

**A MEDIAÇÃO NOS MOLDES CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO: UM OLHAR  
PARA ALÉM DA SEGURANÇA JURÍDICA**Fabiana Alves Mascarenhas<sup>1</sup>Marcella Alves Mascarenhas Nardelli<sup>2</sup>**RESUMO**

A mediação, conforme está sendo proposta, na medida em que se processualiza (diante de potencial regulamentação), também deveria se sujeitar ao “garantismo processual”, ou, ao contrário, sua natureza impossibilitaria tal controle? De fato, a mediação atenderia ao ideal de solução legitimada pelo procedimento dialógico, em conformidade com a visão habermasiana, que poderia vir a ser prejudicada pela regulamentação excessiva. Cumpre destacar ser esta uma questão que merece a análise constitucional, porque, além de a Lei Maior brasileira prever em seu preâmbulo o compromisso

---

<sup>1</sup> Mestranda em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF – Niterói/RJ; Graduada em Arquitetura e Urbanismo pela Universidade Federal de Juiz de Fora – Juiz de Fora/MG; Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Júnior – Juiz de Fora/MG. Pesquisadora do LAFEP/UFF (Laboratório Fluminense de Estudos Processuais da Universidade Federal Fluminense) – Niterói/RJ; Bolsista CAPES. Tel. 8833-8833. E-mail: famascarenhas@live.com.

<sup>2</sup> Mestre em Direito pela Faculdade de Direito de Campos - RJ; Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Vianna Jr., - Juiz de Fora/MG; Professora de Direito Processual Penal e Prática Jurídica Penal das Faculdades Integradas Vianna Jr. Endereço Profissional: Av. dos Andradas, 415, Centro, Juiz de Fora/MG. Tel. 8844-3388. E-mail: marcellamascarenhas@hotmail.com; malves@viannajr.edu.br.

republicano com a “solução pacífica das controvérsias”, há um sistema amplo de formalidades para se atender ao ideal de processo justo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Justo; Garantias Constitucionais; Mediação; Acesso à Justiça; Efetividade.

## INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2004, o Congresso Nacional brasileiro aprovou a Emenda Constitucional nº 45, conhecida como de “Reforma do Judiciário”. Com efeito, tal ação merece ser contextualizada com o cenário global de alterações estruturais semelhantes em nosso continente americano, manifestamente para atender às expectativas do mercado e para se adaptar à crescente judicialização de novos direitos aliada à ampliação do acesso à Justiça. E uma das soluções encontradas é a adoção de métodos alternativos de resolução de controvérsias, como forma de se desafogar o Judiciário e atender aos novos princípios constitucionais de eficiência administrativa (Emenda nº 19) e duração razoável (Emenda nº 45)

Este artigo visa analisar a política brasileira de mediação neste novo cenário trazido pela Emenda Constitucional nº 45, e que atualmente é objeto de dois projetos de lei: novo Código de Processo Civil e inédita Lei Geral de Mediação. Recentemente incluída como política pública (tendo em vista a tradição autoritária brasileira de estatização e judicialização, consubstanciada na interpretação ampliativa da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional), desde a década passada que o Judiciário (pelos seus tribunais ou pelo então criado Conselho Nacional de Justiça) vem instituindo oficialmente programas de mediação.

A hipótese a ser enfrentada é a de que a mediação, nos moldes em que se está sendo proposta no Brasil, na medida em que se processualiza (diante de sua potencial regulamentação), também deveria se sujeitar ao “garantismo processual” ou, ao contrário, sua natureza impossibilitaria tal controle. De fato, como será também será exposto, a mediação atenderia ao ideal de solução legitimada pelo procedimento dialógico, em conformidade com a visão habermasiana, e que poderia vir a ser prejudicada pela regulamentação excessiva. Por fim, cumpre destacar ser uma questão que merece a análise constitucional porque, além de a Lei Maior brasileira prever em seu preâmbulo o compromisso republicano com a “*solução pacífica das controvérsias*”, há um sistema amplo de formalidades para se atender ao ideal de processo justo.

## **1. MEDIAÇÃO: LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO**

Entre as tensões dialéticas da modernidade ocidental, e da crise que as atravessa, sobra pouco espaço para a valorização do material humano, e coloca-se o problema de saber como tornar os direitos humanos um recurso político ao mesmo tempo cultural e global, efetivando a inclusão do outro, dirimindo as diferenças e instituindo o diálogo como instrumento de emancipação social.

Graças ao exposto, a vida em sociedade tem se tornado mais complexa e as relações humanas mais latentes, logo, os dissensos são acentuados, e o aparato estatal não encontra vazão para garantir, com eficiência, a pacificação social.

A sociabilidade é condição inerente à própria essência humana. De acordo com Sartre, os homens estão condenados a serem livres por não poderem abdicar de sua liberdade sem abrir mão de sua condição humana, lógica esta que se reflete no tocante à convivência com seus iguais.

Decorrente da necessidade de conviver e de se envolver com o outro, também se mostra inevitável à realidade humana a existência dos conflitos, situações naturais das relações humanas, provocados por desgastes de relacionamentos, construção de interesses específicos, divergências de expectativas, dentre outros.

A sociedade sempre buscou, de alguma maneira, resolver estes conflitos, seja da forma litigiosa ou consensual. A mediação segue também firmemente amparada pelos Direitos Humanos, na medida em que se tem resguardado pela Constituição Federal os Direitos Fundamentais da Pessoa Humana, conforme preleciona Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 52-53):

(...) na condição de limite da atividade dos poderes públicos, a dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (este sendo considerado o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa (prestação) imposta ao Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção da dignidade, especialmente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo, portanto, dependente (a dignidade) da ordem comunitária, já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente, suas necessidades existenciais básicas, ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).

