

A JURISDIÇÃO E A MEDIAÇÃO: DA AUTORIDADE À AUTONOMIA

JURISDICTION AND MEDIATION: FROM THE AUTHORITY TO AUTONOMY

Marcela Rodrigues Souza Figueiredo¹

Fabiana Alves Mascarenhas²

Resumo: O presente artigo pretende fazer uma análise sintética das crises estrutural e paradigmática pelas quais passa o poder Judiciário, para contextualizar a (re) descoberta dos métodos alternativos de resolução de conflitos, identificando ao final a Mediação como uma das formas de seu enfrentamento. Partindo-se do pressuposto da influência da dimensão simbólica e da apropriação da realidade pelo Direito e dos procedimentos praticados em contraditório (que acirram a disputa) na solução dos conflitos e suas consequências para os cidadãos, tenta-se defender a Mediação como um instrumento de emancipação do sujeito e de construção da cidadania, através do exercício da autonomia, garantindo-se acesso a uma justiça mais adequada para cada caso.

Palavras-chave: Jurisdição; Mediação; Cidadania; Autonomia

Abstract: This article seeks to make a synthetic analysis of structural and paradigmatic crises undergone by the Judiciary, to contextualize the (re) discovery of alternative methods of conflict resolution, identifying mediation as one of the ways of coping with. Starting from the assumption of the influence of the symbolic dimension of reality and of the appropriation by

¹ Advogada das áreas de Direito de Família e das Sucessões do Núcleo de Prática Jurídica Evandro Lins e Silva da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas do Grupo Ibmecc – Rio. Mediadora em capacitação pelo *Mediare* com atuação do Fórum Regional da Barra da Tijuca da Comarca do Rio de Janeiro. Mestranda em Ciências Sociais e Jurídicas do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/ UFF – Niterói/RJ. Professora. (marcelafigg@hotmail.com)

² Mestranda em Ciências Sociais e Jurídicas do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense – PPGSD/UFF. Bolsista CAPES. Pesquisadora do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais – LAFEP/ UFF – Niterói/RJ. Mediadora Judicial do TJ/RJ (famascarenhas@live.com)

the law and its procedures practiced in contradictory (which acirram the dispute) in the solution of conflicts and their consequences for citizens, this article tries to defend mediation as a tool emancipation of the person and the construction of citizenship, through the exercise of autonomy, guaranteeing access to a justice most appropriate to each case.

Key words: Jurisdiction; Mediation; Citizenship; Autonomy

Sumário: 1. Introdução; 2. A crise por que passa o poder judiciário: breve análise sob a perspectiva do aumento da litigância; 3. A crise do paradigma epistemológico do Direito. 4. Diferenças entre a jurisdição e a mediação na perspectiva de uma justiça participativa; 5. A mediação como instrumento de emancipação do cidadão através do estímulo ao diálogo e do exercício da cidadania; 6. Considerações finais; 7. Referências bibliográficas

1. INTRODUÇÃO

Os métodos alternativos de resolução de conflito (ADRs) cada vez mais ganham espaço no cenário jurídico brasileiro e internacional, o que pode demonstrar a inadequação do poder judiciário para solução de determinados casos que surgem da complexidade dos novos tempos que demandam novas formas de manejo dos conflitos. Esta inadequação é característica de uma dupla crise enfrentada pelo poder judiciário: na sua esfera estrutural, quando não consegue dar conta da alta demanda provocada pelo aumento da litigiosidade; e na esfera paradigmática do próprio Direito, quando o mesmo não consegue responder satisfatória e eficientemente às demandas sociais.

A mediação de conflitos é uma das formas alternativas de resolução de conflitos não adversariais e aparece como proposta de enfrentamento desta crise a partir da análise de seu potencial democrático na medida em que permite a criação de um espaço público propício para a prática dialógica, através do verdadeiro exercício da autonomia da vontade.

O presente artigo analisa sinteticamente a crise do Poder judiciário nas suas esferas estrutural e paradigmática, apresentando em seguida uma nova forma de gerenciamento dos conflitos através da mediação. A mediação teria função educativa e não coercitiva, sendo considerada um processo pedagógico de autonomização do sujeito. A execução dos seus acordos seria realizada não através da força institucionalizada, mas de forma espontânea, uma vez que expressão da genuína autoria das partes, e, portanto, emancipatória, pois permite a

construção coletiva do que é justo, o que seria uma representação mais fiel da realidade antes apropriada pelo Direito.

