz à demanda de justiça dos cidadãos (ROMUALDI, 2012, p. 139).

O objetivo declarado da intervenção legislativa é ambicioso, pois busca garantir um impulso na redução dos contenciosos judiciais, contribuindo com a difusão de uma cultura de resolução alternativa das controvérsias, valorizando ainda a experiência autorregulativa. No entanto, restou claro que entre difundir uma cultura de conciliação para garantir a todos um acesso paritário à justiça e reduzir o quantitativo de processos e o papel do juiz, não há dúvida quanto à evidente prevalência do último aspecto (SANTAGADA, 2012, p. 33).

De todo modo, faz-se mister apontar que os métodos alternativos guardam na Itália uma história significativamente extensa. Apenas para citar alguns dos precedentes históricos, é possível ressaltar que a conciliação não é, conforme comumente se leva a crer, um procedimento apenas recentemente introduzido no ordenamento italiano. O primeiro Código de Processo Civil da Itália Unida (1865), recuperando a experiência do Reino das Duas Sicílias, iniciava-se com a seguinte disposição: “I conciliatori, quando ne siano richiesti, devono adoperarsi per comporre le controversie” (ROMUALDI, 2012, p. 141).

Realizando-se uma digressão histórica um pouco mais profunda, é possível encontrar ainda na Roma Imperial traços da conciliação na figura dos Defensores da Cidade, os quais eram magistrados eleitos pelo povo com uma limitada competência em matéria civil e penal que detinham dentre as suas atribuições a composição dos litígios (ROMUALDI, 2012, p. 141).

Ainda no campo dos precedentes legislativos, no atual Codice de Procedura Civile de 1942, a conciliação já é prevista, apesar de serem limitadas as hipóteses legais de seu emprego, restando raramente utilizada ao longo do processo civil

(ROMUALDI, 2012, p. 141).

No entanto, retomando os aportes normativos mais contemporâneos no que se refere à mediação, importa destacar que a versão italiana do texto da Diretiva Europeia 2008/52/CE tem sua origem de uma tradução do inglês, língua adotada nos trabalhos preparatórios. Desse modo, o termo em inglês *mediation* foi literalmente traduzido para o vocábulo *mediazione*, para indicar um procedimento estruturado, no qual duas ou mais partes tentam, sobre base voluntária, encontrar um acordo por meio da assistência de um terceiro sujeito que conduz o procedimento de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação adotada (ROMUALDI, 2012, p. 134-135).

Quanto ao ponto, importa destacar que a expressão mediação guarda significativas diferenças de ordem conceitual, com grandes reflexos teóricos e práticos distintos, na sua utilização em países de cultura anglo-saxã – em especial nos Estados Unidos – e em países de cultura jurídica latina – da qual a Itália seria um dos principais exemplos. Ademais, é digno de registro que a Diretiva 2008/52/CE define de maneira bastante alargada o que seria a mediação, mas não guarda qualquer preocupação em diferenciá-la da conciliação. De fato, a questão quanto ao conceito de mediação propriamente dito e sua distinção de outras práticas acaba por resvalar para o ordenamento interno dos Estados-Membros.

Desse modo, o referido problema quanto ao emprego da expressão mediação se reflete de maneira significativa no ordenamento italiano. O art. 60 da lei n. 69 de 18 de junho de 2009 delegou ao Poder Executivo a regulamentação normativa da mediação e da conciliação nas controvérsias de matéria civil e comercial. Assim, foi publicado o Decreto Legislativo n. 28 em 4 de março de 2010, ato normativo que incorporou ao ordenamento italiano os princípios previstos na Diretiva 2008/52/CE. Desse modo, a mediação restou normativamente definida nos seguintes termos do art. 1º do D. Legs. 28/2010:

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b) mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c) conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;

Da atenta leitura da redação original do art. 1º do D. Legs. 28/2010, é possível constatar que a mediação resta definida como uma atividade desenvolvida por um terceiro imparcial que deve auxiliar dois ou mais sujeitos na busca de um acordo amigável para a composição da controvérsia, podendo ainda formular propostas de acordo.

Primeiramente, deve-se observar que, ao promover a definição conceitual da mediação e da conciliação, salta aos olhos a ausência de uma distinção técnica clara entre os citados institutos na referida normativa. Nesse sentido é o alerta formulado por Romualdi (2012, p. 139), ao afirmar que o procedimento definido como mediação no D. Legs. 28/2010 havia sido anos antes denominado pelo legislador nacional de conciliação<sup>48</sup>.

Da análise das mencionadas disposições normativas, constata-se que o referencial teórico adotado na definição de mediação teve clara inspiração no modelo estadunidense. É passível de verificação que a mediação adotada no D. Legs. 28/2010 é composta de uma fase facilitativa e, eventualmente, de uma fase avaliativa. Assim, o mediador inicia a mediação segundo os cânones da escola facilitativa, na qual pode ou deve seguir uma fase inspirada na escola avaliativa (DIOZZI, 2017, p. 235). Desse modo, a atividade do mediador consiste na assistência às partes durante as tratativas para encontrar um consenso para a controvérsia (mediação facilitativa), podendo o mediador chegar a propor uma solução para a controvérsia (mediação avaliativa). No entanto, diferentemente do modelo americano, que denomina a atuação do mediador na elaboração de soluções e formulação de propostas de

---

<sup>48</sup> É possível citar como exemplos do anterior uso da expressão conciliação para situações nas quais o D. Legs. 28/2010 entende por mediação: a Lei n. 480/1995 que estabelece a competência das Câmaras de Comércio para instituir comissões arbitrais e conciliatórias para a resolução de controvérsias entre empresas e entre estas e os consumidores; e o D. Legs. n. 5 de 10 de janeiro de 2003 que regulamenta a utilização da conciliação para os conflitos em matéria societária e financeira.

mediação avaliativa, o legislador optou nos termos do D. Legs. 28/2010 denominar a referida fase de conciliação.

Consequentemente, o que se observa é que de forma proposital – ou não – incorporou-se a definição de mediação típica da cultura jurídica americana, associando-a ao conceito de conciliação. Todavia, compete fazer a ressalva de que o termo conciliação não se encontra presente na cultura jurídica norte-americana que envolve a discussão do movimento ADR. Por outro lado, a expressão conciliação é tradicionalmente empregada na atividade judicial continental quando um terceiro busca auxiliar as partes na composição da lide, inclusive formulando proposta de acordo, independentemente de tal prática se desenvolver em âmbito judicial ou extrajudicial. Corroborando idêntico raciocínio são as considerações de Santagada (2012, p. 21), consoante segue:

Em outros termos, com a expressão mediação, típica do léxico anglo-americano e comunitário, designa-se o procedimento de composição da controvérsia, o percurso que se pode percorrer para conseguir a composição. Com a expressão conciliação, recorrente na nossa tradição jurídica, indica-se ao contrário o resultado positivo do percurso, ou seja, o acordo obtido.

Assim, é possível afirmar que a normativa italiana expressa que a mediação comportaria uma fase de mediação em sentido estrito, na qual o mediador facilitaria a busca do consenso pelas partes, e, em caso de êxito, seria desenvolvida uma segunda fase chamada conciliação, na qual se elaboraria o acordo propriamente dito. Nesse sentido, observa-se que a coexistência da mediação avaliativa e facilitadora não está restrita apenas ao nível conceitual, pois é facultado ao mediador formular uma proposta de solução, caso o acordo não seja obtido, como é obrigado a apresentar uma proposta se assim for requerido expressamente por ambas as partes envolvidas (SANTAGADA, 2012, p. 25).

Quanto aos problemas e ressalvas da referida distinção, nos aponta Romualdi (2012, p. 153) que, em respeito ao passado, o procedimento no qual um terceiro, imparcial e independente, ajuda as partes a resolver a controvérsia vem denominado de mediação; enquanto que com o termo conciliação se vai indicar o resultado positivo do processo.

Em sentido contrário da crítica até aqui adotada, há algumas posições favoráveis quanto à distinção conceitual adotada no D. Legs. 28/2010. Pode-se trazer como destacado exemplo as reflexões de Chiarloni (2010), que afirma que a distinção efetuada entre mediação (como atividade de meio) e conciliação (como atividade de resultado), realizada pelo decreto legislativo originário do executivo, teve como intuito eliminar a confusão existente criada pelo legislador. A citada incongruência se refere ao fato de que a conciliação era tanto o procedimento como o resultado realizado pelo juiz (em matéria estatal ou patrimonial) ou por um terceiro (em matéria patrimonial) e a mediação, por sua vez, era o procedimento empregado quando estavam em jogo relações de perfil público (em matéria familiar e penal).

Em que pese o avanço na tentativa de utilização mais precisa dos conceitos, observa-se que o emprego das expressões mediação e conciliação acabou por ser realizado sem a devida contextualização da prática dos referidos institutos – a exemplo do que diversamente ocorreu no Brasil, conforme se verá ao final do capítulo. Desse modo, não faz muito sentido deixar de lado que a mediação, enquanto procedimento, se nem sempre tem como resultado o consenso, guarda uma grande instrumental tendente efetivamente a persegui-lo. Por outro lado, a conciliação não está limitada ao resultado, mas também constitui uma prática que conduz ao objetivo de buscar um acordo para o conflito.

Em verdade, pode-se inferir que mediação e conciliação, como definidas no D. Legs. 28/2010, são duas faces da mesma moeda, individuando dois momentos diferentes de um idêntico fato que mantém, porém, uma própria unidade (RICCIO, 2011, p. 78). Um exemplo comumente citado é a diferenciação, em âmbito contratual, entre a fase de tratativas (correspondente à mediação) e a conclusão do contrato (referente à conciliação).

Por fim, compete ainda ressaltar que mesmo com a última alteração da redação da definição normativa da mediação promovida pelo D. Legs. n. 69 de 21 de junho de 2013, decorrente da aplicação da Lei n. 98 de 9 de agosto, o quadro acima discutido não sofreu qualquer modificação, pois a referida mudança textual apenas ressaltou que a atividade do mediador no procedimento de mediação comporta, conjuntamente, tanto a assistência às partes na busca por um acordo amigável, como também a formulação de propostas de resolução do conflito, conforme é possível

verificar:

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

a) mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

Assim, do quanto até o presente momento exposto – e mantidas as críticas de caráter técnico e teórico –, é plenamente possível afirmar que a distinção entre a mediação e a conciliação na Itália tem apenas um caráter teórico e classificatório, não se revestindo a referida diferenciação em qualquer efeito de caráter prático ou aplicativo (RICCIO, 2011, p. 78). Não se deve esquecer que as classificações de um modo geral sempre carregam consigo significativo grau de arbitrariedade ao selecionar determinadas características de um grupo de elementos, a fim de organizá-los na realidade. Todavia, uma classificação que não contribui para a melhor compreensão dos fenômenos que visa ordenar carece de finalidade, pois não traz consigo o necessário valor explicativo das diferenciações.

É exatamente aqui que reside o pecado de uma distinção conceitual que não considera a experiência teórico-prática acumulada pelos referidos institutos nos contextos dos quais foram apropriadamente – ou não – importados, o que acaba por gerar incongruências e confusões que pouco contribuem para o desenvolvimento tanto da mediação quanto da conciliação, em especial no que se refere à necessidade de diferenciar a primeira da segunda.

No entanto, retomando uma visão mais estritamente descritiva e menos avaliativa dos institutos, é importante destacar que o D. legs. 28/2010, ao regulamentar a prática da mediação, acabou por disciplinar alguns tipos específicos de práticas no ordenamento interno da Itália, os quais serão agora objeto de análise na próxima seção.

### **6.3 Os tipos de mediação praticados na Itália.**

De início, é importante ressaltar que a tipologia das práticas de mediação nos diferentes países se diversifica segundo dois fatores que se pode destacar, a priori,

como determinantes: o contexto histórico de desenvolvimento da mediação e a regulamentação normativa.

O primeiro é a trajetória histórica do desenvolvimento da prática da mediação em cada país. É importante esclarecer que a mediação não está contextualmente desvinculada da cultura jurídica do país no qual se desenvolve, inclusive resta fortemente influenciada pelos sistemas de regulação social vigentes. Quanto ao ponto, é possível destacar as claras diferenças entre os sistemas de regulação social dos países que adotam o *civil law* daqueles que são fortemente determinados pelo *common law*. As correspondentes singularidades acabam por impactar diretamente no modelo de mediação a ser adotado – não será adentrado aqui nesse debate, visto já ter sido objeto de discussão específica em seção precedente deste trabalho.

O segundo aspecto é a evolução normativa da regulamentação da mediação no ordenamento interno de cada país, a qual pode funcionar como mecanismo de promoção do instituto, ao garantir a sua previsibilidade normativa e segurança jurídica, como também pode funcionar como instrumento de desestímulo ou até mesmo de proibição de determinadas práticas.

No contexto italiano, foi possível observar que o desenvolvimento contemporâneo da mediação foi fortemente influenciado pela Diretiva Europeia 2008/52/CE, a qual restou disciplinada no ordenamento interno da Itália por meio do D. Legs. 28/2010. Desse modo, na presente seção a tipologia da mediação será traçada a partir da análise da regulamentação normativa do referido instituto no ordenamento nacional italiano, com especial destaque para o D. Legs. 28/2010.

A partir da leitura do citado decreto – e com respaldo em tipologia adotada por Castello (2011) –, pode-se constatar que na Itália estão presentes quatro tipos de mediação, quais sejam: voluntária, obrigatória, delegada pelo juiz e contratual. É possível identificar a correspondente classificação por meio da análise dos artigos 2º e 5º, e correspondentes comandos, do D. Legs. 28/2010.

Iniciando pelo primeiro tipo, define-se como **mediação voluntária** o procedimento de mediação realizado pelas partes de modo extrajudicial e pré-processual. Importante aqui destacar que as palavras extrajudicial e pré-processual guardam no ordenamento italiano uma distinção clara no que se refere ao procedimento de mediação. A mediação extrajudicial é aquela realizada por pessoas,

físicas e/ou jurídicas, não pertencentes ao Poder Judiciário. Dessa forma, pode-se afirmar que uma mediação é extrajudicial quando se desenvolve fora do sistema judicial, sendo administrada por pessoas a ele estranhas. Por outro lado, uma mediação pré-processual é aquela que é desenvolvida sempre antes do ingresso de uma ação judicial, mas que pode ser tanto judicial quanto extrajudicial. A distinção entre uma mediação pré-processual judicial e uma extrajudicial vai depender do espaço no qual se desenvolve a mediação. No primeiro caso, se a mediação for realizada antes do ajuizamento da ação, mas for conduzida por mediadores integrantes do Poder Judiciário – magistrados que não presidem o feito e/ou servidores –, se estará diante de uma mediação judicial. Contudo, na segunda hipótese, quando a mediação pré-processual for conduzida por instituições de mediação ou mediadores alheios ao sistema judicial, caracterizada estará a mediação pré-processual e extrajudicial. Exemplificando, quando uma mediação pré-processual – portanto, sempre antes do ajuizamento da ação – for conduzida por quadros pertencentes ao Poder Judiciário, no exercício regular de suas atividades dentro do sistema judicial, estar-se-á diante de uma mediação pré-processual e judicial. No caso de ocorrer uma mediação também pré-processual, contudo, conduzida por mediadores e instituições estranhos ao Poder Judiciário, verificar-se-á a ocorrência de uma mediação pré-processual e extrajudicial.

Todavia, é importante ressaltar que uma mediação extrajudicial nem sempre será pré-processual. Pode ocorrer que após o ajuizamento de uma ação, ou seja, com o processo já em curso, as partes de forma autônoma ou por sugestão do juiz – mediante aceitação das partes – solicitem a suspensão do processo para que se realize uma mediação incidental que será conduzida por profissionais que não integram o Poder Judiciário. Consequentemente, nessa última situação estaríamos diante de uma mediação que seria extrajudicial, mas não pré-processual, pois estaria a ocorrer de modo incidente ao processo judicial, portanto, de forma endoprocessual. Assim, poderíamos recapitular que uma mediação pré-processual poderá ser tanto extrajudicial quanto judicial e que uma mediação extrajudicial poderá ser tanto pré-processual, como também incidental (ou endoprocessual). De qualquer modo, importante já aqui adiantar, no caso da Itália, que a mediação extrajudicial poderá ser pré-processual (voluntária) e incidental (mediação delegada).