A implantação das práticas discursivas e narrativas da mediação convergem diretamente ao pensamento de Habermas, para quem “sob as condições de uma compreensão pós-metafísica do mundo, só tem legitimidade o direito que surge da formação discursiva da opinião e da vontade de cidadãos que possuem os mesmos direitos”. Estes cidadãos, por sua vez, só poderão ter consciência de sua autonomia pública, na medida em que esteja assegurada sua autonomia privada. Neste sentido, “uma autonomia privada assegurada serve como garantia para a emergência da autonomia pública, do mesmo modo que uma percepção adequada da autonomia pública serve como garantia para a emergência da autonomia privada.” (HABERMAS, 2003)

Perseguindo este ideal de autonomia privada, o indivíduo se torna sujeito de suas relações, sejam elas conflituosas ou não, tornando-se interlocutor direto das mesmas. Daí Habermas, em sua Teoria do Agir Comunicativo, propõe uma estrutura dialógica, dando ao indivíduo condições de se orientar para um acordo, para o entendimento mútuo que leva ao consenso, permeado por um diálogo aberto, chamando especial atenção para o importante papel da linguagem na interação humana:

(...) no caso da ação comunicativa a linguagem se constitui num meio capaz de possibilitar inteiramente o entendimento mútuo. A linguagem se apresenta, então, como motor da integração social, tendo a comunicação como o veículo de construção de uma identidade comum entre indivíduos... aí reside a possibilidade de que os indivíduos em interação sejam capazes de discernir e fundamentar, com base em uma formação da vontade autônoma, as questões éticas e morais que se colocam a partir da vivência social. A verdade deixa de ser uma certeza absoluta e passa a ser um procedimento para se chegar a um acordo coletivo. A consequência imediata de um pensamento desenvolvido sobre estas bases é bem clara: a comunicação pode retornar ao âmbito da esfera pública, tornando-se seu princípio constitutivo central. (COUTINHO, 2005, P. 345)

Há uma enorme simplicidade nas normas que comandam o agir comunicativo e o discurso de Habermas, que visa o entendimento mútuo. Elas fazem parte do bom senso do dia-a-dia, sempre que se busca o entendimento: a universalidade, o respeito pelo outro, a veracidade, a sinceridade e o respeito pela verdade que excluem qualquer artifício que possa distorcer o processo do diálogo e da busca pelo verdadeiro e o justo, e, finalmente, a renúncia a todas as formas de violência e coação. Em prol da integração social, e conseqüentemente, da democracia e da cidadania, possibilitariam a resolução dos conflitos vigentes na sociedade não com uma simples solução, mas com a melhor solução, resultado do consentimento de todos os concernidos.

A Ética do Discurso, graças a sua própria essência linguística-pragmática, implica intersubjetividade, capacidade de convivência, diálogo, busca de unidade na diversidade de posturas frente à existência. Não significa intentar uma unidade de convicções, mas buscar um mínimo racional capaz de permitir a produtiva convivência

em sociedade, promovendo através da pluralidade de experiências, e do respeito mútuo, uma dinâmica mais rica do tecido social como um todo.

Cumpra ressaltar ainda que, o instituto da mediação, quando equivocadamente respaldado fora de sua verdadeira essência, pode vir a representar tão somente mais uma estratégia política, propagandista, ou mera demanda de mercado. Ao ser interpretado pela ótica de uma racionalidade instrumental como uma tentativa de trazer mais agilidade para as decisões judiciais e desafogar os operadores do direito, desvirtua-se de seu verdadeiro objetivo de ferramental favorável ao resgate das instâncias de deliberação intersubjetiva do mundo da vida e da promoção de uma cidadania eticamente balizada em procedimentos democráticos.

Assim, pode-se utilizar o conceito corrente de mediação, segundo o qual é o *“processo no qual uma terceira pessoa – o mediador – auxilia os participantes na resolução de uma disputa. O acordo final trata o problema com uma proposta mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”* (HAYNES, 1996). Logo, não há parte vencedora ou parte perdedora. É composto um acordo pela flexibilização de ambas as partes, tendo o diálogo como instrumento facilitador, incitado pela figura do mediador.

Em sentido semelhante, HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO conceitua a mediação como *“o processo por meio do qual os litigantes buscam o auxílio de um terceiro imparcial que irá contribuir na busca pela solução do conflito”* (2008, p. 106). Amparado do direito norte-americano, o autor prefere utilizar os termos mediação ativa e mediação passiva para designar o que comumente são conhecidas a conciliação e a mediação. Com isso, aponta como diferença que *“na mediação passiva, o terceiro apenas ouve as partes, agindo como um facilitador”* (PINHO, 2008), enquanto na *“mediação ativa, o mediador funcionará como uma espécie de conciliador; ele não se limita a facilitar; terá ele também a função de apresentar propostas, soluções alternativas e criativas para o problema”* (PINHO, 2008).

LUIS ALBERTO WARAT apresenta outras características diferenciadoras. Conceitua mediação como um “*processo assistido não adversarial (o adversarial como concepção jurídica do conflito) de administração de conflitos*” (2004, p. 62). Enquanto a mediação é um “ato de amor”,

a conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignoram-no, e, portanto, não o transformam, como faz a mediação. O conciliador exerce a função de “negociador do litígio”, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo de conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas. (WARAT, 2004, p. 60)

É possível observar que outro objetivo da mediação é o restabelecimento da comunicação entre as partes envolvidas, uma vez que esta, em meio a um conflito, fica prejudicada, tensa, acabando por aumentar a intensidade do mesmo. O papel do mediador é melhorar a capacidade de comunicação entre os mediados na busca de uma solução conjunta para o problema (OSTERMEYER, 1996).

Justamente por esta característica da promoção da comunicação, a mediação encontra terreno fértil nas questões de âmbito familiar, onde há preocupação fundamental com a preservação emocional das partes. Ao reconhecer e atuar no universo sentimental das crises envolvendo a família, o processo da mediação permite o reconhecimento, por meio das partes, de que as emoções são tanto parte do problema como de sua solução, e que uma vez encaradas e clareadas, facilitam a reorganização das funções, papéis e obrigações da família. Neste sentido, Águida Arruda Barbosa (2006, p. 387) enfatiza:

(...) A mediação é uma estrutura que se apóia na dicotomia *pensamento/sentimento*, exigindo mudança de mentalidade para se valer desta prática, pressupondo estudos que contemplam o entendimento da essência da efetiva demanda jurisdicional, que vem a ser o reconhecimento do valor maior da vida em sociedade – a cidadania – que promove a inserção do homem enquanto ser social, porém, a inovação a ser agregada é a consciência de que o humano é, sobretudo, um ser afetivo.

Ainda nessa esteira, nas palavras de Carreira Alvim (2003):

(...) o direito só se transforma em justiça quando passa pela alma, pelo sentimento de quem julga. A lei, dizia São Tomás de Aquino, “padece do pecado original”, que é ser uma “regra geral a aplicar-se a casos particulares”. É uma roupa que não serve em todos os corpos, a não ser que haja um “costureiro habilidoso”, para fazer com que ela sirva, tanto nas pessoas grandes, como nas pequenas; tanto nos ricos como nos pobres. Aí teremos, então, justiça. E é por isso que justiça não é privilégio de juiz togado. Aliás, a verdadeira justiça é aquela feita com base nos princípios da equidade; aquela que é feita para cada caso; aquela que, ainda que moldada na lei, atende às circunstâncias peculiares, específicas, de cada caso concreto.