2. A CRISE POR QUE PASSA O PODER JUDICIÁRIO: BREVE ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA DO AUMENTO DA LITIGÂNCIA

A crise do poder judiciário, aqui encarada sob a perspectiva do aumento da litigância, passa por seu protagonismo social e político, ou seja, pelo momento em que o centro de decisões do Poder Legislativo e Executivo desloca-se para o Judiciário. Antes, na maior parte do século XX, mais notadamente na construção dos Estados Latino Americanos, o juiz era considerado mero aplicador da lei e parte do aparato burocrático do Estado, por ele controlado.

A proeminência do Sistema Judicial sobre os outros poderes deve-se muito ao papel que o mesmo começou a desempenhar a partir de uma nova estratégia hermenêutica constitucional de efetivação dos direitos dos cidadãos, passando assim a garantir a efetividade dos direitos previstos na constituição e não cumpridos pelo legislativo e executivo. Este protagonismo dos tribunais passou a ser visto não só nos países latino americanos, mas também nos europeus, africanos e asiáticos a partir do final de 1980 e para Boaventura,

não se dirige necessariamente ao favorecimento de agendas ou forças políticas conservadoras ou progressistas, assentando-se antes num entendimento mais amplo e mais aprofundado do controlo da legalidade, apostando, por vezes, na constitucionalização do direito ordinário como estratégia hermenêutica de um garantismo mais ousado dos direitos dos cidadãos (...) e manifesta-se sobretudo em três campos: no garantismo de direitos, no controle da legalidade e dos abusos do poder e na judicialização da política.¹

De certo, em linhas gerais, a proeminência do Poder Judiciário se liga ao desmantelamento do Estado Intervencionista por duas vias, ainda de acordo com Boaventura²: para atender um novo modelo de desenvolvimento assentado nas regras de mercado e nos contratos privados que necessitam sejam cumpridos e que tenham estabilidade, o judiciário precisa ser rápido, eficaz e independente; e uma maior procura do poder judiciário por conta da precarização dos direitos econômicos e sociais.

Assim, através de um protagonismo judicial, permite-se a passagem e a permanência do modelo de desenvolvimento neoliberal, de forma que:

A tarefa fundamental do sistema judicial é garantir a certeza e a previsibilidade das relações jurídicas, clarificar e proteger os direitos de propriedade, exigir o cumprimento das obrigações contratuais etc. O sistema judicial é responsável por prestar um serviço

equitativo, ágil e transparente. Consequentemente deve-se reformar tendo em vista atingir o consenso global. A reforma judicial passa a ser um componente essencial do novo modelo de desenvolvimento e a base de uma boa administração.³

No entanto, o discurso neoliberal do fundamentalismo do livre mercado contaminou o Poder Judiciário⁴, o qual deveria assegurar

a criação de um modelo processual que não oferecesse perigos para o mercado, com o delineamento de um protagonismo judicial muito peculiar, em que se defenderia o reforço do papel da jurisdição e o ativismo judicial, mas não se assegurariam as condições institucionais para o exercício ativo de uma perspectiva socializante ou, quando o fizesse, tal não representasse um risco aos interesses econômicos e políticos do mercado e de quem o controla.⁵

Desta forma, as grandes reformas por que passou o poder judiciário visavam a uma maior produtividade e celeridade, que, apesar de defendidas em nome de princípios processuais constitucionais e de viés socializador, objetivavam a busca de um processo célere e funcional que garantisse a defesa da propriedade privada e a liquidez e segurança de interesses econômicos. Se o judiciário já se encontrava inchado, por conta do papel que desempenhava de prevalência sobre os demais poderes no Estado democrático de Direito, a resposta para a crise se daria através de reformas que visavam à celeridade e à produtividade, mas que negligenciavam a efetividade social dos procedimentos, em nome de uma eficiência administrativa, desafogando assim o judiciário.