Feitos os referidos esclarecimentos teóricos – e retomando o estudo da tipologia inicialmente traçado –, compete delinear que na Itália a mediação voluntária será sempre extrajudicial e pré-processual, nos termos do art. 2º, comando 2, do D. Legs. 28/2010.

Ainda quanto ao ponto, merece destaque o fato de que o D. Legs. 28/2010 tem claramente como finalidade regulamentar o emprego da mediação dentro da dinâmica do processo civil. A ressalva se faz importante porque a mediação voluntária é praticada antes do ingresso em juízo e, portanto, pré-processual. Desse modo, interessa apontar que o referido ato normativo acaba por regular a mediação voluntária ao afirmar que a normatização a ser empregada aos procedimentos de mediação no processo civil não obsta a realização da mediação voluntária desenvolvida de modo pré-processual e extrajudicial, conforme se pode depreender da literalidade do texto normativo, nos termos do art. 2º, comma 2, do D. Legs. 28/2010, do qual se extrai que “2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche<sup>49</sup> relative alle controversie civili e commerciali, ne' le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.”

Com efeito, observa-se que a regulamentação normativa da mediação voluntária realizada pelo D. Legs. 28/2010 ocorre de forma negativa ao prever que a normatização da mediação no interior do processo judicial em nada obsta o desenvolvimento da mediação realizada no âmbito extrajudicial e de forma pré-processual.

Há aqui que se salientar que o D. Legs. 28/2010 teve como desiderato regulamentar não apenas o procedimento de mediação, mas também a sua relação com o processo judicial. No entanto, não se deve esquecer que a mediação e o processo judicial encontram-se interligados dentro de um panorama estruturado de administração da justiça, mas funcionam sob lógicas completamente diversas. A referida ressalva é importante pelo risco constante de a mediação ser considerada como um tipo de justiça inferior e – especialmente quando realizada no interior do Poder Judiciário – ser colonizada pelos idênticos problemas que afetam o

---

<sup>49</sup> A negociação paritária é um procedimento de negociação realizado especialmente entre associações de representação dos consumidores e empresas, para a conciliação de controvérsias de pequeno valor.

funcionamento da atividade jurisdicional do Estado. Assim, não faz mal destacar que a demanda de mediação, de fato, no contexto italiano, deriva da lesão de um direito disponível, porém o interesse que a alimenta deveria ser não tanto o de obter uma reparação do direito (alegadamente lesado), mas de receber alguma coisa que se relaciona ao mais profundo e íntimo interesse dos litigantes que poderia ser também muito diverso do direito em discussão (CASTELLO, 2011, p. 46). A título de exemplo, seria possível mencionar o caso de um conflito entre vizinhos no qual uma obra realizada no imóvel de um deles tenha causado algum dano patrimonial ao outro. Nesse caso, mais do que a reparação do dano civil, muitas vezes pode se encontrar em jogo um sincero pedido de desculpas a restabelecer a paz, o respeito e a harmonia perdidos na relação de vizinhança.

Do quanto exposto, pode-se definir a mediação voluntária na Itália como uma forma de mediação facultativa que se desenvolve anteriormente e de modo independente ao processo judicial. Nesse sentido, nas palavras de Castello (2011, 47), comentando as características da mediação voluntária na Itália, seria possível afirmar que se estaria diante da presença de uma mediação não apenas extrajudicial, como também extraprocessual, haja vista que seu desenvolvimento dispensa totalmente a existência de um processo, bem como as suas correspondentes regras de incidência.

Por fim, importa delimitar que apesar de a mediação voluntária encontrar-se apenas prevista no D. Legs. 28/2010, porém não completamente disciplinada, o seu desenvolvimento está limitado de idêntico modo às controvérsias que versam sobre direitos disponíveis em matéria civil e comercial, nos termos do art. 2º, comma. 2, do referido ato normativo. Compete ainda destacar que o conceito de disponibilidade de um direito que pode ser objeto da mediação apresenta dois requisitos básicos no ordenamento italiano, os quais seriam o caráter patrimonial do direito e a ausência de vedação da disponibilidade.

Agora, retomando o percurso inicialmente traçado, passa-se a debater os três tipos de mediação, de fato, disciplinados nos termos do D. Legs. 28/2010: a mediação obrigatória, a mediação por indicação do juiz e a mediação contratual.

A **mediação obrigatória** está disciplinada no ordenamento italiano pelo D. Legs. 28/2010, nos termos de seu art. 5º, comma. 1º, o qual traz um elenco de ações

judiciais nos quais a tentativa de mediação é condição de procedibilidade da demanda judicial e tem, portanto, natureza obrigatória.

De início, ao contrário do que se possa imaginar, a tentativa de introdução da mediação obrigatória como condição de procedibilidade na Itália não é nova. Desde o final da década de 70 há a experiência de introduzir em âmbitos setoriais, caracterizados por elevada litigiosidade e pela presença de uma parte contratualmente mais vulnerável, mecanismos de conciliação dito obrigatórios (SANTAGADA, 2012, p. 34).

No entanto, o insucesso dos mecanismos obrigatórios restou patente. De modo geral, raramente os resultados atingidos foram positivos, seja por ineficiência estrutural ou por obter baixa colaboração dos envolvidos. Assim, a obrigatoriedade acabou sendo identificada como repleta de complicações inúteis e exceções dilatórias, consistindo em mera etapa burocrática (SANTAGADA, 2012, p. 35).

Todavia, em que pese a experiência anterior ter sido pouco exitosa, a nova proposta normativa do D. Legs. 28/2010 novamente trouxe a figura da mediação obrigatória para alguns casos específicos. O que se percebe é a significativa intenção legislativa de utilizar de maneira inequívoca o instrumento da mediação com função de desinflacionar o contencioso ou de pelo menos diminuir a endêmica crise que afeta a justiça civil, favorecendo, em última análise, a administração judiciária (SANTAGADA, 2012, p. 33-35).

Desse modo, restou expressamente consignado do art. 5º, comma 1, do D. Legs. 28/2010 que as partes são obrigadas a experimentar a mediação, constituindo-se essa em condição de procedibilidade da demanda, para os conflitos que versem sobre matéria de: condomínio, direitos reais, divisão de bens, sucessão hereditária, pactos de família<sup>50</sup>, locação, comodato, aluguel de empresa, ressarcimento de danos derivado de responsabilidade médica e de saúde, difamação por meio de impressos ou outros meios de publicidade, contratos de seguro, bancários e financeiros.

Assim, é dever do juiz verificar de ofício, ou mediante apresentação de exceção da parte na primeira oportunidade de defesa, se houve tentativa de mediação

---

<sup>50</sup> O pacto de família é um ato (contrato) entre vivos, previsto na legislação italiana, por meio do qual um empreendedor transfere, no todo ou em parte, a própria empresa ou a participação em uma sociedade a um ou mais de seus descendentes.

pelas partes para os conflitos elencados no supracitado dispositivo. Caso verifique o magistrado que a mediação não foi tentada pelas partes, deve o magistrado assinalar um termo para que as partes apresentem a referida demanda a algum organismo de mediação devidamente reconhecido. De outro lado, na hipótese de a demanda ter sido apresentada antes do decurso temporal máximo para o encerramento de uma mediação já em curso, deve o magistrado designar audiência para depois do prazo final do procedimento.

Uma importante questão a ser destacada foi a controvérsia existente quanto a suposta inconstitucionalidade do dispositivo que disciplina a mediação obrigatória. Foram levantadas questões como a ilegitimidade do art. 5º, do D.Legs 28/2010, sob a alegação de que a referida disposição normativa estaria a violar o art. 24 da Constituição da República Italiana de 1947, o qual afirma que:

Art. 24.

Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi [113].

La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.

Sono assicurati ai non abbienti, con appositi istituti, i mezzi per agire e difendersi davanti ad ogni giurisdizione.

La legge determina le condizioni e i modi per la riparazione degli errori giudiziari.

Desse modo, foi levantada a discussão sobre a possibilidade de a mediação prévia obrigatória, como condição de procedibilidade de algumas demandas em juízo, obstaculizar o livre exercício de acionar o Poder Judiciário, e, por consequência, o livre acesso à justiça. Por consequência, como seria esperado, o debate chegou à Corte Constitucional da Itália que em diversos julgados<sup>51</sup> decidiu pela legitimidade do recurso por parte do legislador a tais medidas, com a finalidade de descongestionar o poder Judiciário. O fundamento do referido entendimento reside no fato de que a mediação como condição de procedibilidade é uma medida que não impede ou limita as partes no acesso à jurisdição, mas apenas provoca um pontual adiamento

---

<sup>51</sup> São exemplos de decisões citadas por Castello (2011), nas quais a referida matéria é enfrentada: Corte Constitucional, 13 de julho de 2000, nº 276 e Corte Constitucional, 4 de março de 1992, nº 82.

(CASTELLO, 2011, p. 50).

Com efeito, são apresentados três argumentos a justificar a utilização da mediação como condição de procedibilidade para as matérias elencadas no art. 5º, comma. 1, do D. Legs. 28/2010. O primeiro se refere ao fato de que nas matérias tratadas há uma relação existente entre as partes e, por diversas razões, forte tendência a prolongar-se no tempo, a exemplo das controvérsias entre condôminos e contratos de locação ou situações nas quais as partes envolvidas têm relações de parentesco, pertencem ao mesmo grupo social ou área territorial. Um segundo argumento é que muitas das situações apontadas se referem a relações conflituosas em que pela própria natureza dos conflitos haveria um terreno fértil para a busca de uma solução extrajudicial, a exemplo do ressarcimento por danos derivados de circulação de veículos e difamação por meio impresso ou outro meio de comunicação. Um terceiro argumento seria o de que a tipologia de alguns contratos (seguros, bancários e financeiros) se referem a relação de grande duração entre as partes e cujos contratos têm grande difusão de massa, sendo assim responsáveis por significativa parte dos contenciosos judiciais (CASTELLO, 2011, p. 50/51).

Por fim, é necessário ressaltar a existência de algumas situações nas quais partes não estão submetidas à mediação prévia obrigatória como condição de procedibilidade da demanda, como nas situações que pleiteiam a obtenção de provimento urgente ou cautelar, nos termos art. 5º, comma 3, do D. Legs 28/2010. Pensar de modo diverso poderia ensejar a má-fé na utilização do procedimento de mediação, ao permitir que eventual atraso na efetivação do provimento jurisdicional possa causar dano à parte que deveria ser juridicamente tutelada. Desse modo, a mediação não seria mais um instrumento na busca por uma solução consensual para os conflitos, mas tão somente um meio procrastinatório para uma das partes se furtar de sua responsabilização em âmbito judicial.

**A mediação delegada** é uma figura introduzida no ordenamento italiano, em atenção à Diretiva Europeia n. 2008/52/CE, nos termos da redação original do art. 5º, comma. 2, do D. Legs. 28/2010, a qual estipulava:

2. Fermo quanto previsto dal comma 1 e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, puo' invitare le stesse a procedere alla mediazione. L'invito deve

essere rivolto alle parti prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non e' prevista, prima della discussione della causa. Se le parti aderiscono all'invito, il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non e' gia' stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione.

Da atenta leitura do referido texto, observa-se que o magistrado de 1º grau ou de instância recursal poderia convidar as partes a recorrerem à mediação antes da discussão da causa ou de ser proferida a sentença. Destaca-se que originalmente o texto normativo disciplinava a mediação delegada como um convite feito pelo magistrado às partes, não sendo estas obrigadas a participar do referido procedimento. No entanto, esse não é mais o panorama atual, pois o referido dispositivo foi alterado pelo D. Legs. 69/2013, em observância à Lei n. 98/2013, passando o art. 5º, comma. 2, do D. Legs, 28/2010 a ter na atualidade a seguinte redação:

2. Fermo quanto previsto dal comma 1-bis e salvo quanto disposto dai commi 3 e 4, il giudice, anche in sede di giudizio di appello, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione e il comportamento delle parti, **può disporre l'esperimento del procedimento di mediazione; in tal caso, l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale anche in sede di appello.** Il provvedimento di cui al periodo precedente è adottato prima dell'udienza di precisazione delle conclusioni ovvero, quando tale udienza non è prevista prima della discussione della causa. Il giudice fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6 e, quando la mediazione non è già stata avviata, assegna contestualmente alle parti il termine di quindici giorni per la presentazione della domanda di mediazione. (destaque nosso)

O presente texto do referido dispositivo modificou de maneira significativa a natureza da chamada mediação delegada, pois antes havia um convite não compulsório por parte do magistrado para que as partes pudessem participar voluntariamente do procedimento de mediação. Em sentido diverso, agora compete ao juiz magistrado, considerando a natureza da causa, o estado da instrução e o comportamento das partes, encaminhar o caso para o procedimento de mediação, o qual se revestirá de condição de procedibilidade para a demanda. Em outras palavras, caso o magistrado entenda de modo discricionário que aquela controvérsia pode ser

melhor solucionada por meio da mediação, assim determinando a sua realização, as partes envolvidas não terão outra alternativa senão participar do referido procedimento.

No entanto, em que pese restar caracterizado um sintomático aumento do poder discricionário do magistrado para determinar ou não a realização do procedimento de mediação, também é importante ressaltar que tal competência é revestida de critérios razoáveis. Assim, faz-se necessário esclarecer que de idêntico modo como na redação anterior do dispositivo – na qual o magistrado poderia apenas formular um convite – continua ainda a autoridade judicial obrigada a considerar para a determinação do procedimento de mediação: a natureza da causa (se versa sobre direitos disponíveis em matéria civil e comercial); o comportamento das partes (a relação existente entre os envolvidos); o estado da instrução do feito (a instrução completa pode permitir uma maior avaliação sobre a conveniência de estar em juízo e as possibilidades de êxito da demanda judicial).

A inserção de critérios para seleção de causas que podem ser encaminhadas para a mediação não é por acaso, pois está coadunada com a necessidade de se identificar no caso concreto qual a solução mais adequada para a referida demanda. Portanto, nada impede que um conflito cuja situação-problema já tenha sido convertida em um processo judicial venha a ser equacionado por um meio de resolução de controvérsias que possa ser mais eficiente. Corroborando essa perspectiva quanto à valoração da mediação delegada é o entendimento de Santagada (2012, p. 16/17), ao afirmar que a sua opção não é casual, pois o desenvolvimento de uma mediação endoprocessual está coadunada com a necessidade de utilização do método mais apropriado para a resolução de dada controvérsia. Afirma ainda restar a vantagem de que a mediação será desenvolvida por pessoa diversa daquela que posteriormente, em caso de insucesso na obtenção de acordo, terá que proferir a sentença, consistindo esse um dos principais óbices da conciliação judicial, quando conduzida pelo magistrado.

Todavia, importa pontuar que resta claro que forçar as partes a participar a contragosto do procedimento de mediação é situação por demais improdutiva – isso a própria experiência italiana já demonstrou. Desse modo, a obrigatoriedade de participação das partes no procedimento de mediação – quando assim determinado

pelo magistrado –, a fim de que seja satisfeita a condição de procedibilidade da demanda judicial, cinge-se ao comparecimento ao primeiro encontro com o mediador, nos termos do art. 5º, comma. 2-bis, do D. Legs. 28/2010, consoante a redação determinada pelo D. Legs. 69/2013.

Uma característica importante da mediação delegada é o seu caráter endoprocessual, pois ocorre no curso de um processo judicial que já existe, porém é extrajudicial, haja vista que será realizada por organização estranha ao organograma interno do Poder Judiciário.

No caso concreto, um dos principais efeitos da mediação delegada é a suspensão do processo por até 3 meses, nos termos do art. 6, comma. 1, do D. Legs. 28/2010, a fim de que as partes possam tentar a realização da mediação em alguma entidade ou organismo reconhecido pelo Ministério da Justiça da Itália.