## **2. CRISE DA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: MEDIAÇÃO COMO RESPOSTA?**

Demonstrada a natureza dialógica da mediação, como método de composição de controvérsias, torna-se importante contextualizá-la com as propostas de incorporação de meios alternativos no Judiciário estatal tradicional. Com efeito, nota-se no senso comum a existência de uma suposta crise em nosso sistema Judiciário. Há uma efetiva sobrecarga de demandas frente ao número de juízes e auxiliares, além de se contar com um processo muito complexo, que de tão formal acaba se distanciando do cidadão comum. As decisões “por atacado”, muito mais amparadas nas jurisprudências do que na análise dos casos em concreto, juntamente à morosidade da Justiça têm como consequências a perda da efetividade das decisões jurídicas, a impunidade, a sensação de injustiça e a descrença gradativa nas instituições jurídicas como promotoras de estabilidade social, requisitos estes que obstam o exercício efetivo da democracia, uma vez que o garantidor da realização dos direitos individuais é o Estado, através do próprio Judiciário.

Este é o ponto de partida para entender a aclamada crise da jurisdição a partir da crise do próprio Estado, onde incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura libertar-se de sua tutela, este se encontra em uma crise de legitimidade (ROTH, 1996).



E é neste cenário que surge a necessidade de uma reestruturação do acesso à Justiça. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2000, p. 28):

(...) acesso à justiça quer dizer “acesso a um processo justo, a garantia de acesso a uma justiça imparcial, que não só possibilite a participação efetiva e adequada das partes no processo jurisdicional, mas que também permita a efetividade da tutela dos direitos, consideradas as diferentes posições sociais e as específicas situações de direito substancial. Acesso à justiça significa, ainda, acesso à manifestação e à orientação jurídicas e a todos os meios alternativos de composição de conflitos.

O ponto é que não há como desafogar o Judiciário por atos administrativos, de gestão ou de disponibilidade de verbas. É preciso admitir que se faz necessária uma substancial mudança de mentalidade acerca desta realidade, definida como consciência de que os problemas são todos ligados numa rede subjacente global, e por isso, de maneira alguma constituem fatos isolados autônomos (BARBOSA, 2006).

A adequação dos procedimentos jurisdicionais a fim de que qualquer sujeito de direitos obtenha uma resposta do Estado justa e efetiva, realizada no menor tempo possível, tem suscitado debates em todas as esferas da sociedade civil organizada, como atestam Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988, p. 20-21):

(...) Em muitos países, as partes que buscam uma solução judicial precisam esperar dois ou três anos, ou mais, por uma decisão exequível. Os efeitos dessa delonga, especialmente se considerados os índices de inflação, podem ser devastadores. Ela aumenta os custos para as partes e pressiona os economicamente fracos a abandonar suas causas, ou a aceitar acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. (...) A Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Ainda nesta esteira, corrobora Luiz Otávio Linhares Renault (2003, p. 273):

(...) não se pode mais conceber uma possível efetividade do direito material sem a efetividade do direito processual. Não se tolera mais a ineficácia do direito material, pela falta de resultado do processo. O direito material não pode se frustrar no bojo do processo. Se o tempo sempre invadiu a vida do homem, agora ele invade também a vida do processo e exige uma resposta efetiva, que não seja a demora.

Hoje em dia não há como se falar em acesso à Justiça<sup>3</sup> sem vislumbrar a utilização de métodos alternativos de solução de conflitos, visando assegurar e garantir a aplicação dos direitos ameaçados em questão, uma vez que cada vez mais o Judiciário vem sendo atravessado pelas justiças emergentes, nos âmbitos nacionais e internacionais, representadas por formas extra oficiais de tratamento das demandas. Não significa negar a prestação jurisdicional por parte do Estado, mas propor alternativas porventura até menos onerosas e mais rápidas para a satisfação das controvérsias, com métodos mais humanísticos, que garantam, com maior qualidade, a obtenção da justiça.

Uma das soluções apresentadas é o estímulo aos chamados meios alternativos de resolução de conflitos (doravante chamados de MARCs em vez do seu equivalente inglês ADR – *Alternative Dispute Resolution*), cujo conceito não é muito preciso na literatura sócio-jurídica. Nesta linha de raciocínio, é possível encontrar três interpretações dos MARCs, começando pela composição dos litígios a partir de uma *resolução estatal imperativa por meio de procedimentos flexíveis*, passando pela *resolução estatal negociada com as partes* e culminando com a *resolução extrajudiciária dos conflitos*.

Neste sentido, a mediação tanto pode ser vista como uma alternativa à decisão imperativa como um método desenvolvido ao largo do Judiciário formal. E em ambos é possível notar seu avanço nas propostas de Reforma do Judiciário, seja no sentido de se incorporar ao processo judicial, seja para estimular iniciativas que lhe são externas.

## 2.1. Mediação Privatiza a Justiça?

---

<sup>3</sup> “A expressão ‘acesso à Justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.” CAPPELLETTI, Mauro et GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, p. 8.

Uma das resistências encontradas para os programas extrajudiciários de mediação é de que constituiriam um projeto neoliberal, em que o Estado estaria cedendo para a iniciativa privada uma função que lhe seria própria. Contra este argumento, BARBOSA MOREIRA (2001) ressalta que o uso dos meios alternativos de solução extrajudicial de conflitos de interesses não se confunde com privatização do processo: de fato *“longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que veem sua atividade revestida de caráter público”* ou, em outras palavras, *“o caso é antes de publicização da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de privatização”*. Ocorre que este argumento baseia-se em algo que DURKHEIM (1978) já identificara em sua obra sobre a divisão do trabalho social: para separar o direito público do direito privado, *“seria preciso admitir que há verdadeiramente um direito privado, sendo que acreditamos que todo direito é público, porque todo direito é social”*. Além disso, as normas que regulamentam o direito privado são emanadas pelo Estado.

Com efeito, não seria exagero usar o termo privatização, para definir esta transferência do julgamento dos litígios exclusivamente pelo Estado para o domínio das relações privadas. Ainda que haja uma processualização destes mecanismos, reconhecendo-se garantias fundamentais nos respectivos procedimentos, o que se torna determinante é a solução do conflito com o auxílio de um terceiro não-juiz estatal.

Sob uma perspectiva weberiana, os Estados modernos somente puderam construir sua dominação política a partir da apropriação do poder decisório, constituindo o monopólio jurisdicional. A partir de então, poder-se-ia verificar a formação do conflito entre maximização dos poderes estatais e autonomia privada. Assim, pode-se adotar uma dicotomia entre Estados reativos e ativos, conforme o grau de intervenção nos conflitos sociais (DAMASKA, 1986).