Como já salientado, a prevalência do Poder Judiciário sobre os demais poderes, ao permitir a proteção de direitos e garantias fundamentais negligenciados e precarizados pelas outras esferas públicas, gera consequentemente uma explosão da litigiosidade. Assim, a litigância, além de fazer parte da cultura específica de um povo, está ligada ao nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação. Isto quer dizer que políticas sociais não executadas ou deficientes podem se transformar num motivo de procura do Judiciário.

No entanto, ao se verificar um descolamento de legitimidade do Estado, que passa do Poder Executivo e do Poder Legislativo para o Poder Judiciário, criam-se expectativas elevadas a respeito do sistema judicial, fazendo com que se espere que o mesmo resolva os problemas que o sistema político não consegue resolver. Ocorre que

a criação de expectativas exageradas acerca das possibilidades de o judiciário ser uma solução é, ela própria, uma fonte de problemas. Quando analisamos a experiência comparada, verificamos que, em grande medida, o sistema judiciário não corresponde à expectativa e, rapidamente, de solução, passa a problema. Acresce que, se as expectativas forem muito elevadas, ao não serem cumpridas, geram enorme frustração.⁶

Tal frustração pode levar inclusive à descrença no papel do Direito vigente na construção da democracia, sendo aqui a crise vista em seu aspecto epistemológico, que mais a frente iremos analisar.

Por outro lado, o aumento da litigiosidade também se deve à conscientização dos cidadãos dos seus direitos e às chamadas ondas ou soluções de acesso à justiça, que se caracterizam pela assistência judiciária aos pobres (1ª onda ou solução), pelas reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para interesses difusos (2ª onda ou solução) e por uma concepção de acesso mais amplo à justiça, garantido pelo conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas (3ª onda ou solução).⁷

Dentro da terceira onda de acesso à justiça estão os métodos alternativos de solução de conflitos, dentre os quais, a mediação. A verdade é que, ao se solucionar o problema formal de acesso à justiça através da 1ª e 2ª ondas, ou seja, ao se garantir que o processo judicial seja acessível a seguimentos cada vez maiores da população, cria-se um novo problema, o de aumento da demanda, que a terceira onda de acesso vem solucionar e “esse é sem dúvida o preço do acesso à Justiça, o qual é o preço da própria democracia: um preço que as sociedades avançadas devem sentir-se dispostas a (e felizes em) pagar.”⁸ A questão que se coloca é como pagar esse preço.

Assim, percebe-se que o protagonismo judicial cria uma crise “autopoiética” uma vez que, por conta da ineficiência na execução de políticas públicas voltadas para a proteção de direitos e garantias fundamentais, as pessoas, impulsionadas pelas 1ª e 2ª ondas de acesso à justiça, recorrem com mais facilidade aos Tribunais, os quais, por sua vez, precisam dar conta do aumento da demanda através de soluções de lógica neoliberal que exigem um sistema judiciário rápido e eficaz, porém não eficiente socialmente, gerando, por fim, jurisdicionados insatisfeitos, mas que sempre retornam ao Judiciário, por conta de uma cultura litigante e paternalista, apoiada pelo próprio Estado. Os métodos alternativos de resolução de conflitos aparecem então para responder a uma dupla função da crise: resolver os conflitos de forma mais adequada, permitindo soluções mais efetivas e satisfatórias aos cidadãos e, (somente) por via de consequência, desafogar o Poder Judiciário.

3. A CRISE DO PARADIGMA EPISTEMOLÓGICO DO DIREITO

A crise por que passa o judiciário também pode ser analisada através da própria crise paradigmática do modelo clássico do direito positivo ocidental, modelo este originado em sua produção pelo Estado e que se origina de uma ideologia liberal, fazendo assim com que os juristas só consigam “‘pensar’ o problema a partir da ótica forjada no modo liberal-individualista-normativista de produção do Direito.”⁹ O que se observa atualmente é o esgotamento do paradigma existente, que enxerga o direito apenas como um conjunto orgânico e universalmente válido de normas institucionalmente reconhecidas, fazendo com que o Direito, na forma como é pensado e aplicado, não consiga dar, com eficácia, soluções aos novos problemas emergentes de uma sociedade cada vez mais complexa e de onde surgem discursos normativos rivais.¹⁰