Do quanto exposto sobre a mediação delegada, é possível observar uma inflexão do legislador quanto à sua utilização, haja vista que passou em um curto espaço de tempo – aproximadamente três anos – de uma sugestão do magistrado às partes, sem qualquer caráter de obrigatoriedade, para se converter em condição de procedibilidade da demanda judicial. Tal fato, a princípio, pode revelar a expectativa do legislador quanto ao potencial deflacionário da mediação delegada em contribuir para redução da sobrecarga processual nos Tribunais.

Por último, a **mediação contratual**, disciplinada no art. 5º, comma 5, do D. Legs. 28/2010, refere-se à hipótese na qual haja uma cláusula de mediação em um contrato entre duas ou mais partes, bem como no ato constitutivo de uma entidade. A mediação prevista no referido dispositivo também foi denominada por alguns de mediação facultativa obrigatória, pois é imposta pela existência de uma cláusula desejada pelas próprias partes (CASTELLO, 2011, p. 53).

Interessante destacar a eficácia processual da mencionada cláusula de mediação, haja vista que a parte que demanda no processo pode ofertar uma exceção como resposta, a fim de que seja realizado o procedimento de mediação contratualmente previsto. No entanto, ocorrendo o fato de ambas as partes não suscitarem a necessidade de prévia realização da mediação no processo, não pode o juiz conhecê-la de ofício (ROMUALDI, 2012, p. 157). O referido entendimento tem respaldo no caráter voluntário da cláusula contratual firmada. Desse modo, se ambas

concordaram com a sua estipulação, igualmente podem firmar consenso de modo contrário, no sentido de não fazer uso da cláusula contratual.

Feito esse sucinto panorama pela mediação na Itália, com especial destaque para a sua evolução normativa, será na seção subsequente realizado um confronto entre as principais diferenças do desenvolvimento do instituto da mediação no Brasil e na Itália.

#### **6.4 As principais diferenças entre a mediação no Brasil e na Itália.**

O desiderato de realizar um diálogo sobre o desenvolvimento da mediação no Brasil e na Itália partirá da constatação de algumas semelhanças, para em sequência discorrer sobre as diferenças e, por fim, tentar realizar um prognóstico do que a experiência da mediação na Itália pode contribuir para a compreensão do instituto no Brasil.

Com efeito, antes de adentrar no diálogo sobre as singularidades da trajetória da mediação no Brasil e na Itália, faz-se necessário apontar uma importante semelhança. Apesar de os dois países serem tradicionalmente identificados como típicos representantes da matriz jurídica do *civil law*, observa-se claramente uma marcante influência da experiência norte-americana, com significativa adoção de elementos caracterizadores da mediação satisfativa, da escola de Harvard, consoante descrito em seção anterior.

A referida constatação se revela curiosa, pois a importação do modelo norte-americano de mediação parece ter ocorrido no Brasil e na Itália sem maiores preocupações quanto à grande diferença de seus sistemas de regulação social com aquele em prática nos Estados Unidos. Nesse sentido, um diálogo entre o percurso da mediação no Brasil e na Itália se revela interessante, pois possibilita relacionar as dificuldades encontradas da referida importação.

Feitas essas considerações quanto à origem comum do modelo adotado, passa-se agora a discorrer sobre as diferenças no que se refere às primeiras iniciativas legislativas de regulação da prática da mediação.

No caso italiano, restou claro que o embrião da normatização teve origem na Diretiva 2008/52/CE, que regulamentou a mediação para os conflitos transfronteiriços

no âmbito do espaço comum europeu, a qual foi internalizada no ordenamento italiano pela Lei 69/2009, que, por sua vez, delegou ao Poder Executivo a regulamentação da matéria, sendo essa efetivamente realizada nos termos do D. Legs. 28/2010. Em situação completamente diversa, no Brasil a mediação em âmbito judicial foi regulamentada inicialmente pelo Res. 125/2010 do CNJ, que disciplinou a mediação como política pública nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no Poder Judiciário, sendo a mediação apenas posteriormente objeto de normatização legislativa, com especial destaque para a Lei 13.105/2015, que disciplinou a mediação no interior do processo civil e a Lei 13.140/2015, que legislou sobre a mediação entre particulares e a autocomposição na administração pública.

Assim, no Brasil, a mediação judicial teve origem em experiências de práticas judiciais que acabaram por se tornar modelo para a elaboração de uma política pública de abrangência nacional para todo o Poder Judiciário. Por sua vez, a Itália acabou por incorporar em seu ordenamento iniciativas de regulamentação da mediação em âmbito comunitário. Em ambos os casos, é possível observar que a regulamentação da mediação teve como centros de impulso instituições diversas dos poderes legislativos nacionais, os quais apenas atuaram posteriormente, todavia sem maiores protagonismos.

Enfrentada a questão da origem, importa destacar as significativas diferenças de ordem conceitual do instituto. Consoante mais acima assinalado, após alguma confusão nas definições legislativas sobre o que seria mediação ou conciliação, a questão tornou-se clara em solo italiano com o D. Legs. 28/2010 – e alterações posteriores –, a definir a mediação como o método consensual pelo qual um terceiro busca aproximar as partes, facilitando o diálogo, para buscar um acordo; enquanto que a conciliação seria a fase na qual se inicia a negociação em torno do acordo propriamente dito. De modo diverso, porém mais claro, a mediação e a conciliação no Brasil são concebidas como práticas distintas, com métodos próprios e papéis diversos a serem desempenhados pelo conciliador e pelo mediador. Nesse sentido, a distinção conceitual entre a mediação no Brasil foi alvo, inclusive, de definição legislativa, nos termos do art. 165, §2º e §3º, do NCPC. Dito isso, pode-se afirmar que a mediação é o método autocompositivo preferencialmente utilizado em situações nas quais os envolvidos tenham um vínculo anterior, por meio do qual um terceiro

(mediador) busca facilitar o diálogo entre as partes, a fim de que essas possam chegar por si próprias a uma solução consensual; diferentemente da conciliação, que é método recomendado para situações em que as partes não tenham vinculação anterior, por meio do qual busca-se a obtenção de uma solução consensual, sendo permitido ao conciliador formular propostas de acordo não vinculantes para as partes. Desse modo, é possível identificar que enquanto mediação e conciliação na Itália constituem fases de um mesmo procedimento, no Brasil são institutos claramente distintos, com práticas diferenciadas – o que se revela uma melhor técnica legislativa no último caso.

Um ponto determinante para a utilização da mediação é a amplitude da abrangência de seu objeto. A questão que se analisa agora é saber quais conflitos – ou matérias – podem ser solucionados com o emprego da mediação. A origem comunitária da regulamentação da mediação na Itália acabou por delimitar os marcos de abrangência da referida prática, haja vista que o D. Legs. 28/2010 seguiu as recomendações da Diretiva 2008/52/CE. Assim, em solo italiano apenas podem ser objeto de mediação conflitos sobre matéria comercial e civil que versem sobre direitos disponíveis. Em sentido diverso, observa-se no Brasil um movimento que tende cada vez mais a ampliar os conflitos que podem ser solucionados por meio da mediação. Dito isso, a norma brasileira que melhor define o atual nível de abrangência da mediação no Brasil é o art. 3º da Lei 13.140/2015 ao afirmar que “pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação”. A dimensão da norma apenas deixa de fora os conflitos que versem sobre direitos indisponíveis que não admitem transação, dos quais se pode citar muito poucos como a vida, a integridade física, dentre outros. O que se observa no caso brasileiro, ao contrário da situação italiana, é que a fronteira do que é passível de mediação está em movimento no sentido de uma franca – e, às vezes, perigosa – expansão.

Por fim, passa-se a fazer um paralelo entre os tipos de mediação existentes. A mediação voluntária italiana, a qual é realizada antes do ajuizamento da demanda judicial, é caracterizada por se desenvolver de modo extrajudicial e pré-processual. No Brasil, o seu modo mais similar seria a mediação extrajudicial, realizada por particulares, nos termos regulados pela Lei de Mediação. No entanto, a mediação

judicial brasileira aponta ainda para outras situações semelhantes à mediação voluntária italiana. Seria o caso da mediação realizada de forma pré-processual no âmbito do CEJUSC. Não se deve esquecer o CEJSUC, criado pela Res. 125/2010 do CNJ, o qual teve suas atribuições ampliadas pelo NCPC, possui setor específico para a mediação de conflitos de demandas que ainda não foram ajuizadas. Dito isso, apesar de ser conhecida a baixa realização de mediações em etapa prévia ao processo judicial, deve-se ressaltar a existência de setor específico no CEJUSC para o regular desenvolvimento de mediações em âmbito pré-processual. Feitas essas considerações, é possível identificar uma clara proximidade entre a mediação voluntária italiana e a mediação extrajudicial brasileira – bem como a processual –, dada a total voluntariedade das partes para a participação inicial e posterior prosseguimento no procedimento de mediação, o qual restou mitigado em outras situações, consoante será possível ver mais adiante.

No quesito da obrigatoriedade, é possível identificar algumas semelhanças entre os dois países. Na Itália, mediação obrigatória disciplinada no art. 5º, comma. 1º do. D. Legs. 28/2010, aplica-se apenas a algumas matérias e se constitui como condição de procedibilidade de demanda judicial. Desse modo, apenas pode ser ajuizada uma demanda referente às matérias elencadas após a demonstração de que já foi ao menos tentada a mediação. No Brasil, em que pese não se falar de obrigatoriedade, as inovações introduzidas pelo art. 334 do NCPC carregam uma forte nota de mitigação da voluntariedade, haja vista que após o ajuizamento da ação – e antes de oferecimento de defesa – deve ser realizada uma sessão de mediação ou conciliação judicial, independentemente da matéria aventada no processo civil, cuja presença da parte é quase obrigatória – apenas não ocorrerá a audiência se ambas as partes se manifestarem de modo expresso em sentido contrário. No entanto, há duas diferenças que merecem destaque. A primeira é que a mediação obrigatória italiana abrange apenas algumas matérias, enquanto a mediação judicial no Brasil abarca todos os direitos tutelados por meio do processo civil. A segunda – e talvez mais importante – é que a mediação obrigatória italiana é pré-processual e extrajudicial, enquanto que no Brasil a mediação é judicial e endoprocessual. Desse modo, observa-se que na Itália o dever de realizar a mediação é das partes que terão que dele desincumbir-se antes de adentrar em juízo e por meio de algum mediador

ou entidade extrajudicial. Por sua vez, no Brasil, o ônus de realizar a audiência de mediação no curso do processo judicial é do próprio Poder Judiciário, apenas sendo facultada às partes a possibilidade de realizar a mediação extrajudicialmente.

Quanto à figura da mediação delegada italiana, a qual era inicialmente apenas um convite do magistrado e, posteriormente, passou a ser um encaminhamento compulsório, constituindo-se em condição de procedibilidade da demanda, resta claro que o instituto não tem paralelo em solo brasileiro. Em que pese o fato de que no Brasil o juiz encontra-se autorizado a buscar a conciliação a qualquer tempo e que alguns feitos podem ser encaminhados à mediação por sugestão do magistrado, tal manifestação tem caráter meramente opinativo, constituindo-se em convite sem qualquer caráter compulsório. Basta que uma das partes recuse a proposta do magistrado para que o processo judicial prossiga normalmente. Uma curiosidade da mediação delegada italiana é que, após o encaminhamento determinado pelo magistrado, o procedimento de mediação deverá ser realizado extrajudicialmente. Além do mais, constitui-se como condição de procedibilidade de ação judicial já em curso no Poder Judiciário. Desse modo, no caso da mediação delegada seria possível falar de uma mediação endoprocessual e extrajudicial.

Por último, a mediação contratual italiana, disciplinada no art. 5º, comma. 5º, do D. Legs. 28/2010, guarda grande semelhança com a mediação extrajudicial realizada no Brasil decorrente de cláusula de mediação estipulada em contrato, nos termos do art. 22 da Lei 13.140/2015, que regulamentou todos os requisitos para a previsão contratual da mediação. Note-se que em ambos os casos, apenas poderá ser ajuizada qualquer ação referente ao objeto da mediação contratada após a prévia tentativa de realização de mediação extrajudicial, constituindo-se essa como condição de procedibilidade de eventuais demandas judiciais. De todos os tipos de mediação previstos no ordenamento italiano, talvez seja a mediação contratual a que guarda maior identidade entre os dois países.

Do diálogo realizado sobre os tipos de mediação desenvolvidos na Itália e no Brasil se destaca uma diferença marcante. A mediação em solo italiano, mesmo quando ocorrida no interior de um processo judicial já em curso, é sempre efetuada extrajudicialmente, naquilo que poderia se chamar – de modo confuso – de uma mediação judicial extrajudicial. Desse modo, a fim de não gerar qualquer

desentendimento conceitual, prefere-se aqui classificar a mediação realizada de forma incidental em um processo judicial, porém desenvolvida fora da estrutura do Poder Judiciário, de mediação endoprocessual e extrajudicial.

Ao que parece, um grande acerto da regulamentação normativa da mediação na Itália foi ter disciplinado a mediação pré-processual e endoprocessual, de modo a que fosse sempre realizada extrajudicialmente. Parece que a normatização reconheceu a grande diferença existente entre a cultura do litígio no interior do sistema judicial e a cultura do consenso a ser desenvolvida de forma preponderante extrajudicialmente. A referida prática, ainda inexistente no Brasil, talvez seja um importante instrumento a ser estudado para futura implantação nacional.

Feito esse rápido diálogo tanto entre as experiências quanto à trajetória da mediação no Brasil e na Itália, faz-se agora uma discussão sobre a relação existente entre a mediação de conflitos e democracia na contemporaneidade, a partir das percepções teóricas de Hans Kelsen.

## **7 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NA DEMOCRACIA CONTEMPORÂNEA.**

No presente capítulo buscar-se-á apresentar as articulações entre a mediação de conflitos e a democracia contemporânea, a partir do aprofundamento do debate sobre a produção do direito na sociedade democrática. Para tanto, iniciaremos a análise retomando o debate clássico presente no direito moderno entre os meios legítimos e os fins justos, apresentando a dicotomia entre direito e justiça, a partir da utilização dos aportes teóricos do positivismo jurídico e da Teoria da Democracia de Hans Kelsen. Em sequência, serão analisadas três importantes dimensões da mediação – a autonomia, a alteridade e a igualdade – a fim de apontar como a mediação pode promover uma inflexão na democracia contemporânea, promovendo a aproximação entre o direito e a justiça nos conflitos interpessoais. Por fim, serão apresentadas as articulações existentes entre o acordo produzido no procedimento de mediação e o compromisso alcançado por meio do método majoritário, de modo a tentar fundamentar a mediação de conflitos na contemporaneidade, a partir da Teoria da Democracia de Hans Kelsen

### **7.1 O direito moderno e o debate entre os meios e os fins.**

A modernidade foi um período marcado pela identificação do desenvolvimento do capitalismo com o progresso científico, o que acabou por propiciar a subordinação do direito à ciência. Desse modo, a racionalidade moral-prática do direito, a fim de ser eficaz, terminou por ser submetida à racionalidade cognitivo-instrumental da ciência ou ser dela isomórfica. Deste modo, o intercâmbio de sentidos e significações entre direito e ciência se dá pela transformação do primeiro em *alter ego* da segunda (SANTOS, 2011a, p. 52-53).

Não se pode esquecer que o processo de cientificização do direito moderno, como regulação científica da sociedade, envolveu também a sua estatização. Assim, foi atribuída ao Estado moderno a tarefa de monopolizar a prevalência da ordem sobre o caos, consoante nos afirma Santos (2011, p. 120):

[...] a transformação da ciência moderna na racionalidade hegemônica e na força produtiva fundamental, por um lado, e a transformação do

direito moderno num direito estatal científico, por outro, são as duas faces do mesmo processo histórico, daí decorrendo os profundos isomorfismos entre a ciência e o direito modernos.