Nesta perspectiva, poderíamos identificar entre os argumentos pró-MARCs uma defesa da redução do papel do Estado na resolução de conflitos. Este discurso ganhou

## Volume 2 - Número 2

força com a crise do modelo de *Welfare State* e ressurgimento do liberalismo econômico como ideologia hegemônica do capitalismo globalizado. Sendo assim, a sobrecarga de trabalho dos tribunais e a consequente morosidade da prestação jurisdicional justificariam os meios alternativos como medida garantidora de maior eficiência estatal, já que não seria economicamente viável maiores investimentos no aparelho judicial, e consequente “*necessidade real de remédios acessíveis e efetivos para pequenas causas, sem grandes (e altamente improváveis) subsídios estatais*” (CAPPELLETTI, 1988). Ainda que mencione expressamente as intenções do juiz Warren Burger, da Suprema Corte Americana, a crítica feita por OWEN FISS (2004, p. 147) é adequada a esta exposição:

O juiz Burger não é movido pelo amor ou pelo desejo de encontrar novos caminhos para restaurar ou preservar as relações amistosas, mas sim por preocupações relativas à eficiência e à ordem política. Ele busca alternativas para a litigância com o propósito de diminuir o volume de casos no Judiciário ou, de forma mais plausível, de isolar o *status quo* da possibilidade de reforma pelo Judiciário.

Com isso, tornou-se senso comum defender a utilização de meios alternativos como meio de se desafogar o Judiciário estatal. A “desjudicialização”, paradoxalmente, passa a integrar a pauta das reformas do Judiciário, sendo este discurso assumido por alguns magistrados.

Deve-se ressaltar, entretanto, o equívoco em se utilizar métodos alternativos para tal finalidade, assim como ocorre em outras políticas judiciárias voltadas à eficiência administrativa dos tribunais. Com efeito, o modelo de gestão preocupado com a eliminação estatística de processos, em vez de satisfazer a efetividade da tutela jurisdicional, acaba por disseminar uma justiça de má qualidade. Isto se deve, entre outros motivos, à ausência do debate sobre as causas da litigiosidade, matéria-prima para a enxurrada dos autos que sufocam os cartórios. Certamente a duração razoável do processo e a efetividade da tutela jurisdicional constituem direitos fundamentais, todavia não podem ser deturpados para atender a interesses meramente

administrativos ou gerenciais. Neste sentido, vale a crítica de LEONARDO GRECO (2005, p. 288):

É preciso reconhecer que o ideal da tutela jurisdicional mais ampla e efetiva dos direitos subjetivos por parte do Judiciário, na realização de uma justiça ao mesmo tempo processual e substantiva, está cada vez mais distante, na medida em que se aprofunda a crise de eficiência dos serviços judiciários e que as soluções em geral alvitradas, na tentativa de dar vazão ao volume insuportável de processos e de recursos, degrada o seu desempenho, sacrificando irremediavelmente não apenas a qualidade dos meios, mas também dos resultados.

Em lugar de prosseguir em reformas de eficácia duvidosa e francamente nocivas à boa administração da justiça, é preciso reagir, desfraldando a bandeira da plena efetividade do processo justo, e, ao mesmo tempo, encontrar solução para a quantidade de processos, o que, a meu ver, somente se concretizará através do planejamento e da implementação de uma política pública de prevenção e solução de conflitos, capaz de abortar os bolsões de litigiosidade no seu nascedouro, de compartilhar a responsabilidade pelo reconhecimento dos direitos dos cidadãos com os demais poderes do Estado, nas respectivas esferas de atuação, e de mobilizar a sociedade a engajar-se nos aparelhos oficiais e a promover a sua criatividade no desenvolvimento de mecanismos extrajudiciais de pacificação social.

Especificamente aplicando este problema aos meios alternativos, ressalta HUMBERTO DALLA BERNARDINA DE PINHO (2005) sua natureza artesanal, para constatar que *“seria um erro grave pensar em executar mediações em série, de forma mecanizada, como hoje, infelizmente, se faz com as audiências prévias ou de conciliação, nos juizados especiais e na justiça do trabalho”*. Em outro trabalho, o mesmo autor enfatiza não ser a mediação uma panaceia para quaisquer litígios (PINHO, 2008).

Frise-se que seria difícil a simples delegação da atividade jurisdicional a particulares, até porque mesmo os defensores do modelo de Estado gerencial entendem que o Judiciário integra o núcleo estratégico que não pode ser desvinculado (PEREIRA, 1997). Mas não seria exagero falar em privatização da resolução de controvérsias (ao contrário do que supõe Barbosa Moreira), sendo admitida esta natureza por CAPPELLETTI (1994, p. 95):

Aspecto (...) que decerto merece ênfase é o da ‘privatização’, como um dos elementos da evolução jurídica moderna (...). A privatização é evidentíssima na

'segunda onda' do movimento de acesso à Justiça, em que indivíduos e associações privadas têm adquirido legitimidade para demandar a proteção de interesses de grupos coletivos (chamados difusos). Mas a privatização também emerge na 'terceira onda': considere-se o fato de que, em muitos expedientes de ADR, leigos assumem funções decisórias ou quase decisórias, assim como o fato de que, com frequência, o critério de julgamento antes a equidade que o direito escrito.

Nos EUA, a questão fica ainda mais clara quando se analisa a força da arbitragem privada como meio usual de resolução de controvérsias, constituindo opção corrente à jurisdição estatal, conforme narra OSCAR CHASE (2005, p. 111):

Privatization of disputing involved, of course, removing disputes from the relevant organ of government, the judiciary. (...) The Supreme Court, no doubt affected by a concern for the overloaded judiciary, relied on the Federal Arbitration Act (FAA) to rigorously enforce arbitration agreements. Corporations quickly took advantage of these decisions to insist on arbitration clauses in contracts of employment, Sales, and brokerage. They were thus able to privatize the resolution of such disputes because under FAA there is only very little judicial supervision of arbitration awards. Legal rules need not determine an arbitral award.

Por outro lado, é nítido o interesse das corporações capitalistas nas políticas públicas para o Judiciário: não há dúvidas de que *“os sistemas jurídico e legal ocupam um papel de destaque entre as instituições que mais influenciam o desempenho econômico das nações”* (PINHEIRO, 2000), como reconheceu o então presidente do STJ, Min. EDSON VIDIGAL, durante reunião-almoço com os integrantes do Conselho de Administração da Bolsa de Valores de São Paulo (Bovespa):

A economia é indissociável da operação do Direito. Porque o que é o Direito senão a afirmação dos parâmetros e dos comportamentos de todos os setores que se movem na sociedade? E a sociedade, na civilização, não se move sem a economia. Então, uma decisão judicial equivocada pode comprometer muito o chamado risco Brasil (STJ, 2006).