De acordo com a dogmática jurídica reinante, o direito é entendido “em sua objetividade técnica e científica que busca ainda em verdades pré-definidas a essência das coisas”¹¹. Assim, a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio, possui como escopo objetivo idealizado e fictício a descoberta da verdade, uma verdade que não é outra coisa senão a implementação da cientificidade como argumento persuasivo.¹² A verdade é aquela ditada por um juiz elevado a arauto da moral da sociedade, quase um semideus, que diz o que é o certo e o errado, tudo em nome de uma segurança jurídica necessária para estabilização das relações sociais. Segundo Streck “a dogmática jurídica coloca à disposição do operador um *prêt-à-porter significativo* contendo uma resposta pronta e rápida”¹³, no entanto, muitas vezes inadequada. Isto porque a verdade descoberta pelo Direito é uma ficção, não correspondendo à realidade dos desejos dos sujeitos, pois é estudado e aplicado como um fenômeno puramente normativo, excluindo de sua tutela muitos conflitos sociais atuais, cuja solução não está positivada em lei. Neste mesmo sentido, entende Spengler, segundo a qual

“A procura da verdade, nos termos da ciência mecanicista, é, por si mesma, violenta. Traduz-se numa forma de manipulação do mundo e dos outros. Ninguém pode predizer o real, ninguém sabe o que vai acontecer; por isso, as verdades como momentos predizíveis do saber da ciência são uma ficção, mito destinado a satisfazer nossa criança insatisfeita e os lugares comuns do medo, com as quais pretendemos dotar ‘de sentido o sentido de nossa existência’ ”¹⁴

A cientificidade do Direito exige uma forma muito específica de tratamento dos conflitos, realizada através da subsunção, mecanismo lógico-formal de adequação da norma ao caso concreto e que garante segurança jurídica às relações. Tal regra limita o conflito àqueles casos em que o titular de um direito não consegue exercê-lo, seja porque o sujeito passivo descumpra uma obrigação a ele imposta (direito subjetivo) ou porque este mesmo sujeito não se sujeita espontaneamente ao direito de seu titular (direito potestativo). Ou seja, o

conflito só tem relevância jurídica se houver meios legais de solucioná-lo. Dentro da lógica moderna, que se fundava na certeza, nas padronizações, nos modelos, num pensamento sistemático lógico-dedutivo, “os meios para resolvê-lo orientavam-se pelos mesmos paradigmas, utilizando a força, a ordem, o julgamento e arbítrio dicotômico e sentenciador do que estava certo e do que estava errado”.¹⁵

A complexidade das relações sociais, característica dos novos tempos, impele que se revejam tais paradigmas porque insuficientes para fazer frente aos conflitos que dali emergem. Novas demandas sociais exigem a reformulação de paradigmas, através da releitura do conflito. Neste sentido, o juiz André Gomma de Azevedo assevera que “(...) em muitos casos, o processo, ao tratar exclusivamente daqueles interesses juridicamente tutelados, exclui aspectos do conflito que são possivelmente tão importantes quanto ou até mais relevantes do que aqueles juridicamente tutelados”.¹⁶ Isto porque “a nossa cultura privilegiou o paradigma ganhar-perder, que funciona com uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam opções possíveis”.¹⁷ Ou seja, dentro de tal lógica, os conflitos são acirrados pela ineficiência da forma de manejá-los, que não permite a coexistência de interesses por ter sempre uma parte que busca vencer a disputa, através da competição da melhor verdade, que é ditada pelo Juiz.

Quando o conflito é tratado longe da fórmula silogística, permite-se um acesso à justiça material, um tipo de acesso mais amplo, um acesso que muda a própria “justiça a que se tem acesso.”¹⁸ E este acesso pode vir através de uma nova forma de se pensar e aplicar o Direito.