Consequentemente, não é forçoso concluir que o surgimento do positivismo na epistemologia da ciência moderna e do positivismo jurídico no direito podem ser considerados, em ambos os casos, construções ideológicas destinadas a reduzir o progresso societal ao desenvolvimento capitalista. Buscou-se por meio da ciência e do direito, como discursos de verdade e da ordem, imunizar a racionalidade contra a contaminação de qualquer irracionalidade contrária à lógica do mercado, fosse ela Deus, a religião ou a tradição, a metafísica ou a ética, ou ainda as utopias ou os ideais emancipatórios (SANTOS, 2011a, p. 141).

Assim, constata-se a criação de um discurso de neutralização, na medida em que “[...] a dominação política passou a legitimar-se enquanto dominação técnico-jurídica” (SANTOS, 2011a, p. 143). O referido entrelaçamento simbiótico entre o direito, a ciência e o Estado é bem pontuado por Santos (2011, p. 143-144) quando afirma que:

Em suma, o cientificismo e o estatismo moldaram o direito de forma a convertê-lo numa utopia automática da regulação social, uma utopia isomórfica da utopia automática da tecnologia que a ciência moderna criara. [...] estes dois processos passaram a apoiar-se mutuamente.

Nesse sentido, todo o direito moderno tem por fundamento o direito positivo, criado por atos de vontade, tomando por base o espelhamento existente no positivismo jurídico segundo o qual a lei válida é criada pela manifestação soberana do Estado, refletindo a vontade livre de seus indivíduos de legislar sobre os desígnios da vida em coletividade (DOUZINAS, 2009, p. 122).

Assim, a ciência do direito, a partir da perspectiva kelseniana, toma como seu objeto o direito posto, apenas aquilo que o Estado produz, reconhece ou autoriza como direito. Nessa perspectiva, o direito positivo tem como único fundamento a legitimidade dos meios, ou seja, o procedimento de criação do direito por atos de vontade. Essa abordagem conceitual descarta qualquer discussão quanto à finalidade do direito ou à justificação de seu conteúdo que poderia ser realizada por supostos parâmetros de justiça.

Em verdade, é importante destacar que o positivismo jurídico trabalha com uma clara clivagem entre os conceitos de direito e de justiça. Nesse sentido, Kelsen (2008, p. 36) afirma que a justiça social é uma qualidade possível, mas não necessária de uma ordem social que regula as relações entre os homens, e prossegue discorrendo que:

Pero qué significa realmente decir que un orden social es justo? Significa que este orden social regula la conducta de los hombres de un modo satisfactorio para todos, es decir, que todos los hombres encuentran en él la felicidad. La búsqueda de la Justicia es la eterna búsqueda de la felicidad humana. [...] Es evidente que no puede existir un orden “justo”, es decir, que ofrezca la felicidad a todo el mundo, mientras se defina el concepto de felicidad en su estricto sentido original de felicidad individual, si se entiende por felicidad humana lo que el hombre mismo considere.

É a partir da constatação de que os valores de justiça são subjetivos, portanto variáveis entre distintos sujeitos e sociedades, que o direito deve ter como base um parâmetro de justiça objetivo, necessariamente coletivo, refletindo naquilo que uma dada comunidade historicamente constituída entende concretamente como justo, mediante um procedimento que confere legitimidade ao direito.

Desse modo, o positivismo em sentido estrito entende o fenômeno jurídico a partir de uma perspectiva relativista, visto que o direito é percebido como um processo criativo e não um dado da natureza dotado de finalidade. A referida contraposição remonta ao debate originado na Antiguidade Clássica que constitui para pensadores como Voegelin (2012, p. 384) um dos mais intrincados problemas do pensamento sofístico: a gênese da ideia de uma *physis* (natureza) em oposição ao *nomos* (convenção), como usualmente se traduz. É esse debate sobre a existência ou a precedência do direito como criação humana ou decorrência natural que se desenvolverá no embate entre direito positivo e direito natural.

#### 7.1.1 O debate entre o direito positivo e o direito natural.

Em que pese a modernidade ser caracterizada pela dominação do direito positivo sobre o direito natural, de modo que o direito positivo incorporou parte do direito natural positivando-o, esse é um debate que sempre é retomado em momentos

de crise e que aponta para o dilema da dicotomia entre o direito e a justiça. Assim, serão tecidas algumas considerações sobre as concepções de direito positivo e direito natural, utilizando para tanto as distinções realizadas a partir das percepções de Hans Kelsen.

A doutrina do direito natural parte do pressuposto de que é possível extrair da natureza – incluída a natureza humana – regras satisfatórias para a conduta humana, como um dado imanente da realidade (KELSEN, 2008, p. 64). A natureza das coisas (*physis*) remonta à busca da essência e da verdade no interior do debate sofista, frente a opiniões e convenções humanas (*nomos*) (VOEGELIN, 2012, p. 389).

Deve-se perceber que o direito natural parte do pressuposto da existência de uma realidade objetivamente verificável, única e imutável, pela qual devem ser reconhecidas as normas jurídicas que terão como finalidade a garantia da justiça. Nesse sentido, é interessante notar que o direito natural aponta para o reconhecimento da existência de uma finalidade natural, conforme são os apontamentos de Kelsen (2008, p. 65):

Este punto de vista da por sentado que los fenómenos naturales se dirigen hacia un objetivo o revisten una finalidad, que los procesos naturales o la naturaleza como un todo se ven determinados por causas finales. Este punto de vista básicamente teleológico no difiere de la idea según la cual la naturaleza está dotada de voluntad e inteligencia.

A doutrina do direito natural atribui um caráter finalista à natureza, a qual se encontra racionalmente dirigida face ao absoluto, o qual deve ser compreendido pelo direito como parâmetro de justiça. Assim, o direito deduzido pela natureza é o único direito verdadeiro e, portanto, corresponde à justiça absoluta. A correspondente relação entre o caráter finalístico do direito natural e reconhecimento da existência de uma justiça absoluta é bem compreendido por Kelsen (2008, p. 69) ao expor a seguinte afirmação:

La doctrina del Derecho natural presupone un valor imanente en la realidad, valor que es absoluto, o, dicho de otro modo, que existe una voluntad divina inherente a la naturaleza. Sólo partiendo de este supuesto se puede mantener la doctrina según la cual el Derecho puede deducirse de la naturaleza y que este Derecho es la Justicia absoluta. La concepción metafísica de la inmanencia del valor en la

realidad natural no puede aceptarse desde el punto de vista de la Ciencia, ya que la doctrina del Derecho natural se basa en la falacia lógica que consiste en inferir el “debe” a partir del “es”.

Em contraposição ao jusnaturalismo, apresenta-se a tese diametralmente oposta do juspositivismo, que percebe o poder e o fenômeno jurídico como dados históricos da realidade. Em consequência, verifica-se que enquanto o direito positivo busca sua legitimação pelos meios do processo de criação das normas, o direito natural busca sua legitimação pelos fins justos que persegue. Nesse sentido, são esclarecedoras as palavras de Benjamin (2013, p. 60/61) ao afirmar que:

Não obstante essa oposição, as duas escolas encontram-se num dogma fundamental: os fins justos podem ser alcançados por meios legítimos, e os meios legítimos, aplicados para alcançar a fins justos. O Direito natural aspira a “legitimar” os meios pela natureza justa dos fins; o Direito positivo busca “garantir” a natureza justa dos fins pela legitimidade dos meios.

Desse modo, o dilema da oposição entre o juspositivismo e o jusnaturalismo se apresenta sob a questão de qual deve ser o fundamento do direito: a legitimidade dos meios de produção do direito positivo ou a justiça dos fins perseguidos pelo direito natural. No entanto, a referida contradição, aparentemente insolúvel, esbarra em um problema de difícil superação, que seria a possibilidade de existência de um parâmetro objetivo e, portanto, absoluto de justiça. Admitindo-se que tal justiça absoluta existisse, surge uma outra questão: seria possível identificá-la objetivamente? Kelsen irá tecer algumas considerações sobre essas questões que acabam por remeter ao debate entre relativismo e absolutismo.

#### 7.1.2 O debate entre o relativismo e o absolutismo.

A busca do direito natural por um caráter teleológico da natureza, com vistas a identificar um parâmetro de justiça absoluto, traz consigo algumas questões de ordem política que não merecem ser desconsideradas. É importante esclarecer a relação existente entre o absolutismo filosófico e o absolutismo político. O fundamento absoluto não precisa justificar-se, pois é autoevidente à razão, bastando para tanto a sua simples demonstração.

Nessa perspectiva, apontando a relação existente entre poder absoluto e fundamento absoluto, são paradigmáticas as palavras de Bobbio (2004, p. 36) ao declarar que:

O fundamento absoluto é o fundamento irresistível no mundo de nossas ideias, do mesmo modo como o poder absoluto é o poder irresistível (que se pense em Hobbes) no mundo de nossas ações. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente tal como faz a vontade diante do poder irresistível. O fundamento último não pode mais ser questionado, assim como o poder último de ser obedecido sem questionamentos. [...] Essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos (mas nem sempre os mesmos) acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento de direitos irresistíveis.

Em idêntico sentido, Kelsen (2008, p. 60) também aponta a suposta correspondência entre a filosofia dos valores e a filosofia política ao identificar a crença em valores absolutos pelo totalitarismo, frente aos valores relativos da democracia. Com efeito, Kelsen (1993, p. 164) reconhece a existência de uma relação de identidade entre realidade, valor e autoridade absolutos ao afirmar que “[...] se existe uma realidade absoluta, esta deve coincidir com um valor absoluto. O absoluto implica necessariamente a perfeição. A existência absoluta é idêntica à autoridade absoluta enquanto fonte de valores absolutos”.

Em sentido diverso, contrapondo-se ao absolutismo filosófico, a abordagem relativista adota uma perspectiva empírica da realidade, segundo a qual essa apenas existe dentro dos limites do conhecimento humano (KELSEN, 2008, p. 114). Nesse sentido, a realidade seria dependente do sujeito cognoscitivo, pois é o sujeito de conhecimento que constrói a realidade enquanto seu objeto de conhecimento, conforme afirma Kelsen (2008, p. 115):

Este punto de vista implica que el sujeto que conoce es – epistemológicamente – el creador de su propio mundo, un mundo construido por el conocimiento y delimitado por él. Por tanto, la libertad del sujeto que conoce es una exigencia fundamental de la teoría relativista del conocimiento. Lo cual no significa que el proceso de conocimiento tenga un carácter arbitrario.

Nessa perspectiva – e retomando a correspondência anteriormente apresentada entre a filosofia dos valores e a filosofia política –, observa-se que a democracia pressupõe o reconhecimento de uma postura relativista diante da realidade. Tanto a democracia como o relativismo se caracterizam pelos princípios fundamentais da igualdade e da liberdade, sem os quais não seria possível ao sujeito autonomamente conhecer a realidade e produzir normas às quais livremente se submeterá.

O reconhecimento da inexistência de verdades absolutas – ou de sua inacessibilidade – aponta para a possibilidade de percepção da realidade como produto humano. Assim, da mesma forma que inexiste o absoluto, ou uma realidade inerente à natureza humana, as normas jurídicas serão produto contextual e, portanto, histórico do homem.

Nesse sentido, dada a impossibilidade de conceber verdades absolutas sobre a realidade e, conseqüentemente, parâmetros objetivos daquilo que seria uma justiça absoluta e universal, é que se justifica a legitimidade do positivismo jurídico. Nessa perspectiva, faz-se necessário trazer algumas considerações sobre distinção entre os conceitos de direito e justiça, com especial destaque para a inter-relação dos conceitos para o positivismo jurídico e a democracia, a partir das percepções de Kelsen, presentes na Teoria da Democracia.

## **7.2 A dicotomia entre o direito e a justiça.**

Apesar das expressões direito e justiça parecerem umbilicalmente interligadas para os não iniciados no campo jurídico, não resta dúvida de que hodiernamente são conceitos que, apesar de diretamente relacionados, guardam significativa distinção entre si. A antiga afirmação de Sócrates “[...] que sustenta que justo (*dikaion*) e legal (*nominon*) são a mesma coisa” (VOEGELIN, 2012, p. 360) não guarda lastro com a percepção jurídica do mundo contemporâneo.

Ao longo da modernidade, o processo de estatização e suposta cientificização do direito apartou os conceitos de direito e justiça de modo que as palavras de Villey (2007, p. 3) segundo as quais “[...] nosso direito zomba e se afasta da justiça” nunca fizeram tanto sentido.

O positivismo jurídico fulmina com morte a tentativa de justificar o direito segundo os fins a que se destina – empreitada ainda hoje tentada pelas concepções jusnaturalistas. A necessidade de legitimar a realidade com bases racionais é uma persistente e nobre necessidade humana. No entanto, segundo bem esclarece Kelsen (2008, p. 45), se um modelo de conduta se justifica como meio para alcançar um fim, há que se perguntar se o fim é justificável. Consequentemente, a busca de legitimar o direito pela justiça dos seus fins culmina na racionalmente insolúvel questão: o que é a justiça?

A questão do que seria a justiça é objeto de debate de Kelsen na obra *¿Qué és justicia?*<sup>52</sup>, que inicia o enfrentamento da temática afirmando que, a despeito da importância da discussão, é um problema que continua sem resposta (KELSEN, 2008, p. 35). Inclusive, o referido quadro perdura ainda hoje sem solução adequada, situação que muito provavelmente assim perdurará, conforme será possível constatar a partir da análise dos principais argumentos apresentados pelo citado autor ao refutar importantes pensadores que tentaram construir uma definição satisfatória para a questão do que seria a justiça, os quais serão agora sucintamente expostos para melhor compreensão do debate.

Iniciando a discussão, Kelsen (2008, p. 36) irá apresentar como Platão identifica a busca da justiça com a procura da felicidade humana, sendo essa última uma finalidade que o homem não pode encontrar por si mesmo e que por isso deve procurar satisfazê-la em sociedade. Nesse sentido, a justiça seria uma felicidade garantida pela ordem social, haja vista que para Platão o homem justo é feliz e o homem injusto é infeliz. No entanto, surge a questão: o que seria a felicidade? Consequentemente, partindo da percepção de que a noção de felicidade é subjetiva, de que a felicidade de um homem pode entrar em conflito com a felicidade de outro sujeito e de que, em muitas situações, a felicidade de um sujeito pode depender da satisfação de necessidades que uma ordem jurídica não pode atender, Kelsen (2008, p. 36-37) irá apontar que é impossível a existência de uma ordem jurídica que seja plenamente justa, ou seja, que possa oferecer a felicidade simultaneamente a todos os indivíduos que a compõem.

---

<sup>52</sup> O referido ensaio teve como base a conferência de despedida do autor como membro ativo da Universidade da Califórnia, realizada em Berkeley no ano de 1952.

Prosseguindo o referido raciocínio, e refutando a definição de justiça formulada por Jeremy Bentham, Kelsen (2008, p. 37) afirmará que de idêntico modo seria impossível uma ordem jurídica justa, mesmo que considerando apenas a maior felicidade possível para o mais amplo número de indivíduos, haja vista que mantido o entendimento de que a felicidade é um valor subjetivo, os seres humanos têm percepções distintas do que ela viria a ser.

Para Kelsen (2008, p. 37-38) uma ordem jurídica nunca poderá ser justa enquanto a definição de justiça for subjetiva. Assim, o seu significado deve ser modificado para um sentido objetivo e coletivo. Nessa senda, a felicidade deveria passar a ser compreendida como a satisfação de certas necessidades reconhecidas pela autoridade social. Nessa perspectiva, a ideia de justiça como princípio que garante a felicidade individual de todos se transforma em uma ordem social que protege certos interesses da sociedade reconhecidos pela maioria como dignos de serem protegidos. Do quanto exposto, é possível observar nesse ponto uma clara passagem de uma percepção individual e subjetiva para uma noção coletiva e objetiva de justiça.