Neste cenário, o Estado (especialmente em sua função jurisdicional) revela-se como um obstáculo à livre negociação, fenômeno decorrente do princípio da autonomia da vontade. Quanto menos o Judiciário intervir, melhor será para a Economia. Assim, o estímulo às soluções privadas se explica não só pela eficiência e rapidez, mas

especialmente para que a “mão invisível do mercado” possa ditar o ritmo das negociações. Não é de se estranhar que, em pesquisa realizada entre empresários, diante da afirmação “*os empresários costumam dizer que ‘é sempre melhor fazer um mau acordo do que recorrer à Justiça’*”, 36,9% dos entrevistados concordaram totalmente e 51,3% concordaram parcialmente (totalizando 88,2%) (PINHEIRO, 2000). Por outro lado, a mesma pesquisa revela reclamações por parte do patronato contra o excesso de controle do Judiciário, o qual impediria a expansão dos meios alternativos:

A estrutura legal foi apontada como uma razão para a não utilização de mecanismos de resolução de conflitos, como a arbitragem, porque a lei não proíbe à parte perdedora de recorrer aos tribunais num momento posterior. Também foi mencionado o fato de as instituições públicas não se acharem autorizadas a propor ou aceitar a solução de conflitos fora dos tribunais (PINHEIRO, 2000, p. 105).

Acontece que a intervenção estatal não significa necessariamente excesso de burocratização ou corrupção institucionalizada. Nos países social-democratas, especialmente aqueles que constitucionalizaram a garantia do pleno acesso à Justiça (como nosso art. 5º, XXXV), a tutela jurisdicional se revela um direito fundamental a ser protegido pelo Estado. E isto se deve ao reconhecimento das desigualdades sócio-econômicas, que são reequilibradas pela constante vigilância do juiz na condução do processo.

Nos casos de flagrante disparidade de forças (por mais que os liberais ignorem tal realidade), o acordo pode se revelar altamente prejudicial para o hipossuficiente, que não teria as mesmas informações sobre a previsão da decisão do litígio (ao contrário do empresário, que pode calcular os riscos da sentença), além da necessidade urgente do pagamento, por menor que seja, para garantia da subsistência. Assim, o “*consentimento é obtido via coação, [sendo] o acordo (...) uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado*” (FISS, 2004).

O acordo, como fruto de um consenso legitimidade pela livre negociação entre as partes, acaba sendo menos legítimo do que a sentença estatal, quando se verifica um

desequilíbrio entre os contratantes, como observa BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2005, p. 179-180)

a questão do acesso não tem a ver com a assistência judiciária mas antes com a capacitação das partes em função das posições estruturais que ocupam. Nos casos em que os litígios ocorrem entre cidadãos ou grupos de poder sócio-econômico parificável (litígios entre vizinhos, entre operários, entre camponeses, entre estudantes etc.) a informalização da justiça pode ser um genuíno factor de democratização. Ao contrário, nos litígios entre cidadãos ou grupos com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhorios) é bem possível que a informalização acarrete consigo a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, decorrente da perda das garantias processuais, e contribua assim para a consolidação das desigualdades sociais.

### **3. REGULAMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO: PRESERVAÇÃO DE GARANTIAS OU FORMALIZAÇÃO EXCESSIVA?**

O Brasil ainda não possui um marco regulatório da mediação, ao contrário da arbitragem (Lei nº 9307/94) e das conciliações judicial (inserida no Código de Processo Civil) e de algumas extrajudiciais como na Ação Civil Pública (Lei nº 7347/85), comissões de conciliação prévia trabalhista (Lei nº 9958/00) etc.

Atualmente há três projetos de lei sobre o tema, sendo um na Câmara dos Deputados (PL nº 4.827/1998), e dois no Senado Federal (PLC nº 94/2002 e PLS nº 517/2011). Além disso, a mediação judicial está prevista no projeto de futuro Código de Processo Civil (iniciado no Senado sob o número 166/2010, e atualmente na Câmara como PL 8046/2010). Entretanto, posto inexistir tal regulamentação, nada impediria sua utilização como mecanismo eficaz para a resolução de controvérsias, diante da liberdade que orienta a mediação.

E neste ponto que se inicia a reflexão sobre a regulamentação deste instituto. Será que um método que se caracteriza pelo informalismo e contato humano, tangenciando em áreas como a psicologia e a sociologia, deveria ser vinculado a regras jurídicas? Há autores como LUIS ALBERTO WARAT que chegam a inserir como



## Volume 2 - Número 2

característica da mediação a indisciplina, *“já que do mediador se requer a sabedoria necessária para poder se mover, sem a obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela de classe ou do saber”* (2004, p. 57).

A análise dos projetos permite identificar alguns pontos relacionados às garantias fundamentais do processo justo.

### 3.1. Juízo Natural

A garantia do juízo natural, a despeito de seus vários sentidos, permitiria sua análise em quatro subgarantias: independência do órgão julgador (1), imparcialidade (2), previsibilidade (3) e competência (4).

No que se refere à independência, pode-se incluir neste conceito a autonomia perante outras funções estatais (a), investidura (b) e a estabilidade do órgão julgador (3). No caso da mediação, este conceito merece ser relativizado, haja vista não ter propósito decisório, constituindo técnica de busca e efetivação do consenso. Ainda assim, não se pode negar a importância de que o mediador tenha tranquilidade e estabilidade para o exercício de suas tarefas, para assegurar a melhor condução do procedimento.

Neste sentido, pode-se especular que a mediação judicial seria mais vantajosa, tendo em vista que seguirá as mesmas garantias do Judiciário estatal (autonomia administrativa e financeira, infraestrutura, estabilidade da coisa julgada do acordo homologado judicialmente etc.). Na mediação extrajudicial, eventualmente, o mediador pode não se sentir tão independente, em virtude de pressões externas (como no caso da mediação trabalhista).

Vale a pena buscar um paralelo entre a investidura dos magistrados e a escolha do mediador. Se os juízes são escolhidos por critérios meritocráticos ou políticos, os mediadores tendem a ser livremente adotados pelos controversos. Segundo o projeto

de Código de Processo Civil, o mediador “*poderá ser escolhido pelas partes de comum acordo*” (art. 146) e, se não houver acordo, distribuir-se-á o caso a um “*mediador entre aqueles inscritos no registro do tribunal, observada a respectiva formação*” (art. 146, parágrafo único). O anteprojeto exigia inscrição na Ordem dos Advogados e capacitação por entidade credenciada pelo tribunal (art. 137, § 1º/PLS 166), sendo esta limitação objeto de diversas críticas durante sua tramitação pelo Senado Federal, razão pela qual não está mais presente no texto em segundo turno parlamentar.