Deve-se assim pensar o Direito dentro de uma concepção contextual, segundo o qual seu componente normativo não é negado, mas considerado como um elemento, não o principal, sendo este o povo, com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos de forma que

Em vez de uma concepção unidimensional, pela qual o direito e a ciência jurídica se limitam à declaração de normas, afirma-se uma concepção tridimensional: uma primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão reflete a resposta ou solução jurídica, por sinal uma resposta que, além das normas, inclui as instituições e processos, destinados a tratar daquela necessidade, problema ou exigência social; enfim, uma terceira dimensão encara os resultados, ou o impacto dessa resposta jurídica sobre a necessidade, problema ou exigência social.¹⁹

Assim, dentro desta nova concepção, interessa-nos saber, para além de quais as necessidades, problemas ou exigência se demanda socialmente, que tipo de resposta ou solução se dará para a resolução dessas necessidades, problemas ou exigências sociais e o

impacto destas respostas ou soluções. Uma vez identificadas as necessidades, problemas ou exigências sociais, faz-se necessário garantir acesso a essas demandas, ultrapassando os obstáculos que o impede. Dentre os obstáculos mencionados por Cappelletti²⁰, o que nos interessa é o de ordem processual segundo o qual para alguns tipos de conflitos, o tradicional processo litigioso em Juízo pode não ser o melhor caminho para a proteção efetiva dos direitos, de forma que há de se buscar alternativas, ou métodos mais adequados aos juízos ordinários e aos procedimentos usuais, que garantam um manejo do conflito tal que permita que as demandas tradicionais ou novas demandas sejam tratadas de maneira mais satisfatória e com resultados mais eficientes. Dentro deste contexto, se vislumbram o que se convencionou chamar de ADRs (Alternative Dispute Resolution) ou Resolução Alternativa de Conflitos, dentro do qual se encontra a Mediação. Mas quando falamos de método alternativo de resolução de conflitos, precisamos definir o sentido da palavra *alternativo*: se ela tem conotação de substitutividade, por total ineficiência do método tradicional de resolução de conflitos (jurisdição); se significa que é concorrente à jurisdição, por disputarem o mesmo espaço de resolução de conflitos; ou se quer dizer que tais métodos complementam a atividade jurisdicional, pois responderiam às novas conflitualidades sociais, não absorvidas adequadamente pela via tradicional de resolução de conflitos.

Entendemos que a palavra “alternativo” deva ser encarada no seu terceiro significado, de forma que as ADRs sejam formas complementares à Jurisdição, de maneira que, apesar de serem métodos extrajudiciais, pudessem inclusive ser inseridas no quadro de uma política judiciária²¹. Assim, vislumbrar-se-ia um sistema judiciário multiportas²², através do qual se disponibilizaria aos interessados diversos meios de resolução de conflitos, sendo escolhido aquele mais adequado ao seu caso²³.

Somente desta forma poderíamos ter um verdadeiro acesso à justiça, uma vez que, de acordo com Watanabe²⁴, uma ordem jurídica justa é aquela que é adequada, tempestiva e efetiva. A mediação assim concretiza o acesso à justiça defendida por Watanabe, pois é: *adequada*, uma vez que é livremente escolhida pelas partes que a elegem como método de resolução de seu conflito, sendo ela a mais apropriada na percepção dos mesmos; é *tempestiva*, porque acontece no tempo das partes e se amolda a elas; e é *efetiva*, pois o acordo celebrado tem muito mais potencialidade de ser cumprido espontaneamente pelas partes por traduzir a vontade genuína delas, por cuja efetividade responsabilizam-se mutuamente.²⁵

4. DIFERENÇAS ENTRE A JURISDIÇÃO E A MEDIAÇÃO NA PERSPECTIVA DE UMA JUSTIÇA PARTICIPATIVA

Regra geral, existem duas categorias de resolução de conflitos: os processos adjudicatórios e os processos consensuais. A adjudicação é o modo através do qual o conflito é resolvido por um terceiro imparcial, que emite um juízo de valor sobre uma situação concreta caracterizada por interesses contrapostos das partes, cuja vontade substitui. Assume, basicamente, a forma ou de arbitragem ou de jurisdição.

A arbitragem, que é um método de resolução de conflitos alternativo ao Poder Judiciário, se caracteriza pela presença de um terceiro (árbitro), escolhido pelas partes que divergem sobre um direito de cunho patrimonial, que elaborará um laudo resolvendo o litígio, sendo a decisão impositiva.

A outra forma de adjudicação é a Jurisdição, que é monopólio do Estado, e se caracteriza pela presença de um terceiro imparcial, o juiz, que representa o próprio Estado no exercício do seu poder jurisdicional e que, uma vez provocado, decidirá qualquer conflito de interesse cuja resolução lhe seja confiada²⁶, sendo a decisão, além de impositiva, coercitiva e auto executável.