Dando continuidade à referida discussão, Kelsen (2008, p. 49) voltará a sua atenção a um dos princípios que para ele constitui um dos principais alicerces de vários discursos sobre a essência da justiça, a afirmação de que o semelhante tende ao semelhante, ou seja, o bom ao bom e o mau ao mau, o qual poderia ser sintetizado como o princípio da retribuição. Sobre essa questão, Kelsen (2008, p. 50) dirá que o princípio da retribuição representa uma das múltiplas variantes do princípio da igualdade, que por sua vez também se apresenta como constituinte da essência da justiça. Desse modo, o princípio da igualdade se manifestará no tratamento igualitário dos semelhantes e no tratamento distintos dos desiguais, concepção que será adotada das mais diversas maneiras por diferentes pensadores (KELSEN, 2008, p. 50-51). De modo a ilustrar o debate das significativas diferenciações do conceito de justiça, a partir das noções igualdade e desigualdade, Kelsen (2008, p. 52-54) exporá como o princípio da justiça comunista, segundo Marx, poderia ser sistematizado do seguinte modo: de cada um segundo suas capacidades reconhecidas, a cada um segundo as suas necessidades; em confronto com a percepção da existência de uma igualdade universal em Kant, da qual se pode extrair o imperativo categórico: cada

indivíduo deve comportar-se com os demais do mesmo modo que os demais devem se comportar para com ele.

A referida exemplificação apenas serve para que Kelsen desnude como o mesmo princípio de justiça – no caso a retribuição e a igualdade – podem dar origem a sistemas de compreensão completamente distintos sobre o que viria a ser a justiça ou um ordenamento jurídico justo. A constatação que Kelsen busca demonstrar ao longo de sua discussão sobre os distintos conceitos de justiça é a percepção de que não é possível extrair por instrumentos puramente racionais um único modelo de correção para o comportamento humano. Dito de outro modo, a crença na possibilidade de se alcançar um parâmetro único e definitivo de justiça é uma empreitada impossível e um ideal completamente inatingível por meio do emprego de expedientes puramente racionais.

Nesse sentido, a partir das incongruências identificadas na busca de uma concepção absoluta de justiça, Kelsen (2008, p. 149) responderá a essa questão por meio da reafirmação dos pressupostos relativistas do positivismo, nos seguintes termos:

Es imposible dar una definición única de lo que es la Justicia. En último término, la Justicia expresa el interés del individuo que declara que una institución social es justa o injusta. Pero el individuo es inconsciente de ello. Su juicio aspira a postular la existencia de una Justicia independiente de la voluntad humana.

Dito isso, Kelsen (2008, p. 126), entendendo de forma clara a distinção entre direito e justiça, vai apresentar a dicotomia entre aquilo que denomina de juízos de valor jurídico (juízos de valor da lei) e de juízos de valor de justiça. A partir dos juízos de valor jurídico seria possível valorar qualquer conduta humana como legal ou ilegal, por meio da análise de sua conformidade ou não com uma norma jurídica. Por sua vez, por meio dos juízos de valor de justiça seria permitido valorar um comportamento humano como algo que é justo ou injusto. Prosseguindo o desenvolvimento do raciocínio anterior, Kelsen (2008, p. 128-145) vai afirmar de forma categórica que os juízos de valor jurídico são passíveis de verificação objetiva, pois pressupõem a análise de uma conduta humana segundo sua adequação com uma norma jurídica positiva, enquanto que os juízos de valor de justiça não seriam demonstráveis, pois

constituíam valorações de caráter subjetivo e seus elementos de avaliação não seriam estritamente racionais.

Apesar de restar claro para Kelsen (2008, p. 151) que a “Ciencia del Derecho” deve ter como objeto apenas os juízos de valor jurídico, dada a impossibilidade de se comprovar objetivamente os juízos de valor de justiça, por se tratarem de juízos morais e políticos, o pensador austríaco não descarta a existência de elementos irracionais no processo de tomada de decisões e de resolução dos mais diversos conflitos existentes na sociedade.

Desse modo, partindo da percepção de que o direito se constitui modernamente como uma tecnologia social de resolução de conflitos, há que se entender a centralidade do conflito para o direito, percebendo-o como um dilema humano que transborda da questão jurídica para outras dimensões.

Nessa perspectiva, a mediação se apresenta e toma posição como um elemento de fronteira dentro do positivismo jurídico, na medida em que ela permite às partes em desentendimento a possibilidade de produção de uma solução autônoma para a situação-problema, promovendo uma aproximação entre as noções de direito e justiça.

Assim, passa-se agora a discorrer sobre alguns dos elementos da mediação que permitem caracterizá-la como método de tratamento de conflitos que possibilita a produção de uma norma autônoma pelos sujeitos envolvidos no conflito, promovendo aproximação do direito e da justiça no interior da democracia contemporânea. Para tanto, inicia-se pelo debate sobre a questão da autonomia na mediação. Em sequência, serão abordadas questões referentes à alteridade, apoiando-se, em ambos os casos, nas contribuições teóricas de Luiz Alberto Warat e suas reflexões sobre a mediação transformadora. Prosseguindo, discutir-se-á a relação existente entre a igualdade e o relativismo na mediação. Por fim, serão analisadas as semelhanças existentes entre o procedimento da mediação e o método majoritário, na busca de soluções autônomas para os conflitos, a partir da Teoria da Democracia de Kelsen.

### 7.3 Mediação e autonomia.

A autonomia é uma daquelas grandes questões que acompanham a humanidade ao longo da história. Surge na Antiguidade, a partir da *pólis* grega, sendo eclipsada pelo subjugo das cidades-estado gregas pelo domínio da Macedônia, em período que posteriormente ficou conhecido como helenismo. Em sequência, a autonomia anteriormente existente continuou a ser suplantada pelo Império Romano e posteriormente na medievalidade pela Igreja Católica, apenas sendo retomada na modernidade, após as revoluções burguesas.

Em uma acepção etimológica, autonomia significa a capacidade de aplicar a lei a si mesmo (*autos*: a si; *nomos*: regra ou lei). O uso original da palavra foi atribuído às cidades-estado gregas que eram governadas por sua própria lei e não se submetiam ao julgo de outras cidades. Posteriormente, o termo foi atribuído ao homem, por se constituir como um ser que, mesmo dotado de impulsos irracionais, podia determinar suas ações considerando as condições externas e desejos internos (GOVERNO DE MINAS, 2009, p. 57).

Nesse sentido, a autonomia faz referência à capacidade humana de autodeterminação sobre sua própria vida. Por sua vez, conceituando a autonomia, Warat (2004b, p. 328) vai dizer que:

[...] a ideia de autonomia aparece referida à necessidade de que o homem não aceite ser condicionado por regras que ele mesmo não possa determinar em função dos fins que ele próprio se propõe ou dos fins que institui em uma comunicação não alienada com os outros.

Da referida passagem, é possível verificar duas importantes questões. A primeira é que a autonomia, conforme definida por Warat, busca (r)estabelecer uma compatibilização da relação entre meios e fins, a qual restou completamente apartada pelos preceitos do positivismo jurídico, segundo exposição anterior das posições de Kelsen. No entanto, apesar da aparente contradição, as proposições não são inconciliáveis, dadas as diferenças na amplitude de sua utilização. O positivismo jurídico defende uma postura relativista por entender a impossibilidade de eleição de fins últimos para o direito, pois os parâmetros de justiça são subjetivos e não podem ser demonstrados racionalmente. Assim, preceitua que o direito se legitima pelos

meios, pois esses garantem que o referencial de justiça possa ser definido coletivamente de forma objetiva, conclusão esta que resta irretocável. Por sua vez, a mediação também adota uma postura relativista, pois também entende que a resposta para os conflitos deve ser buscada pela legitimidade dos meios, no caso, do procedimento de mediação. No entanto – e aqui vai a diferença –, a mediação compatibiliza a legitimidade dos meios com a justiça dos fins, por possibilitar que os envolvidos possam livremente construir um referencial de justiça para os conflitos interpessoais concretos (sejam as partes indivíduos ou coletividades). Desse modo, a questão central é que se os meios legítimos podem apenas oferecer fins justos de forma genérica e abstratamente, é possível que meios legítimos possam apontar para o fim justo em concreto de forma objetiva.

O segundo ponto se refere ao fato de a mediação ter como princípios indissociáveis a liberdade e a igualdade das partes. Assim, as partes são livres para participar ou não da mediação – o que muitos teóricos denominam de princípio da liberdade ou voluntariedade<sup>53</sup> –, para escolher o mediador, terceiro que irá auxiliar na resolução do conflito, bem como total liberdade para decidir de forma autônoma o conflito. No que se refere ao princípio da igualdade, em que pese não existir falácia maior do que a igualdade de todas as pessoas, a mediação tem como um dos pressupostos para o seu desenvolvimento a inexistência de grandes desigualdades entre as partes. Nesse sentido, a mediação tem como objeto principal – porém não exclusivo – conflitos decorrentes de relações continuadas e horizontalizadas. Nessa perspectiva, a mediação é um procedimento que trabalha o conflito na dimensão do passado e do presente, buscando sua ressignificação para o restabelecimento das relações futuras e sendo bastante indicada para conflitos que se instalam em situações de convivência continuada e prolongada.

Curiosamente, do mesmo modo que anteriormente foram apontados os valores da igualdade e da liberdade, tanto para o positivismo jurídico, quanto para uma abordagem relativista do conhecimento, é possível perceber que os referidos

---

<sup>53</sup> Importante destacar que o princípio da voluntariedade restou mitigado pelo CPC/2015, nos termos do art. 334, §4º, I, ao estipular que a audiência de mediação apenas não se realizará “se ambas as partes manifestarem, expressamente, o desinteresse na composição consensual”. Desse modo, caso apenas uma das partes manifeste não ter interesse em participar da mediação, ainda assim será obrigada a comparecer à sessão de mediação se a outra parte igualmente não manifestar de modo expresso o seu desinteresse.

valores são intrínsecos à mediação.

Feitas estas considerações sobre a autonomia, fica fácil perceber como a mediação, enquanto um método autocompositivo, demanda para a sua realização a atuação de sujeitos capazes de direito e que participem do procedimento voluntariamente. Se uma das finalidades da mediação é realizar processos de autonomia, como pode essa ser imposta?<sup>54</sup>

Ademais, quando se fala de autonomia na mediação se está fazendo referência a um procedimento de resolução de conflitos no qual partes iguais e livres buscam uma solução consensual para um conflito. Assim, as partes se submetem ao acordo por ele constituir o fruto de manifestação da vontade e do próprio desejo dos envolvidos no conflito. Desse modo, é possível afirmar que na mediação inexistem assimetria entre os sujeitos da lei e os sujeitos à lei, pois a norma criada (a criatura) se aplica apenas aos seus criadores (os sujeitos da autonomia).

Dito isso, observa-se como na mediação a liberdade acaba por se configurar como sujeição à norma, consoante os ideais democráticos, conforme nos afirma DOUZINAS (2009, p. 117):

A essência da liberdade política é a de que os sujeitos que fazem a lei também estão sujeitos à lei. A legislação democrática é introduzida em nome dos cidadãos que, na versão rousseauena do contrato social, participam da criação da vontade geral.

Considerando que o direito se manifesta, segundo uma percepção marxista, “[...] enquanto discurso de justificação do poder e da solução controlada de conflitos que seu exercício permite, equilibrando coerção e consentimento” (FEITOSA, 2013, p. 89-90), eis que a mediação teria a potencialidade de propiciar o desequilíbrio da balança em favor do consentimento.

Assim, a autonomia é um sentido sempre inacabado que não pode ser buscado isoladamente, é sempre apreendido e aprendido com o outro. Um ser

---

<sup>54</sup> Em que pese o CPC/2015 ter promovido a mitigação do princípio da voluntariedade, conforme tratamos anteriormente, é importante destacar que a obrigatoriedade das partes para com a mediação no curso do processo civil está limitada ao comparecimento à audiência de mediação, não restando obrigatória a participação no procedimento. Assim, qualquer uma das partes pode limitar-se a comparecer à sessão e comunicar não haver interesse em participar do procedimento de mediação.

humano só pode ser autônomo na medida em que também reconhece e garante a autonomia dos seus semelhantes.

Na contemporaneidade, a autonomia tem sido equivocadamente afirmada a partir da noção de um sujeito individualista, centrado em si mesmo, autossuficiente. A referida concepção de uma autonomia que beira a indiferença pelo outro está muito mais próxima da concepção de alienação (WARAT, 2009, p. 142). Quanto ao ponto, Warat (2004a, p. 401) vai chamar de alienação uma situação na qual o indivíduo remete a totalidade de suas representações e pensamentos ao juízo exclusivo do outro que é visto como o único capaz de lhe atribuir sentido. Assim, a alienação pode ser vista como a perda da faculdade de direito e gozo sobre a atividade de sentir e pensar.

Quando um indivíduo isolado não realiza sua autonomia, fica alienado, pois aquela só se efetiva no espaço com o outro. Também é importante alertar que a relação vincular da autonomia demanda movimento próprio de ambos os sujeitos, caso contrário também conduzirá à alienação (WARAT, 2004a, p. 138).

A autonomia se caracteriza pela possibilidade de se movimentar no intuito de transgredir para produzir identidades e diferenças para com o outro. Nesse sentido, a autonomia só pode existir na medida em que se refute o mito de uma sociedade perfeita, sem fraturas, e se possa realizar o reconhecimento recíproco das diferenças em situações de conflituosidade.

É imprescindível o reconhecimento do caráter inacabado e indeterminável das relações sociais, inscrevendo o conflito como uma dinâmica natural em seu seio. Consequentemente, podemos afirmar que “[...] a autonomia precisa ser entendida como o vínculo do eu com o conflito” (WARAT, 2004a, p. 402). O direito necessita voltar a ser percebido – como era para os antigos – como a relação entre seres humanos, portanto, multilateral (VILLEY, 2007, p. 140/163), não sendo possível sua dedução de regras estanques e dissociadas da realidade.

A autonomia está oposta à ordem totalitária das certezas. Para que exista autonomia é preciso que se reconheça sempre a possibilidade de se construir o novo com o outro. Transgredir para ser e produzir o diferente e a diferença (WARAT, 2004b, p. 134).

A mediação produz a autonomia na medida em que incita os participantes a

produzirem o novo no conflito, reconhecendo as suas próprias diferenças e a do outro, solucionando por si mesmos as situações-problema de seu cotidiano.

A partir do pressuposto de que só se pode atingir a autonomia em um espaço relacional com o outro, produzindo com este o novo e a diferença, se faz necessário analisar a questão da alteridade.

#### **7.4 Mediação e Alteridade.**

É muito provável que a alteridade seja a dimensão da mediação menos explorada na pesquisa e na produção teórica sobre sua prática. Por se tratar de um dos principais elementos a caracterizar um modelo teórico-prático específico de mediação, a mediação transformadora waratiana, serão tecidas algumas sucintas considerações sobre a questão da alteridade. Inicialmente é possível assinalar que não há como se falar de autonomia sem que se faça referência à questão da alteridade<sup>55</sup>.

Ao se falar da alteridade na mediação faz-se referência à revalorização do outro dentro do conflito, em detrimento das razões próprias que invalidam os lugares da razão do outro (WARAT, 2004c, p. 71). Assim, resta possível conceituar a alteridade como o reconhecimento do outro e de si próprio em suas diferenças, dando dignidade ao ser humano em concreto<sup>56</sup> (WARAT, 2004a, p. 402/443).

Nessa perspectiva, a mediação – especialmente em sua vertente transformadora – tem como uma de suas preocupações a instituição de um sujeito de autonomia que possa simultaneamente se manifestar como sujeito de desejo (WARAT, 2009, p. 177).

O que se está a afirmar é que a instituição da sensibilidade dentro de um marco de alteridade necessariamente não invalida a instituição do jurídico na sociedade, mas põe o conflito sobre o controle das próprias partes que vão decidi-lo (WARAT, 2004b, p. 42).