De qualquer forma, o projeto prevê a institucionalização judiciária de órgãos de mediação. Assumindo a natureza de auxiliares da Justiça (art. 129), estarão presentes em registro oficial e cadastrados (art. 147), desde que tenham sido capacitados por curso realizado por entidade credenciada pelo Judiciário (art. 147, § 1º).

Diante deste quadro, pode-se questionar: e se a mediação for conduzida por pessoa que não atende a estes requisitos, haverá nulidade? Vale lembrar que a sentença proferida por quem não é legalmente investido como magistrado mais do que nula, é inexistente, por infringir pressuposto processual de existência. Seria possível aplicar tal raciocínio ao mediador “não investido”?

Em princípio, a resposta seria negativa, pelo fato de que a mediação não encerra atividade decisória, e sim propulsora do diálogo. Por esta natureza, pode-se até mesmo questionar a imprescindibilidade de um registro oficial ou frequência a curso de capacitação reconhecido, se o mediador conseguir harmonizar as partes originariamente opostas com suas técnicas empíricas ou mesmo sua legitimidade perante os interessados. Nada impediria, entretanto, a hipotética propositura de uma ação com pedido anulatório, se houver suspeita de vício de vontade na celebração do acordo.

Caso semelhante ocorre com a imparcialidade. Segundo o parágrafo primeiro do art. 144 do PL nº 8046/2010: “*a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da neutralidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade e da informalidade*”. Cumpre destacar que

---

**Volume 2 - Número 2**

independência aqui não está no sentido orgânico da separação constitucional das funções estatais, e sim na garantia de equidistância em relação aos contendores. Neste sentido, o projeto de futuro Código de Processo Civil estende os motivos de impedimento e suspeição tradicionalmente atribuídos ao juiz para o mediador (art. 128, V).

No que se refere à mediação extrajudicial, o art. 4º, § 1º/PLS 517 assim dispõe: *“além de todas as hipóteses legais de impedimento de juízes e árbitros, o mediador deve afastar-se da condução do caso sempre que tenha conhecimento de qualquer fato ou circunstância que possa dificultar sua imparcialidade na condução da mediação”*; com a ressalva de ser mantido se houver concordância das partes (art. 4º, § 1º).

Se é certo que a imparcialidade é uma garantia fundamental (para se assegurar o processo justo, igualitário e contraditório), de outra forma merece ser vista a mediação. Nesta o contato humano é fundamental em diversas situações, e algumas vezes a confiança é obtida justamente pela proximidade com as partes, daí não ser adequado aplicar hermeticamente a lógica jurisdicional do distanciamento.

Talvez o desafio seja a aproximação sem benefícios, de forma que ambos se sintam confortáveis com a mediação e não desconfiem de eventual favorecimento ao adversário durante o procedimento. Neste caso, para se preservar a garantia de imparcialidade (não apenas no processo decisório, mas incluir também o acordo produzido pela mediação), hipoteticamente também seria possível a anulação do termo por vício de vontade.

### **3.2. Publicidade**

A literatura jurídico-processual brasileira e internacional costuma associar a publicidade à democracia na prestação jurisdicional ou a um eventual controle externo

da atividade judicial. Entretanto, é importante compreender o exato sentido do conceito de publicidade, sob pena de se confundi-lo com propaganda de atos oficiais ou, por outro lado, sacralizarmos-la sem a devida preservação de outros direitos fundamentais.

No século passado, destacava CHIOVENDA (1942, p. 88-89) que a publicidade seria um princípio que tanto poderia ser entendido como a possibilidade de os terceiros assistirem às atividades processuais, como o direito de as partes examinar as produções do adversário e presenciar alguns atos judiciais. Em outros termos, conforme o contexto da época, a clivagem sugerida pelo jurista italiano documenta uma realidade passiva das partes e terceiros, espectadores da decisão judicial construída autoritariamente.

A transição da legitimidade racional-burocrática pelo procedimento em contraditório demanda uma nova concepção de publicidade. Se, na pós-modernidade e nos Estados Democráticos de Direito, é contestada a sobrevivência do modelo autoritário da sentença imperativa, nada mais sensato do que se adaptar o processo a um sistema mais aberto e dialógico. Com isso, não apenas a oralidade ganha força como técnica de se legitimar a composição judicial do conflito, como a publicidade se torna indispensável para que se tenha um processo efetivamente democrático.

Assim, a publicidade é tida no processo jurisdicional tanto como garantia de controle da atividade judicial (vigiando eventual autoritarismo na restrição ao livre acesso às informações contidas nos autos) (ARAGÃO, 1998) como meio de se legitimar a decisão. Entretanto, em alguns momentos surge o conflito entre publicidade e preservação da intimidade, justificando os casos que tramitam em segredo de justiça. Além disso, também merece destaque o novo cenário trazido com o processo eletrônico, que amplia o acesso à informação e, como já observavam PELLEGRINI, DINAMARCO & CINTRA, *“toda precaução deve ser tomada contra a exasperação do princípio da publicidade. Os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo”* (1990). A publicidade excessiva, como vem ocorrendo hodiernamente e se ampliará com a inserção do

---

**Volume 2 - Número 2**

Processo Eletrônico em nosso sistema processual, viola princípios constitucionais de relevante importância, como o da intimidade e o da própria personalidade.

Ao lançarmos isto para a mediação, alguns pontos merecem ser relativizados. Se no processo judicial a publicidade dos atos judiciais é regra, na mediação vige o princípio da confidencialidade, tanto no campo judicial (art. 144/PL nº 8046/2010) como no extrajudicial (art. 3º, V/PLS 517), sendo dever do mediador informar isto às partes (art. 9º, § 3º/PLS 517). Apenas excepcionalmente se permite a dispensa da confidencialidade: vontade das partes; presença do Poder Público na qualidade de parte ou terceiro interveniente; ou quando o mediador tiver informações acerca de um crime ou da iminência de um crime (art. 9º, § 1º /PLS 517).

Esta preocupação é fundamental para o sucesso da mediação. O que legitima este procedimento não é o controle social de sua produção, e sim o sucesso de se conhecer o conflito submerso e a composição amigável. Para tanto, as partes devem se sentir à vontade para se expor perante um terceiro estranho, o que dificilmente ocorreria se soubessem que seus dramas íntimos ou negócios privados viessem a cair em domínio público.

Portanto, não há que se falar em violação à garantia da publicidade, se for a mediação sigilosa. Isto integra sua natureza, e pensar de forma diferente fatalmente a esvaziaria e a tornaria improdutiva. Entretanto, se tomarmos por publicidade a construção de um espaço público de deliberação, certamente este conceito se adequaria ao procedimento: a mediação é dialógica, daí atender a este propósito.