Ocorre que apenas a jurisdição é monopólio do Estado, não a resolução dos conflitos.²⁷ Isto porque a jurisdição pode ser considerada, na verdade, uma atividade secundária, sendo inicialmente das partes o dever de resolver seus conflitos, intervindo o Estado apenas quando estes não forem bem sucedidos. Assim, a principal forma de resolução de conflitos seria a negociação; a “alternativa”, a jurisdição.²⁸ Neste sentido,

“É porque o homem não mostrou suficiente habilidade no diálogo direto para administrar suas diferenças, que a força passou a ser um norteador de negociação. É porque a força mostrou suas conseqüências para a convivência, que o homem criou as leis. É porque as leis não dão conta das controvérsias, tanto em relação à sua complexidade de composição quanto ao tempo desejado para sua resolução, que o homem retoma a negociação direta, assistida por terceiros, características dos meios chamados alternativos”.²⁹

Aqui cumpre destacar que a própria Lei Brasileira prevê em diversos atos normativos que haja estímulo às práticas não-adversariais de resolução de conflito antes da instauração do procedimento judicial ou antes que haja a prolação de sentença³⁰, reconhecendo e priorizando a autonomia da vontade como verdadeira e primeira forma através da qual os conflitos devem ser resolvidos.

O art. 4º, V, da Lei n. 8.078/90 que institui o Código de Defesa do Consumidor preceitua que:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:
(...)
V- incentivo à criação pelos fornecedores de meios eficientes de controle de qualidade e segurança de produtos e serviços, assim como de mecanismos alternativos de solução de conflitos de consumo;

A Lei n. 10.192/2001 que dispõe sobre as medidas complementares ao Plano Real assim prevê:

Art. 11. Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo.

O Código de Processo Civil, instituído pela Lei n. 5.869/73, também estimula práticas conciliatórias antes que o juiz decida o conflito, como se pode ver nos seguintes artigos abaixo transcritos:

Art. 125. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe:

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela rápida solução do litígio;

III - prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da Justiça;

IV - tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes.

Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir.

Art. 447. Quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado, o juiz, de ofício, determinará o comparecimento das partes ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação, nos casos e para os fins em que a lei consente a transação.

Art. 448. Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Art. 449. O termo de conciliação, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá valor de sentença.

Da mesma forma, a Lei n. 9.099/95 que cria os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Estadual, estabelece em seu artigo 2º que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O que se percebe assim é uma (re) descoberta de formas de resolução de conflitos que não se limitam à atividade jurisdicional, através da sua incorporação “ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade.”³¹ Assim, ao lado dos processos adjudicatórios, temos os chamados processos consensuais, dentro dos quais temos a mediação de conflitos, que se caracteriza pela presença de um terceiro também imparcial que atuará como facilitador do diálogo entre as partes.

Na Mediação, não existe substitutividade da vontade das partes. Pelo contrário. Um dos escopos da mediação é a autonomia de vontade dos participantes. O mediador, regra geral, não sugere, não intervém no acordo, para que o mesmo possa ao final representar a genuína vontade das partes, e por esta, razão, ser espontaneamente respeitado por elas. Permite-se a criação de um espaço onde os cidadãos possam participar ativamente da construção de soluções aos seus conflitos.

Como vimos, no exercício de sua função jurisdicional, o Estado-Juiz decide quem tem razão através de verdades pré-determinadas pelas fontes do Direito. A construção assim da verdade formal só cabe ao Juiz, pela lógica mesma dos processos adjudicatórios. Ademais, os outros operadores do campo do direito também utilizam da mesma lógica, através de técnicas excessivamente persuasivas, e através de uma linguagem inacessível aos jurisdicionados que assistem a tudo como meros expectadores alienados. Grande parte da população tem muita dificuldade de entender o “mundo jurídico”, pois que apresentado de forma distinta da realidade concreta, pelo fato de possuir uma linguagem, ritos e procedimentos não compreensíveis para a população. E esta característica, segundo Bourdieu, nada tem de accidental, mas que é necessária para instituição do monopólio do Direito. Assim, a firma o autor que