---

<sup>55</sup> Importa ressaltar a necessidade de desenvolvimento de pesquisas empíricas que possam demonstrar a influência da mediação para a inserção da alteridade dentro do conflito. O referido propósito de investigação será realizado em oportunidade futura, não havendo espaço para discuti-lo no presente trabalho, dadas as limitações da tese.

<sup>56</sup> Faz alusão ao homem concreto em contraposição ao homem abstrato da racionalidade na modernidade.

Desse modo, mais importante do que o campo jurídico para a resolução dos conflitos é a instituição de um espaço no qual seja possível a expressão dos sentimentos e o reconhecimento de si mesmo e do outro em sua humanidade. A este lugar de entre-nós Warat (2004c, p. 137) chamou de outridade:

Conceitualizarei a outridade como o espaço, entre um e outro, de realização conjunta da transcidadania (ou ecocidadania) e dos direitos transumanos. Pode também ser vista como o espaço construído com o outro para a realização da ética, da autonomia e da configuração de outra concepção de Direito e sociedade. E a fuga junto como outro, da alienação (ou nós escapamos com o outro ou não temos saída).

O reconhecimento de direito a partir da outridade – de um espaço entre-nós – faz referência a uma concepção do direito que busca a satisfação das necessidades e dos desejos, os quais são muito mais íntimos do que jurídicos (WARAT, 2004c, p. 140). O sujeito do desejo tem a necessidade de ser constituído e reconhecido pelo outro. Um reconhecimento que é afetivo e simbólico (WARAT, 2009, p. 177).

Nesse sentido, a mediação representa um procedimento de humanização das relações humanas em conflito, ao apontar para a possibilidade de construção de uma justiça comprometida com a qualidade de vida e não com a culpa, o castigo ou o cumprimento de valores morais universais e abstratos ainda tão típicos na lógica ocidental (WARAT, 2004c, p. 113).

De fato, o debate da alteridade – especialmente realizado pelo modelo da mediação transformadora – resgata para o direito uma dimensão sensível dos conflitos que remete ao necessário reconhecimento de um direito à ternura. A mediação acaba por se constituir como uma prática que promove uma educação cultural para a sensibilidade ao imprimir o reconhecimento da necessidade de cuidado para com o outro. A isso se poderia chamar de um direito à ternura.

Nessa perspectiva, a mediação aponta os alicerces de um novo paradigma para o direito que passa também pelo reconhecimento do direito à ternura, o qual pode ser entendido do seguinte modo:

[...] no fundo, com a expressão “direito à ternura”, está falando da mediação como paradigma cultural e jurídico emergente. O direito à ternura é uma indicação das funções que a ternura tem no desenvolvimento autônomo das pessoas, que precisam refundar a

cultura e a sociedade em bases de uma convivência afetiva, mais do que na competência enfurecida, e do que nos castigos. A ternura, como paradigma de convivência, e que deve ganhar no terreno amoroso, no produtivo e no político, no educacional e no jurídico, e entre tantos outros modos de relacionamentos instituídos (WARAT, 2004c, p. 104).

Assim, o direito não precisa erradicar a ternura. Ao contrário, a ternura precisa ser reinstalada para o tratamento dos conflitos. Não existe mediação transformadora sem ternura, como também não pode existir direito sem ela, sem reconhecer o outro em sua humanidade.

A grande questão que se impõe na contemporaneidade, especialmente no atual contexto de crise do paradigma jurídico dominante da modernidade, é a urgente necessidade de se promover uma rearticulação entre a razão e a sensibilidade, algo que a racionalidade moderna tanto lutou para apartar.

Da percepção inicial da mediação como um método alternativo de resolução de conflitos passamos agora a vislumbrá-la como proposta de um novo paradigma (complementar) para o direito. Ao se falar da mediação enquanto paradigma complementar se está a fazer referência a uma ruptura dos saberes modernos na busca de uma sabedoria transmoderna que se manifesta enquanto pedagogia que ajuda a aprender a viver (WARAT, 2004c, p. 52).

A mediação colocada no centro da discussão da resolução dos conflitos considera a lei apenas como um marco de contenção das discussões, mas reconhece que o comando do conflito está sob a lei do desejo. No conflito as partes não querem conhecer suas possibilidades jurídicas, mas sim conhecer o que não sabem sobre os seus desejos. A mediação não interpreta o direito para resolver o conflito, mas o faz quanto ao conflito do desejo. No processo de mediação, os sentidos e as verdades são produzidos de modo integrado com o outro (WARAT, 2009, p. 169-170).

Apresentar a potencialidade da mediação como novo paradigma é apontar, de uma forma geral, uma atitude diferenciada diante da vida que propõe por meio do diálogo um conhecimento melhor de nós mesmos através do reconhecimento do outro e de seu olhar. No campo do direito, a mediação se coloca como um referencial que afasta a norma e sua carga negativa de autoritarismo sobre os desejos e entende o direito como modo de produzir a autonomia a partir da alteridade.

O reconhecimento da mediação enquanto novo paradigma para o direito traz uma série de implicações que promovem uma inflexão na democracia contemporânea, pois a mediação possibilita a criação de uma norma autônoma que reconhece a importância da razão e da sensibilidade no conflito, diminuindo a tensão entre liberdade e normatividade e aproximando o direito da justiça.

### **7.5 Relativismo e igualdade na mediação.**

Na presente seção se buscará apresentar como o relativismo valorativo que fundamenta a autonomia dos sujeitos na formação da vontade do Estado, por meio do método democrático, a partir da Teoria da Democracia de Kelsen, guarda significativa semelhança com a perspectiva relativista adotada pelo procedimento de mediação na busca de soluções consensuais para conflitos interpessoais pelas partes diretamente envolvidas.

Na discussão de Kelsen, é possível identificar um paralelismo entre o relativismo filosófico e político. A concepção da inexistência de valores absolutos atrai a necessidade de um sistema de organização social no qual seja possível a manifestação dos mais diversos valores. Nesse sentido, admitida a ideia de que o sujeito que conhece é o mesmo que cria o mundo, torna-se essencial a liberdade do sujeito cognoscente como exigência fundamental da teoria relativista do conhecimento (KELSEN, 2008, p. 115). Dito isso, se o sujeito do conhecimento é legislador da realidade ao criá-la, mais ainda o será ao ser o responsável pela criação do sistema normativo que ordenará a sociedade a que pertence. É nessa perspectiva que há em Kelsen uma relação indissociável entre o relativismo valorativo e o modelo democrático de organização social.

Em sentido similar, é possível constatar que a mediação tanto estimula como pressupõe um relativismo valorativo na busca de soluções consensuais para os conflitos interpessoais. A partir da constatação da inexistência de um critério absoluto e abstrato de justiça, o procedimento da mediação busca conduzir os mediandos em um processo no qual eles se tornam responsáveis por construir um parâmetro consensual de justiça, a qual será, portanto, relativa, contudo objetiva para o caso concreto. Assim, a mediação acaba por ter no relativismo filosófico tanto o seu ponto

de partida como também o seu destino. Com efeito, percebe-se que do mesmo modo que o método democrático parte do pressuposto de que cidadãos livres criam normas autônomas para si próprios para a organização social, na mediação os mediandos também manifestam a sua liberdade na criação de normas autônomas para os conflitos interpessoais nos quais estão envolvidos.

No entanto, é importante ressaltar que se o sujeito do conhecimento não é arbitrariamente livre no relativismo para criar o objeto do conhecimento, tampouco o será em termos políticos. Na democracia contemporânea, o método democrático refletirá a tensão entre a maioria e a minoria, cuja resultante se expressará no compromisso decorrente desse processo, o qual restará sempre balizado pelo respeito às garantias e direitos fundamentais. A referido limite visa resguardar a igualdade de todos os sujeitos que é manifestação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Por seu lado, na mediação a liberdade dos mediandos na busca de uma solução consensual estará balizada pelo outro, no respeito à alteridade. É justamente por se reconhecer o outro enquanto um ser subjetivamente diferente, mas igual em dignidade, que a mediação será tanto mais exitosa quanto mais se aproximar dos desejos e interesses de todos os envolvidos, sem desconsiderar o respeito de seus interesses, bem como o atendimento de suas necessidades mais essenciais.

Nesse sentido, não se deve perder de vista como a dimensão da igualdade constitui um importante elemento a fundamentar uma perspectiva relativista tanto para o método democrático quanto para o procedimento de mediação.

Assim, na tentativa de encontrar na Teoria da Democracia de Kelsen a fundamentação teórica para legitimar o funcionamento da mediação de conflitos na democracia contemporânea, surge uma ressalva que merece ser enfrentada, no que diz respeito à igualdade.

Da detida análise da Teoria da Democracia, observa-se que Kelsen ressalta o elemento da liberdade como fundamento da democracia, partindo do pressuposto de que a democracia é o único modelo de organização social que pode garantir a máxima liberdade. Dessa forma, o processo de formação da vontade do Estado é realizado com a participação indireta de todos os cidadãos e o resultado representa a expressão da vontade majoritária. Isso, por sua vez, garante a preservação da

liberdade se não de todos, pelo menos da maioria dos cidadãos. Ademais, afirma ainda o referido autor que o resultado do processo democrático, longe de manifestar a pura expressão da vontade majoritária, constitui-se na formação de um compromisso entre a maioria e a minoria.

Ademais, observa-se que a questão da igualdade para Kelsen acaba por ser relegada ao segundo plano, visto que manifesta o entendimento de que a igualdade não pode ser o objetivo principal da democracia, pois poderia ser mais facilmente conseguida em um regime não democrático (KELSEN, 2008, p. 45).

Isso posto, surge a questão de como a Teoria da Democracia poderia fundamentar a mediação ao marginalizar o debate em torno da igualdade. No desiderato de discutir esse ponto, algumas considerações devem ser retomadas a respeito da mediação. A primeira delas parte da análise já anteriormente realizada sobre qual o tipo de conflito para o qual a mediação poderia ser considerada o método de solução mais adequado. Da discussão já efetuada, é possível resgatar que a mediação tem maior possibilidade de êxito quanto mais houver uma lógica de igualdade entre as partes envolvidas. Dito de outro modo, e reconhecendo a inexistência de fato da igualdade material entre os indivíduos, a mediação será mais eficiente quanto menos houver desigualdade ou significativa assimetria de poder entre os mediandos. Assim, a igualdade das partes na mediação não se refere apenas ao tratamento isonômico que deve ser a elas dispensado pelo mediador, mas também uma importante condição para um bom desenvolvimento de todo o procedimento a ser realizado.

Nesse sentido, a igualdade na mediação não está referida apenas ao simples *status* igualitário de garantir uma participação isonômica das partes no processo, mas faz referência à necessária inexistência de grandes desigualdades entre os indivíduos que possam desequilibrar sua atuação na busca de uma solução consensual para a questão controvertida. Com efeito, a igualdade material acaba por se constituir em um pressuposto para o bom desenvolvimento dos trabalhos ao longo do procedimento de mediação.

No entanto, compete esclarecer, ao contrário do que se costuma afirmar neste debate, que os valores da igualdade e da diferença não são contraditórios e muito menos se excluem mutuamente. Neste sentido, merecem atenção as palavras de

Candau (2007, p. 400) ao declarar que:

[...] não se deve opor igualdade à diferença. De fato, a igualdade não está oposta à diferença e sim, à desigualdade. Diferença não se opõe à igualdade e sim à padronização, à produção em série, a tudo o “mesmo”, à “mesmice” [...] Nem padronização nem desigualdade. E sim, lutar pela igualdade e reconhecimento das diferenças.

Assim, apenas é possível haver a igualdade a partir do devido reconhecimento da diferença. Desse modo, “temos o direito a ser iguais sempre que a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes sempre que a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2006, p.199).

Faz-se importante reafirmar que nem toda diferença é inferiorizadora. Deve-se rechaçar qualquer parâmetro de homogeneização. Assim, a política de igualdade deve reconhecer como positivas as diferenças não inferiorizadoras, sob pena de acabar por se converter em uma política de desigualdade (SANTOS, 2006, p. 313).

Feitos esses esclarecimentos sobre a importância da igualdade e da diferença na democracia contemporânea, é possível inferir que os pressupostos da Teoria da Democracia teriam um funcionamento mais eficiente na produção de soluções justas no procedimento de mediação para conflitos interpessoais do que no próprio método majoritário para os macroconflitos sociais, segundo foram pensadas por Kelsen. A referida constatação ganha força à medida em que nos conflitos nos quais há relações de convivência anterior entre partes é maior o sentimento de identidade e, portanto, mais fácil a identificação de interesses em comum que podem facilitar a busca de soluções consensuais. Por outro lado, é justamente a grande diversidade de grupos e de interesses distintos que faz com que o método majoritário dificilmente possa manifestar consenso, podendo, quando satisfatório, viabilizar a construção de um compromisso que acomode as mais diferentes visões sobre os grandes temas de relevância social.

Nesse sentido, é justamente o fato de a mediação ter como um de seus pré-requisitos a ausência de grandes assimetrias entre os mediandos que facilita a identificação de interesses em comum e a construção de uma solução genuinamente consensual, o que seria mais difícil – no entanto, não impossível – caso constatada a existência de grande desigualdade de poder entre as partes. Assim, o pressuposto da

igualdade na mediação acaba por permitir uma melhor expressão da liberdade na construção de uma solução autônoma pelo envolvidos e, portanto, expressão da justiça para o caso concreto nos conflitos interpessoais.

## **7.6 Do compromisso no método majoritário ao consenso no procedimento de mediação.**

Da análise até então realizada sobre o método majoritário enquanto processo de formação da vontade do Estado, é importante observar como muitos dos pressupostos que lhe dão legitimidade, a partir da Teoria da Democracia de Kelsen, poderiam ser utilizados, em algumas situações até com menos dificuldades, para fundamentar teoricamente a mediação de conflitos no interior da democracia contemporânea.

Feito esse destaque, pretende-se no presente momento discutir o suposto paralelismo existente entre os fundamentos do método majoritário para o alcance do compromisso para os macroconflitos sociais e do procedimento da mediação na busca do consenso para os conflitos interpessoais. Assim, a ideia é verificar a possibilidade de encontrar um fundamento teórico para a mediação de conflitos na contemporaneidade, a partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Hans Kelsen. Para tanto, espera-se realizar um diálogo entre os elementos que caracterizam a mediação e alguns dos alicerces teóricos do método majoritário na Teoria da Democracia de Kelsen, com especial destaque para o relativismo valorativo, a igualdade, a autonomia e a busca do entendimento.

É necessário reconhecer como a Teoria da Democracia de Kelsen realiza uma significativa articulação entre o relativismo valorativo, a igualdade, a autonomia e construção da justiça como o produto do compromisso resultante do método majoritário. Resumindo a discussão já anteriormente realizada, é justamente o reconhecimento da inexistência – ou impossibilidade de identificação racional – de valores absolutos que acaba por legitimar a formação da vontade do Estado de forma autônoma, a partir do método majoritário. Com efeito, reconhecida a igualdade de todos os cidadãos, nada mais natural do que as normas legais sejam produzidas de forma autônoma por aqueles que a elas estarão submetidos. Consequentemente, se

não existe uma única verdade, e ante a igualdade de todos, deve prevalecer a verdade assim entendida pela maioria, como parâmetro de justiça coletivo, que será construído por meio do compromisso entre os diferentes interesses dos grupos majoritário e minoritário no processo parlamentar. Dito isso, importa identificar os pontos de contato entre o método majoritário e o procedimento da mediação de conflitos, o que será agora realizado.

Iniciando pelo relativismo valorativo, torna-se fácil reconhecer a semelhança entre o método majoritário e o procedimento de mediação. Se a inexistência de um parâmetro absoluto de justiça faz com que deva prevalecer a vontade da maioria nos debates referentes ao macroconflitos sociais, é o mesmo relativismo que possibilita que as partes diretamente envolvidas em um conflito concreto sejam os melhores legisladores para deliberar a respeito de uma situação-problema que as atinge de modo tão específico. Assim, se a justiça no método majoritário será construída pela maioria ou pelo compromisso entre essa e a minoria, no procedimento de mediação a justiça será alcançada por meio da identificação dos interesses dos envolvidos que se expressará na busca de uma solução consensual para o conflito.