### **3.3. Princípio da Inafastabilidade**

O art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída da apreciação do Judiciário. O texto

---

**Volume 2 - Número 2**

revela o princípio da inafastabilidade do Judiciário, ou seja, consagra o direito subjetivo de ação e afirma o monopólio estatal da jurisdição.

Com a instituição da Lei da Arbitragem muito se discutiu se haveria uma violação ao princípio, porque da análise do art. 267, VII, do CPC, o feito será extinto sem julgamento de mérito. Diante da extinção sem resolução de mérito, para adotarmos a nova linguagem do CPC, poder-se-ia afirmar que o legislador infraconstitucional expurgou da apreciação do Judiciário as questões envolvendo a arbitragem.

Ocorre, contudo, que a redação da inafastabilidade do Judiciário deve ser entendida como o amplo direito de acesso à justiça e a convenção da arbitragem é uma faculdade conferida às partes. Não existe qualquer inconstitucionalidade no texto legal, quer seja no CPC, quer seja na Lei de Arbitragem, até mesmo porque somente se poderá convencená-la quando se tratar de direitos indisponíveis.

No caso da mediação, de nenhuma forma pode-se pensar em violação da garantia da inafastabilidade. A uma, por não se tratar de procedimento voltado à decisão imperativa. Em segundo lugar, pelo fato de ser ato de vontade, de livre opção das partes. E, finalmente, por poder se integrar à atividade jurisdicional estatal.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

É possível afirmar que a vida social gera suas próprias relações. Assim sendo, nosso Poder Judiciário não se encontra preparado, hoje, para lidar com a multifacetada lógica da economia e da vida globalizadas. Nesta perspectiva, o tempo do processo judicial não se coaduna com o do mercado, tempo este da simultaneidade. Logo, abrem-se as brechas para a necessidade de implementação de procedimentos jurisdicionais alternativos, como a conciliação, negociação, arbitragem e a mediação, visando alcançar rapidez, informalização e pragmatidade.

Porém, há a tendência cultural, na explicação de José Murilo de Carvalho (2004), de confundir cidadania com *estadania*. Nesta, a sociedade se molda a partir da vontade do Estado, em profundo contraste com a verdadeira essência do termo cidadania. Como reflexo, temos a postura instalada em nossa sociedade civil organizada de que cabe somente ao Estado, através do Judiciário, a solução dos conflitos.

A sociedade aprendeu a levar os conflitos para os tribunais. Com as leis aprendeu a evitar a violência, a guerra e a cobrança de seus interesses, necessidades e direitos, com as próprias mãos. Mas esqueceu como resolver conflitos em meio a estas mesmas necessidades e interesses, delegando poderes que só ela por si pode exercer. Esqueceu como conquistar e administrar a paz.

Frente a esta realidade, a solução que vem sendo proposta pelo Estado seria, ao invés de criar movimentos alternativos ao judiciário estatal, conduzir reformas no processo a fim de que estes consensos sejam atingidos dentro do mesmo, ou seja, que a flexibilização pretendida ocorra dentro do próprio Judiciário.

O risco assumido ao enveredar por esse caminho é o de restringir a aplicação do instituto alternativo a somente um nicho do mercado, como aconteceu com a arbitragem. Esta, por questões culturais, teve sua utilização condicionada às relações empresariais, originalmente mais dependentes de uma ideologia global do que nacional, fatalmente optantes por abrir mão de um Judiciário lento, caro e imprevisível.

Outro aspecto de vital importância é a cultura adversarial que de certo modo impregna os profissionais do Direito ainda durante sua formação, nas escolas, universidades, cursos jurídicos, dentre outros. Essa postura, proveniente de uma educação jurídica clássica e obsoleta, calcada na pura falta de informação, mostra-se em total desacordo com a tendência mundial da desjudicialização dos conflitos, e certamente é um dos fatores que obstam a eficiente consolidação das formas extrajudiciais de solução de controvérsias, em nosso país.

No Brasil, a recomendação das formas alternativas de conflitos já pode ser constatada dentro do Direito do Trabalho, das disposições do Sistema de

---

**Volume 2 - Número 2**

Financiamento Imobiliário, e igualmente dentro das disposições dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dentre outros exemplos.

Conforme todo o exposto, urge que se movimente a sociedade no sentido de assumir a discussão sobre as benesses da mediação, a fim de que esta obtenha finalmente seu espaço, incitando-se, assim, a legitimação do instituto pelo Estado.

A proposta apresentada pela mediação converge no sentido da teoria habermasiana, como meio hábil que possibilita a emancipação do indivíduo e da comunidade na qual se insere, insurgindo nos sujeitos a responsabilidade pela solução de suas próprias demandas, fortalecendo seus princípios de cidadania, bem como, ao propor o deslocamento do paradigma da relação adversarial para uma relação dialógica, rumo ao objetivo primordial da pacificação social.

É preciso forçar uma conscientização a favor da responsabilidade de fazer o direito e os remédios legais refletirem a real necessidade da sociedade e do atual momento histórico. Não há mais como se render ao injustificado temor do sistema dominante de perder as rédeas do controle, é urgente que se efetive o dever de encontrar alternativas que respondam às demandas sociais.

Nesta lógica, os mecanismos da oralidade, informalismo e conciliação, presentes na mediação, se coadunam fazendo frente à concretização de novos direitos, aproximando a justiça de seus demandantes, permitindo o exercício da cidadania.

Quando o Judiciário atua, este processa um conflito social, mas não significa, necessariamente, que sane uma relação social. Este ato apenas encerra uma relação, mas não impede que outras tantas semelhantes apareçam posteriormente. Assim, ele funcionaliza os dissensos, mas não a própria vida. A paz do direito pode até vir a funcionar pela capacidade coercitiva da atividade jurisdicional, mas isto não significa que as partes estejam satisfeitas, nem que a essência do conflito tenha sido solucionada. Não pode restar ao direito o simples alívio de um sintoma, enquanto o verdadeiro mal ainda persistir.



Assim, não resta dúvida quanto à importância da mediação para a política judiciária brasileira. Entretanto, merece ser amadurecida a sua potencial judicialização, sob pena de se legitimar um método que possa vir a infringir direitos fundamentais. Tendo o sistema constitucional brasileiro assumido o paradigma garantístico, torna-se inevitável buscar estender o conceito de processo justo a outros procedimentos que não essencialmente judiciais, como ocorreu com a arbitragem e as comissões de conciliação prévia trabalhistas.

Ocorre que, ao contrário destes exemplos, a mediação não surge como substitutivo da jurisdição estatal: ao contrário, merece ser vista como um método integrado ao Sistema de Justiça (que não se limita ao Judiciário tradicional). Cuida-se do reconhecimento de que determinados conflitos podem e devem ser compostos com uma técnica diferenciada, mais humanizada e menos formalista, daí a importância de se estimular políticas públicas de ampliação de sua utilização.