“A constituição de uma competência propriamente jurídica, mestria técnica de um saber científico frequentemente antinômico das simples recomendações do senso comum, leva à desqualificação do sentido de equidade dos não especialistas e à revogação da sua construção espontânea dos factos, da sua ‘visão do caso’. O desvio entre a visão vulgar daquele que se vai tornar num ‘judiciável’, quer dizer, num cliente, e a visão científica do perito, juiz, advogado, conselheiro jurídico, etc., nada tem de accidental; ele é constitutivo de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos, de intenções expressivas, numa palavra, duas visões do mundo.”³²

A instituição do monopólio do Direito pelos profissionais é o que dá competência para controlar o acesso ao campo jurídico, definindo quais conflitos devem entrar nele e a forma como devem ser traduzidos e tratados para que se constituam em debates propriamente jurídicos. A apropriação da realidade pelo corpo de profissionais, - únicos detentores dos instrumentos necessários à construção desta - faz com que estes sejam

os únicos capazes de adoptar a postura que permite constituir esta situação em conformidade com a lei fundamental do campo. O campo jurídico reduz aqueles que, ao aceitarem entrar nele, renunciam tacitamente a gerir eles próprios o seu conflito (pelo recurso à força ou a um árbitro não oficial ou pela procura directa de uma solução amigável), ao estado de clientes dos profissionais.³³

Some-se a isto o protagonismo judicial que cria, muitas das vezes, um juiz com poderes interpretativos quase que ilimitados, dentro de uma ordem de valores por ele descoberta, o que faz com que adquira uma capacidade sobrehumana de

proferir uma decisão que ele repute a mais justa de acordo com a sua convicção e preferência (solipsismo metódico) segundo uma ordem concreta de valores, desprezando, mesmo em determinadas situações (hard cases), possíveis contribuições das partes, advogados, da doutrina da jurisprudência e, mesmo, da história institucional do direito a ser aplicado.³⁴

Tal característica do protagonismo judicial gera cidadãos infantilizados, pois que o Judiciário se eleva a pai e mãe de uma sociedade órfã³⁵, a espera que resolvam seus conflitos e lhe digam o que é o certo e o errado. Mas a cidadania assim corre perigo, como assevera Garapon:

Ao submetemos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que torna o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania.³⁶

Portanto, percebe-se que a Jurisdição, dentro de sua atual lógica, não permite a criação de uma justiça co-participativa, que garanta aos cidadãos gerir seus próprios conflitos, seja pela apropriação mesma da realidade pelos profissionais do campo jurídico, únicos que conhecem o direito e o procedimento jurídicos, segundo uma lógica hermética e inacessível aos jurisdicionados, distanciando-os do conflito; seja pela paternalização do Poder Judiciário. Por esta razão, deve-se estimular os meios autocompositivos, mais notadamente a mediação, “eis que abertos à produção da normatividade que se constrói nas relações concretas e à autolegislação, adequando a lei às inúmeras e fragmentadas realidades sociais”³⁷, de forma a que os cidadãos possam mais ativamente participar da criação do Direito, e da solução dos conflitos.

Especificamente, é na mediação de conflitos que se encontra um local apropriado para a construção da cidadania, através do estímulo do diálogo e de uma agir comunicativo. O

mediador, através de técnicas adequadas, estimula as partes para que encontrem soluções de benefício-mútuo, para além da existência de uma lei aplicável ao caso. Permite-se assim a emancipação do cidadão através do exercício da sua autonomia.

5. A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMANCIPAÇÃO DO CIDADÃO ATRAVÉS DO ESTÍMULO DO DIÁLOGO E DO EXERCÍCIO DA AUTONOMIA

Ante a evidência das diversidades culturais, sociais, econômicas e ao mesmo tempo daquilo que nos une: o fato de sermos humanos e de possuímos uma igual dignidade, faz-se necessário pensar em métodos de resolução de conflitos não mais pautados na luta ou na força, e sim, no diálogo. A Mediação então aposta numa estrutura dialógica, nos moldes do pensamento de Habermas, o que favorece a construção de consensos, através da formação discursiva da opinião e da vontade dos cidadãos. Neste sentido, “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 dos cidadãos que possuem os mesmos direitos.”³⁸