Ademais, se a legitimidade da formação da vontade do Estado pela maioria, no método majoritário, está lastreada na igualdade formal de todos os seres humanos, compete destacar que a igualdade no procedimento de mediação é um pressuposto que não se limita ao seu aspecto meramente formal. Previamente ao desenvolvimento do procedimento da mediação em sentido estrito – ou até mesmo no seu curso – torna-se importante identificar a ausência de significativa desigualdade material entre as partes envolvidas. Inclusive, alguns autores chegam a apontar para a necessidade de que o mediador promova durante a mediação o equilíbrio de poder entre as partes quando identificadas destacadas assimetrias (NASCIMENTO et al., 2010).

Prosseguindo a discussão, deve-se esclarecer que a autonomia dos sujeitos na produção da ordem normativa a que estarão submetidos possui fundamento justamente no reconhecimento do relativismo valorativo e da igualdade. Assim, partindo do pressuposto de que o conceito de justiça é subjetivo – não sendo possível uma definição simultaneamente objetiva, absoluta e racional – e de que as subjetividades dos indivíduos que compõem a coletividade gozam de igual dignidade, nada será mais coerente em termos de legitimidade do que construção coletiva da

justiça, a partir da percepção do que a maioria dos integrantes da sociedade entende sobre o que é a justiça. Não se está aqui a afirmar que um maior número de indivíduos tem maiores possibilidades de identificar de modo objetivo o que seria a justiça, mas tão somente que, ante a igualdade de todos e a inexistência de verdades absolutas, será mais justa a ordem jurídica que for produzida como manifestação da autonomia do maior número possível de integrantes da sociedade. Desse modo, a autonomia política visa garantir a máxima liberdade possível, ao garantir que a legalidade esteja em consonância com a manifestação da liberdade da maioria. Assim, a justiça, antes individualmente subjetiva, passa no método majoritário a ser construída por meio do compromisso enquanto produto coletivo e passível de delimitação objetiva: a norma jurídica produzida pelo processo parlamentar no interior de uma organização social democrática.

Por sua vez, no procedimento de mediação ocorre a aproximação dos envolvidos na busca de um entendimento para a controvérsia, a partir da identificação dos interesses das partes envolvidas, o qual se manifestará por meio de uma solução consensual. Importa esclarecer que a mediação parte de uma perspectiva relativista por considerar que os mediandos são as pessoas mais capacitadas para encontrar uma solução justa para a situação-problema na qual estão envolvidas. Assim, o consenso eventualmente conseguido será tanto mais justo quanto melhor satisfizer igualmente os interesses, as necessidades e os desejos dos envolvidos, os quais são os mais diversos e subjetivos, o que torna uma perspectiva relativista perante a realidade uma condição indispensável para o desenvolvimento do procedimento de mediação. Dito isso, a autonomia dos mediandos na busca de uma solução consensual firma-se como uma característica inerente à mediação, haja vista que, por mais injusta que uma solução possa parecer a qualquer pessoa, ou até mesmo para o mediador, ela pode representar a melhor possibilidade de um entendimento justo para as pessoas diretamente atingidas por dada controvérsia. Ninguém melhor do que os envolvidos em uma situação que causa insatisfação para livremente arbitrar o que seria justo ou não no caso concreto de um conflito interpessoal.

Há ainda que realizar alguns esclarecimentos quanto ao aspecto da autonomia tanto no método majoritário quanto no procedimento de mediação. Em que pese a semelhança da manifestação da autonomia dos sujeitos envolvidos, é

importante destacar que a diferença de amplitude da participação traz consigo distinções que merecem ser devidamente apontadas. No primeiro caso a ideia de liberdade é limitada pela atuação indireta dos sujeitos que criam a ordem jurídica, enquanto que na mediação as normas jurídicas são criadas diretamente pelos envolvidos.

Importa destacar que subsistem algumas questões a serem enfrentadas quanto à manifestação da vontade tanto no compromisso do método majoritário quanto no consenso da mediação. Deve-se ter em mente que, para a obtenção do compromisso no método majoritário, há a tentativa de conciliação de interesses contrapostos, por meio da construção de um artificial interesse comum (ou vontade geral), que pode representar uma linha média entre as mais diversas posições manifestadas. Por sua vez, na mediação há a identificação dos interesses individuais para a construção de interesses comuns, haja vista que como as partes na mediação possuem uma relação anterior de convivência, em geral elas possuem interesses comuns que precisam ser identificados e não criados como algo novo ou diverso dos interesses individuais das partes. Assim, seria possível afirmar que o compromisso seria a resultante dos interesses contrapostos no procedimento parlamentar, enquanto que o consenso constituiria apenas o reconhecimento dos interesses dos envolvidos e sua aproximação para um sentido comum. Em outra perspectiva, no método majoritário, apesar de os interesses dos partidos estarem claros e que sejam, em geral, divergentes, é preciso encontrar um entendimento que produza um compromisso construído como novidade diversa dos interesses inicialmente manifestos. Por sua vez, e de modo distinto, na mediação os interesses, em geral, não são divergentes, mas necessitam como tal serem desvelados, a fim de que do conflito aparente possa emergir o entendimento mútuo consubstanciado no consenso, o qual é reflexo do interesse comum dos envolvidos.

Não se deve esquecer que tanto o compromisso do método majoritário no interior de uma organização social democrática quanto o consenso no procedimento de mediação acabam por se constituir enquanto processos de produção de normas jurídicas. É esse fato que faz com que em ambos os casos a noção de justiça tenha um caráter objetivo, ao identificar a justiça com o direito intersubjetivamente produzido. Nesse sentido, o compromisso do método democrático tem como produto

a legislação, a criação de norma jurídica de caráter geral, capaz de submeter todos os indivíduos vinculados a dado ordenamento jurídico. Em sentido similar, o consenso do procedimento de mediação – quando reconhecido ou autorizado pelo ordenamento interno – poderá se externalizar como o acordo, uma norma jurídica individual que tem aplicação limitada apenas às partes que participaram de sua criação. Faz-se aqui a ressalva quanto à referência sobre a possibilidade de o consenso no procedimento de mediação poder se materializar enquanto acordo, pois não há obrigatoriedade de que entendimento seja levado a termo.

Com efeito, a distinção da amplitude das normas, quanto aos correspondentes campos de incidência e aos sujeitos por ela afetados, não afasta de todo modo o aspecto da manifestação da autonomia na produção normativa. Todavia, deve-se reconhecer que, após manifestada a vontade, a autonomia dos sujeitos que produziram a norma acaba por sofrer limitações distintas. No método majoritário, a norma geral produzida é válida e submete tanto a minoria que a ela foi contrária quanto os integrantes da maioria que, posteriormente, possam ter modificado a sua opinião. No procedimento de mediação a questão da modificação da vontade ganha contornos distintos. Apesar de o acordo obtido como resultado da mediação ter validade mesmo que uma das partes posteriormente modifique sua opinião, como também o desejo de cumpri-lo<sup>57</sup>, nada impede que as partes busquem a modificação do acerto anterior e possam construir um outro acordo fruto de um novo consenso. Ademais, é ainda possível que ambas as partes encontrem entendimento pelo não cumprimento daquilo que fora anteriormente acertado. Nesse sentido, apesar de ser possível no método majoritário a produção de novas normas gerais em substituição às anteriores, não resta dúvida se tratar o processo parlamentar correspondente de um percurso muito mais complexo e demorado. Esse fato leva a concluir que se o método majoritário busca garantir a liberdade da maioria da coletividade, o procedimento da mediação é o ponto muito mais efetivo em garantir uma maior liberdade aos envolvidos tanto na busca do acordo quanto em sua manutenção, como também na elaboração de novos entendimentos, decorrentes de posterior alteração de questões de fato ou da simples

---

<sup>57</sup> É o caso do ordenamento brasileiro, nos termos da Lei 13.140/2015, que prevê a possibilidade de execução de acordo objeto de mediação extrajudicial como título executivo extrajudicial ou, quando houver homologação judicial, como título executivo judicial.

modificação na vontade dos mediandos.

Assim, verifica-se, como era de se esperar, que a manifestação direta da vontade é de muito maior controle no procedimento de mediação do que a ficção da manifestação da vontade indireta por meio do processo parlamentar que dá efetividade ao método majoritário. Dito de outro modo, no método majoritário a ordem social independe da vontade dos sujeitos que a criaram, ao contrário do acordo firmado entre os mediandos. Além da manifestação direta da vontade, o fato de o procedimento de mediação ser em geral empregado em conflitos que não possuem muitas partes envolvidas, ou que elas atuem por representação quando coletividade, acaba por facilitar a busca do consenso.

A análise aqui realizada possibilitou constatar como os pressupostos que fundamentam o método majoritário, a partir da Teoria da Democracia de Kelsen – a saber o relativismo valorativo, a igualdade, a autonomia e a busca do entendimento – podem sem maiores dificuldades servir de fundamento para o funcionamento do procedimento de mediação de conflitos na democracia contemporânea.

A Teoria da Democracia de Kelsen é a concepção teórica que, alicerçada no relativismo valorativo, na igualdade de todos e na máxima liberdade possível dos cidadãos, compreende que o método majoritário possibilita a maior aproximação objetiva do direito positivado da noção de justiça, por representar uma construção objetiva e coletiva.

Nessa perspectiva, observa-se que o procedimento de mediação, ao promover a busca de uma solução consensual para o conflito interpessoal pelas próprias partes diretamente envolvidas, não apenas se alicerça nos pressupostos da Teoria da Democracia de Kelsen, como também acaba por representar uma inflexão de referida teoria, ao superar algumas das dificuldades encontradas, promovendo uma maior aproximação entre as noções de direito e de justiça na busca de soluções consensuais para os conflitos interpessoais.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

A complexidade das interações humanas na contemporaneidade tem apontado para a identificação de multifacetadas formas de conflito. Para além desse dado, o reconhecimento de que o conflito é imanente ao ser humano, tanto no plano individual quanto no coletivo, torna a busca de instrumentos para o tratamento adequado das situações-problema comuns à convivência uma necessidade tão urgente na atualidade.

Nesse sentido, ante a percepção da existência da grande diversidade de conflitos, nada mais sensato que sejam desenvolvidos múltiplos instrumentos de abordagem que serão utilizados segundo a sua melhor adequação para cada correspondente situação-problema. Desse modo, o trabalho teve início com a discussão do conceito de conflito, abordando as principais tentativas de classificar o fenômeno, a fim de identificar o tipo de conflito objeto preferencial da mediação, o qual restou delimitado como: o conflito interpessoal (individual ou coletivo), cujos envolvidos tenham relação continuada no passado e no presente, podendo-se estender para o futuro, nos quais não exista grande assimetria de poder entre as partes e cuja relação controvertida seja complexa e com significativo envolvimento emocional.

Em sequência, diante do reconhecimento de que uma sociedade democrática é naturalmente propensa à existência de conflitos, e de que o processo de retomada contemporânea da mediação ocorreu no interior de democracias ocidentais, buscou-se identificar os fundamentos teóricos da mediação de conflitos na democracia contemporânea. Nessa senda, foi realizada a delimitação do conceito de democracia na contemporaneidade, em contraposição à noção que remonta à Antiguidade, bem como em contraponto à doutrina clássica da modernidade. Para tanto, foi realizado o resgate da Teoria da Democracia de Kelsen, a qual resta alicerçada nos pressupostos do relativismo valorativo, da igualdade formal dos cidadãos, na máxima liberdade e na produção de norma autônoma convencional. Essa perspectiva leva Kelsen a advogar a superioridade das sociedades democráticas para a resolução dos macroconflitos sociais, visto que o método majoritário possibilita uma aproximação do direito autonomamente criado pelos cidadãos de um conceito de justiça coletivamente

construído.

Nessa perspectiva, na tentativa de verificar a possibilidade de o procedimento de mediação poder ser fundamentado na contemporaneidade, a partir dos pressupostos da Teoria da Democracia de Kelsen, foram vistas as principais abordagens teóricas da mediação de conflitos. Assim, tornaram-se objeto de análise os distintos modelos de regulação social influenciados, respectivamente, pelos sistemas jurídicos do *common law* e do *civil law*, os quais ensejaram a criação dos correspondentes modelos anglo-saxão e latino de mediação. A referida perspectiva parte do entendimento de que a trajetória percorrida pela mediação acaba sofrendo um forte influxo do contexto jurídico de cada país. Em sequência, foram debatidos os principais modelos teórico-práticos que por meio de um conjunto de concepções e técnicas acabam por influenciar de modo determinante as práticas de mediação efetivamente postas em curso.

De modo a melhor ilustrar como são efetuadas as práticas de mediação, foi realizada pesquisa sobre o desenvolvimento do citado instituto no Brasil e na Itália, característicos representantes da cultura jurídica do *civil law*. Para tanto, realizou-se um estudo comparativo sobre os marcos regulatórios, bem como os distintos tipos de mediação utilizados. O resultado da referida análise foi que a mediação efetuada no interior dos sistemas de justiça, especialmente quando efetuada no interior do processo judicial, acaba tendo como foco central a busca da obtenção de acordo, com finalidade de pôr termo aos litígios judiciais, contribuindo com a tentativa de amenizar a crise da atividade jurisdicional do Estado. Nesse sentido, sem maiores críticas, países caracterizados por uma cultura jurídica típica do *civil law* – a exemplo do Brasil e da Itália – acabaram por importar um modelo de mediação inspirado no *common law*, nitidamente focado no acordo, com especial destaque para a adoção da abordagem teórico-prática da mediação satisfativa estadunidense, conforme foi possível verificar através da análise dos casos brasileiro e italiano.

Assim, observa-se que o procedimento de mediação é utilizado, especialmente no interior do processo judicial, como instrumento a contribuir com uma resposta positiva à crise da atividade jurisdicional do Estado, portanto, predominantemente dirigido à obtenção do acordo. No entanto, resta imprescindível afirmar que as soluções encontradas serão tanto mais efetivas e duradouras quanto

mais o procedimento de mediação tenha no acordo apenas o seu fim mediato, perseguindo como objetivo principal, e imediato, a construção de entendimento fruto de genuíno consenso. Com efeito, quanto maior for a atenção destinada aos elementos subjetivos do conflito, melhor será o acordo obtido em termos qualitativos. A aposta é que o investimento em qualidade possa, em um futuro próximo, se traduzir em termos também quantitativos.

Portanto, para a obtenção do desiderato pretendido, deve a mediação judicial ser desjudicializada. Dito de outro modo – a fim de afastar a aparente contradição da afirmação anterior –, a mediação endoprocessual tende a ter melhores resultados quando realizada extrajudicialmente. Assim, há a necessidade de que a mediação seja realizada em espaço específico, com metodologia própria e sob a responsabilidade de atores voltados para uma cultura jurídica distinta das práticas adversariais, ainda muito predominantes no interior do Poder Judiciário. Não se está aqui sendo feita a defesa de que a mediação judicial deva abandonar o acordo, mas que passe a sofrer influxos de modelos que não o tenham como objetivo predominante – no qual se pode destacar a mediação transformadora waratiana como uma proposta ainda pouco explorada, mas que teria muito a contribuir, especialmente no tocante às dimensões da promoção da autonomia e da alteridade.

Nessa perspectiva, deve a mediação ao buscar o consenso, a partir da perspectiva da igualdade e do respeito às diferenças, promover soluções autônomas pelos envolvidos, por meio do reconhecimento do outro (alteridade), pleiteando um entendimento que poderá se constituir em acordo (direito convencional), mas prioritariamente direcionada para a identificação da justiça enquanto percepção relativa dos envolvidos e intersubjetivamente construída.