A processualização da mediação, assim, merece ser adotada com bastante cautela, sob pena de se sufocar o instituto. Não se pode perder de vista de que as garantias processuais, num primeiro momento, se justificam como proteção de abusos autoritários de um poder estatal. E a mediação é essencialmente dialógica, horizontal: não se enquadra em sua natureza rompantes imperativos, verticalizados.

Conforme foi visto, é possível vislumbrar garantias como do “juízo” natural, publicidade e inafastabilidade; mas sempre se respeitando as características intrínsecas da mediação. Se a arbitrariedade é um mal, o formalismo excessivo e desproporcional também o é.

## **LA MEDIACIÓN EN EL MOLDE DEL PROCESO CONSTITUCIONAL: UNA ANÁLISIS MÁS ALLÁ DE LA SEGURIDAD JURÍDICA**

### **RESUMEN**

La mediación, conforme está siendo propuesta, en la medida en que se processualiza (delante de potencial reglamentación), también debería sujetarse al “garantismo procesal” o, al contrario, su naturaleza imposibilitaría tal control? De hecho la mediación atendería al ideal de solución legitimada por el procedimiento dialógico, en conformidad con la visión habermasiana, lo que podría venir a ser perjudicada por la reglamentación excesiva. Cumple destacar ser una cuestión que merece el análisis constitucional porque, además de la Ley Mayor brasileña prever en su preámbulo el compromiso republicano con la “solución pacífica de las controversias”, hay un sistema amplio de formalidades para atenderse al ideal de proceso justo.

**PALABRAS-CLAVE:** Proceso Justo; Garantías Constitucionales; Mediación; Acceso a la Justicia; Eficacia.

## REFERÊNCIAS

ALVIM, J. E. Carreira. **Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional**. In: *Doutrina*, v. 1. Rio de Janeiro: ID-Instituto de Direito, 1996

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Arbitragem e o Poder Judiciário: convergências e divergências**. in: 1º Seminário Internacional sobre Direito Arbitral. Belo Horizonte: Câmara de Arbitragem de Minas Gerais. 2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBOSA. Águida Arruda. **Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário**. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro*. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte. 2006.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. *Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos: Mapeamento nacional de programas públicos e não governamentais*. Disponível em <<http://www.mj.gov.br-services-DocumentManagement-FileDownload.EZTSvc.asp?DocumentID={EA52A210-8F54-40EB-9165-2DEB2129A2FA}&ServiceInstUID={74528116-88C5-418E-81DB-D69A4E0284C0}>>>.

CALMON FILHO, Petrônio. "O conflito e os meios de sua solução". In: *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. "Acesso à Justiça como programa de reforma e como método de pensamento" *in* **Processo, ideologias e sociedade**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed., 2008, p. 389-390

CAPPELLETTI, Mauro. **Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça**. In: *Revista de Processo* nº 74, p. 82-97, 1994.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

CHASE, Oscar G. Law, **Culture and Ritual**. Nova York: New York University Press, 2005.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1942.

COUTINHO, Sérgio. **A recepção como 'pragmática argumentativa'** – uma visita ao conceito pelo olhar habermasiano. In: *Perspectiva Teológica* n. 37. 2005.

DAMASKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority**. Yale: University Press, 1986. RIBEIRO, Paulo Jorge & STROZENBERG, Pedro). Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

DURKHEIM, Émile. "Da divisão do trabalho social. In: **Os Pensadores: Émile Durkheim**. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

FIUZA, César. **Teoria Geral da Arbitragem**. Belo Horizonte: Del Rey. 1995.

FISS, Owen. “Contra o acordo”, in: **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, Constituição e sociedade (trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melida de Medeiros Rós). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Leonardo. “A reforma do Poder Judiciário e o acesso à Justiça”. In: **Estudos de direito processual**, p. 583-621.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. In: **Revista de Processo** nº 164.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Deformalização do processo e deformalização das controvérsias”. In: **Novas tendências do direito processual**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 175-204.

GUERRA FILHO, Willis Santiago . **Teoria da Ciência Jurídica**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre facticidade e validade. vol. II. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2003.

HAYNES, John M.; MARODIN, Marilene. *Fundamentos da Mediação Familiar*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do Processo Civil**. São Paulo: Malheiros. 2000.

MEIRELLES, Delton R. S. **Meios alternativos de resolução de conflitos**: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?. In: *Revista Eletrônica de Direito Processual* nº 01, p. 70-85. Disponível em [http://www.revistaprocessual.com-REDP\\_1a\\_30dezembro2007\\_RJ.pdf](http://www.revistaprocessual.com-REDP_1a_30dezembro2007_RJ.pdf)

## Volume 2 - Número 2

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. "Inafastabilidade da prestação jurisdicional". In: **Estudos de direito processual** (coord. MARINONI, Luiz Guilherme). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 92-99.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. "Privatização do processo?". In: **Temas de Direito Processual: 7ª série**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2001.

OSTERMEYER, Melinda. *Realizar La Mediación*. In: DUFFY, Karen Grover; GROSCH, James W; OLCZAC, Paul V. **La Mediación y sus contextos de aplicación – una introducción para profesionales e investigadores**. Buenos Aires: Paidós. 1996.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **A Reforma do Estado dos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle**. Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, 1997.

PINHEIRO, Armando Castelar. "Impacto sobre o crescimento: uma análise conceitual". In: **Judiciário e Economia no Brasil**. São Paulo: Sumaré, 2000, p. 19-73.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. "Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos". In: **Acesso à Justiça e efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Teoria geral da mediação à luz do projeto de lei e do direito comparado**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008

RENAULT, Luiz Otávio Linhares. *Das comissões de conciliação prévia: entre a penumbra e a luz*. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; Viana, Márcio Túlio. **Comissões de Conciliação Prévia: quando o direito enfrenta a realidade**. São Paulo: LTr, 2003.

ROTH, André-Noel. *O Direito em crise: fim do Estado Moderno?* in: FARIA, José Eduardo. **Globalização econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros. 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 10ª ed. São Paulo: Cortez, 2005.

---

**Volume 2 - Número 2**

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SERPA, Maria Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SILVESTRI, Elisabetta. "Osservazioni. In: tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie". In: **I metodi della giustizia civile**. Padova: Cedam, 2000.

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

WARAT, Valéria. **Mediação e psicopedagogia: um caminho para construir**. in: WARAT, Luiz Alberto. *Em nome do acordo – a mediação no direito*. 2. ed. Argentina: Almed. 1999.