Feitas essas considerações, apesar de Kelsen em momento algum em seus estudos sobre a democracia ter teorizado a respeito da aplicação dos pressupostos de sua filosofia política democrática para além de seu emprego no método majoritário, observa-se que sua compreensão teórica sobre a democracia se aplica sem maiores dificuldades na fundamentação da mediação de conflitos. Nesse sentido, respondendo ao problema de pesquisa inicialmente apresentado: Em que medida é possível identificar na Teoria da Democracia de Kelsen uma fundamentação teórica para a mediação de conflitos na democracia contemporânea? Pode-se afirmar como

resposta que *a mediação de conflitos pode ser fundamentada na contemporaneidade, a partir da Teoria da Democracia de Hans Kelsen, haja vista que o procedimento de mediação possibilita a produção de norma autônoma em conflitos interpessoais, de modo semelhante ao método majoritário para os macroconflitos sociais*, em virtude do fato de ambos estarem alicerçados no relativismo valorativo, na igualdade, na autonomia e na construção de um direito convencional, fruto do entendimento, como aproximação intersubjetiva do conceito de justiça.

No entanto, deve-se ressaltar que no caso da mediação há uma maior aproximação entre a norma produzida por meio do consenso – o direito – e a noção de justiça, visto que a solução consensual, quando bem desenhada, manifesta a identificação dos interesses comuns dos envolvidos, constituindo-se como percepção de justiça objetiva, pois intersubjetivamente construída.

## REFERÊNCIAS.

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Mário da Gama Kury. Brasília: Universidade de Brasília, 1985.

AVRITZER, Leonardo. **Cartografia da justiça no Brasil**: uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

BALLETO, Stella; BRIZ, Maria José; FALCA, Leslie. **Manual básico de mediación**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015.

BENJAMIN, Walter. **O anjo da história**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

BEZERRA, Tássio Túlio Braz. **A mediação transformadora como instrumento de promoção da autonomia dos sujeitos**: um diálogo com a experiência do Juspopuli no município de Feira de Santana-BA. 2014. 131f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, Universidade Federal da Paraíba, Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, 2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAFE-SCHIMITT, Jean-Pierre. Os modelos de mediação: modelos latinos e anglo-saxões de mediação. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**. V. 7. n. 2. p. 181-227, jul/dez. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 5ª. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. 322 p.

BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é mediação de conflitos?** São Paulo: Brasiliense, 2007.

BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos. **Advocacia Negocial**: promoção do acesso à justiça pela desjudicialização dos conflitos. João Pessoa: A União, 2014.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda nº 1**, de 31 de janeiro de 2013. Altera a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/emenda\\_gp\\_1\\_2013.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/emenda_gp_1_2013.pdf)>. Acesso em 24 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Emenda nº 2**, de 8 de março de 2016. Altera e acrescenta artigos e os Anexos I e III da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em 24 mai. 2017.

\_\_\_\_\_. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125**, de 29 de dezembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras

providências. Disponível em:

<[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/Resolucao\\_n\\_125-GP.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf)>. Acesso em 24 mai. 2017.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 225**, de 31 de março de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3127>>. Acesso em 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. CONSELHO SUPERIOR DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Resolução nº 174**, de 30 de setembro de 2016. Dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado das disputas de interesses no âmbito do Poder Judiciário Trabalhista e dá outras providências. Disponível em: <[https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016\\_res0174\\_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1998**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em 29 nov. 2014.

\_\_\_\_\_. **Lei 1.060**, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L1060.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L1060.htm)> Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.407**, de 19 de dezembro de 2006. Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11417.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 11.419**, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11419.htm)> Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)> Acesso em: 24 maio. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.140**, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 24 maio. 2017.

BRASIL. **Lei 9.307**, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)> Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Resolução nº 39**, de 15 de março de 2016. Dispõe sobre as normas do Código de Processo Civil de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, de forma não exaustiva.. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/10157/429ac88e-9b78-41e5-ae28-2a5f8a27f1fet>>. Acesso em 13 ago. 2018.

BRIZ, Maria José. La mediación. In: BALLETO, Stella; BRIZ, Maria José; FALCA, Leslie. **Manual básico de mediación**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 85-94.

CANDAU, Vera Maria. Educação em direitos humanos: desafios atuais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy, et al (Org.). **Educação em Direitos Humanos: Fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p. 399-412.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAPPI, Riccardo. Mediação e Prevenção da Violência. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomando (Org.). **Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça**. Salvador: [s.n.], 2009. p. 59-106.

CASTELLO, Carmela. Tipologie di Mediazione. In: PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. **Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 45-56.

CHIARLONI, Sergio. **Prime riflessioni sullo schema di decreto legislativo di attuazione della delega in materia di mediazione ex art. 60 legge .69/2009**. 2010. Disponível em: <<http://www.mondoadr.it/articoli/prime-riflessioni-sullo-schema-di-decreto-legislativo-di-attuazione-della-delega-in-materia-di-mediazione-ex-art-60-legge-692009.html>>. Acesso em: 8 fev. 2018.

COMMISSIONE. **Raccomandazione 2001/310/CE**, del 4 aprile 2001. sui principi applicabili agli organi extragiudiziali che partecipano alla risoluzione consensuale delle controversie in materia di consumo. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&rid=4>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Raccomandazione 98/257/CE**, del 30 marzo 1998. Riguardante i principi applicabili agli organi responsabili per la risoluzione extragiudiziale delle controversie in materia di consumo. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31998H0257&rid=6>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

COMUNIDADE ECONÔMICA EUROPEIA. **Tratado de Roma**. Institui a Comunidade Econômica Europeia. Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee n. 152 del 13 luglio

1967. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&from=PT>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; PEREIRA, Rúbia Mara Possa. A efetividade do acesso à justiça pela mediação no município de Ouro Preto: a busca pela identidade entre a justiça que se espera e a justiça que se presta. **Meritum**: revista de direito da Universidade FUMEC. V. 7. n. 2. P. 61-102, jul/dez. 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral de conhecimento. 20. Ed. Salvador: Jus Podium, 2018.

DIOZZI, Fabio. **Mediazione e negoziazione assistita**: Tecniche di gestione delle controversie. Milano: Giuffrè Editore, 2017.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FALCA, Leslie. Conflict. In: BALLETO, Stella; BRIZ, Maria José; FALCA, Leslie. **Manual básico de mediación**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay, 2015, p. 63-83.

FEITOSA, Enoque. Bobbio e a crítica de marx aos direitos humanos: o que e quais são os direitos humanos? Elementos para uma refutação da concepção individualista dos direitos humanos. In: TOSI, Giuseppe (Org.). **Noberto Bobbio**: democracia, direitos humanos, guerra e paz. v. 1. João Pessoa: Editora da UFPB, 2013, p. 79-95.

FERRAJOLI, Luigi. **Iura paria**: i fondamenti della democrazia costituzionale. 2. ed. Napoli: Editoriale Scientifica, 2017.

\_\_\_\_\_. **La logica del diritto**: dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen. Bari: Editori Laterza, 2016.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 5. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2007.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial**: discursos e práticas. Rio de Janeiro: Faperj, 2016.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**. 58. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1992.

\_\_\_\_\_. **Getting to Yes**. Negotiating Agreement Without Giving In. 2. ed. New York: Penguin Books Ltda., 1991.

FOLGER, J. P.; BUSH, R. A. Baruch. **La Promesa de Mediacion**. Buenos Aires: Ediciones Granica, 1996.

GOVERNO DE MINAS. **Programa de mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Ius Editora, 2009.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática**. 2ª ed. rev., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

HICKS, Donna. Resolução de Conflitos e Educação em Direitos Humanos: Ampliação da Agenda. In: ANDREOPOULOS, Geroge, J; CLAUDE, Ruchard Pierre (Org.). **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI**. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2007. p. 141-164.

HOBBS, Thomas. **Leviatã: ou matéria, forma e poder de uma república eclesiástica civil**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ITALIA. **Decreto Legislativo n. 28 del 4 marzo 2010**. Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali. (10G0050) (GU n. 53 del 5-3-2010. Disponível em: <  
<http://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/201436/D.LGS.+n.28-2010>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo n. 5 del 17 gennaio 2003**. Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366. Pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 17 del 22 gennaio 2003 - Supplemento Ordinario n. 8. Disponível em: <  
<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03005dl.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Decreto Legislativo n. 69 del 21 giugno 2013**. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia». (13A07086) (GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63). Disponível em: <  
<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/20/13A07086/sg>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Legge n. 480 del 15 novembre 1995**. Disposizioni urgenti in materia di finanziamento delle camere di commercio. (GU Serie Generale n.269 del 17-11-1995) Disponível em:  
 <[http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1995/11/17/095G0525/sg;jsessionid=w7U4dSN5XniSMC5mfEM2GA\\_\\_\\_.ntc-as1-guri2b](http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/1995/11/17/095G0525/sg;jsessionid=w7U4dSN5XniSMC5mfEM2GA___.ntc-as1-guri2b)>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Legge n. 69 del 18 giugno 2009**. Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile. Pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 140 del 19 giugno 2009 - Supplemento ordinario n. 95. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001H0310&rid=4>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Legge n. 98 del 9 agosto 2013**. Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia. (GU Serie Generale n.194 del 20-08-2013 - Suppl. Ordinario n. 63).

Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2013/08/20/13G00140/sg%20>>. Acesso em: 13 ago. 2018.

KELSEN, Hans. **¿Qué és justicia?** Barcelona: Editora Ariel S.A., 2008.

\_\_\_\_\_. **A Democracia.** São Paulo: Martins Fontes, 1993.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral do direito e do Estado** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LAGASTRA LUCHIARI, Valeria Ferioli O Futuro dos Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Mila Batista Leite Correa da; ANDRADE, Oyama Karyna Barbosa (coord.). **Justiça do Século XXI.** São Paulo: LTr, 2014, p. 313-320.

\_\_\_\_\_. Comentários da Resolução nº 125, do Conselho Nacional de Justiça, de 29 de Novembro de 2010. In: GROSMAN, Claudia F.; MANDELBAUM, Helena G. **Mediação no judiciário:** teoria na prática e prática na teoria. São Paulo: Primavera Editorial, 2011, p. 281-318.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto Comunista.** São Paulo: Boitempo Editorial, 1998.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação:** Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. 7. ed. rev. atual. e ampl. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MUNHOZ, Elisangela Peña. **O mediador de conflitos como intérprete das partes:** uma análise à luz da teoria do agir comunicativo. 2015. 138 f. Dissertação (Mestrado em Comunicação) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

MUÑOZ, Helena Soleto. El nuevo paradigma de justicia: la resolución adecuada de conflictos. In: SOLETO, Helena. **Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos.** 3. ed. Madrid: Editorial, 2017, p. 35-44.

NASCIMENTO, André Luis; LEONELLI, Margaret; AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera. (Org.). **Guia de Mediação Popular.** 2. ed. Brasília: SDH/PR, 2010.

NUNES, Antonio Carlos Ozório. **Manual de mediação:** guia prático para conciliadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Armando Albuquerque de. Fragilidades da Democracia na América Latina: uma análise empírica. In: OLIVEIRA, Armando Albuquerque; BEÇAK, Rubens

(coord.). **Teorias da democracia e direitos políticos**. Florianópolis: CONPEDI, 2016.

PARLAMENTO EUROPEO. CONSIGLIO EUROPEO. **Direttiva 2008/52/CE**, del 21 maggio 2008. Relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale. Disponibile em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008L0052&rid=1>>. Accesso em: 13 ago. 2018.

PERA, Alessandra. Introduzione ai modelli di ADR profili storico-comparatistici. In: PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. **Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 3-22.

PERA, Alessandra. Le Politiche dell'Unione Europea in Materia di Accesso alla Giustizia e Sistemi Alternativi de Risoluzione dell Controversie. In: PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. **Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 57-70.

PRZEWORSKI, Adam. Minimalist Conception of Democracy: a defence. In: DAHL, Robert A.; SHAPIRO, Ian; CHEIBUB, José Antonio. **The democracy sourcebook**. Cambridge: Massachusetts Institute of Technology. 2003, p. 12-17.

RABELO, Cilana de Moraes Soares; SALES, Lilia Maia de Moraes. Meios consensuais de solução de conflitos: Instrumentos de democracia. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 46, n.º 182, p. 75-88, abr.-jun. 2009.

REDORTA, Josep. **Cómo Analizar los Conflictos: La tipología de conflictos como herramienta de mediación**. Barcelona: Paidós, 2004.

\_\_\_\_\_. **Gestión de Conflictos: lo que necesita saber**. Barcelona: [s.n.], 2011.

RICCIO, Giovanni Maria. La Direttiva 2008/52/CE sulla Mediazione in Materia Civile e Commerciale. In: PERA, Alessandra; RICCIO, Giovanni. **Mediazione e Conciliazione: Diritto Interno, Comparato e Internazionale**. Milano: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2011, p. 71-84.

RICOTTA, Giuseppe. Politiche di sicurezza, tolleranza zero e diritti umani. Una lettura sociologica. In: SPENGLER, Fabiana Marion (Org). **Acesso à justiça, direitos humanos e mediação**. Curitiba: Multideia, 2013. p. 65-89.

ROMUALDI, Giuliana. La mediazione nell'ordinamento italiano. In: COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. **La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR**. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 139-164.

\_\_\_\_\_. La mediazione nella normativa europea. In: COSI, Giovanni; ROMUALDI, Giuliana. **La mediazione dei conflitti: Teoria e pratica dei metodi ADR**. 2. ed. G. Giappichelli Editore: Torino, 2012, p. 131-138.

ROSS, Alf. **Por que a democracia?** Trad. Roberto José Vernengo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SALES, Lilia Maia de Moraes. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 3. ed., atual. e ampl. Rio de Janeiro: GZ ed., 2010.

SANDER, Frank E. A. Varieties of Dispute Processing. In: **The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future**. West, A. Levin e R. Wheller eds., 1979.

SANTAGADA, Filomena. **La Mediazione**. Torino: G. Giappichelli Editore, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo: Cortez, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática**. 8. ed. São Paulo: Cortez, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

\_\_\_\_\_. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011b.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SILVA, Paulo Eduardo Alves. Solução de Controvérsias: métodos adequados para resultados possíveis e métodos possíveis para resultados adequados. In: SALLES, Carlos Alberto; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Org.). **Negociação, mediação e arbitragem – curso básico para programas de graduação em Direito**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. p. 1-23.

Simmel, G., A natureza sociológica do conflito. In: MORAES FILHO, Evaristo (org.), **Simmel**, São Paulo, Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: Por uma Outra Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2010.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos políticos da mediação comunitária**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2012.

\_\_\_\_\_. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRAUSS, Leo. **La ciudad y el hombre**. Buenos Aires: Katz, 2006.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 3. ed. rev Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUARES, Marinés. **Mediación: condición de disputas, comunicacción y técnicas**.

Buenos Aires: Paidós, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed. São Paulo: Editora Método, 2016.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: leis e costumes. 3. ed. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

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

VELOSO, Marília Lomanto. Mediação Popular: um universo singular e plural de possibilidade dialógicas. In: AMORIM, Simone; LEONELLI, Vera; VELOSO, Marília Lomanto (Org.). **Mediação Popular**: uma alternativa para a construção da justiça. Salvador: [s.n.], 2009.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Juan Carlos Vezzulla, 1998.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.

VOEGELIN, Eric. **Ordem e história**: o mundo da polis. 2. ed. Trad. Athanasios Moulakins. São Paulo: Loyola, 2012. v. 2.

WARAT, Luis Alberto. **A digna voz da majestade**: linguística e argumentação jurídica, textos didáticos. Vol IV. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

\_\_\_\_\_. **A epistemologia e o ensino do direito**: o sonho acabou. Vol II. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.

\_\_\_\_\_. **Em nome do acordo. A mediação no Direito**. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998. 102 p.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca**: ofício do mediador. Vol III. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004c.

\_\_\_\_\_. **Territórios desconhecidos**: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade. Vol I. Coordenadores: Orides Mezzaroba, Arno Dal Ri Júnior, Aires José Rover, Cláudia Servilha Monteiro. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

WEBER, Max. **Ciência e Política**: duas vocações. 20. Ed. Berlin: Dunker e Humblot, 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Introdução ao pensamento jurídico crítico**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.