O conflito não é visto como algo negativo, mas como uma possibilidade de mudança e de oportunidade de amadurecimento das relações. É uma lógica completamente diversa da forma como os conflitos são encarados pelo Poder Judiciário. Dentro do paradigma jurídico atual, o conflito reflete algum distúrbio ou quebra da ordem social que deve ser, por isso, eliminado. Muitas vezes, a resolução do conflito põe fim à lide processual, mas não ao conflito subjetivo, que muitas vezes é acirrado, tendo em vista que a Jurisdição trabalha com uma forma binária de resolução de conflitos, com vencedores e vencidos, e com o apontamento da melhor verdade e de quem está certo e de quem está errado.

Ao contrário, o estímulo ao diálogo realizado na mediação permite que os envolvidos abram mão da certeza e admitam o novo através de uma escuta que possibilite considerar o ponto de vista do outro como passível de criar novas oportunidades e soluções.³⁹ Assim,

são categorizados como adversariais os métodos em que é conferida razão somente a um dos envolvidos na desavença – perde e ganha – e como não adversariais os que visam ao benefício e à satisfação de todos os envolvidos na resolução, sem categorizar como certa ou errada qualquer das pessoas em desacordo – ganha-ganha.⁴⁰

A mediação assim

não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco, tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar os interessados a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas.⁴¹

Podemos considerar a Mediação como instrumento de autodeterminação do cidadão, permitindo que o mesmo construa sua realidade fora das representações do que é “direito” ou “verdade” pelo Estado. Ela é um procedimento democrático, pois

rompe com os marcos de referência de certeza determinados pelo conjunto normativo, postos e expostos de forma hierarquizada. (...) A mediação aposta numa matriz autônoma, cidadã e democrática, que seja um salto qualitativo ao ultrapassar a dimensão de ‘resolução adversária de disputas jurídicas modernas’, baseadas no litígio e apoiadas na cientificidade que determina o descobrimento da verdade.⁴²

Assim, na mediação as pessoas envolvidas num conflito argumentam e contra-argumentam em igualdade de condições discursivas, - garantida pelo mediador - o que permite que exerçam “sua autonomia como co-autores e intérpretes de um sistema de direitos constitucionais.”⁴³ Os cidadãos, por sua vez, segundo Habermas, só terão consciência de sua autonomia pública quando assegurada sua autonomia privada, na medida em que

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 emergência da autonomia privada.⁴⁴

Baseada na autonomia privada, a Mediação permite que os envolvidos encontrem soluções adequadas aos seus conflitos, pois transforma as partes em verdadeiros sujeitos e interlocutores de suas relações. Neste sentido, a prof.^a Heloisa Helena Barboza nos traz a valiosa lição segundo a qual a

liberdade pressupõe autonomia, ausência de vínculos, pressões ou coações externas, sendo denominada, sob essa ótica, liberdade negativa, enquanto supõe a garantia de não ingerência de poderes ou forças estranhas ao sujeito no desenvolvimento de sua atividade.⁴⁵

E finaliza concluído que a manifestação suprema da autonomia da vontade das partes é o negócio jurídico. Assim, a autonomia da vontade, enquanto exercício da liberdade, concretiza e expressa a dignidade humana, que, por sua vez,

pressupõe a afirmação positiva do pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo, o que implica o reconhecimento total da livre auto-disponibilidade das suas possibilidades de atuação, e da auto-determinação que surge da livre projeção histórica da razão humana.⁴⁶

Na mesma esteira, José Eduardo Elias Romão entende que

(...) é no contexto do conflito, da liberdade, da decisão que se instaura a necessidade de exercício da autonomia, como ensinou Paulo Freire, e se é neste mesmo contexto que se estabelece o procedimento descrito, parece correto afirmar que a mediação é processo pedagógico de autonomização. Vale reiterar, em síntese, que o procedimento de mediação restabelece a autonomia como lastro do Direito e o recupera como processo de

aprendizagem social para estabilização de expectativas de comportamento. Neste perspectiva democrática referida à justiça, a mediação se revela uma possibilidade de emancipação do sujeito, uma convocação para o exercício da cidadania.⁴⁷

Permite-se assim que o cidadão exerça verdadeiramente sua liberdade e autonomia, emancipando-se.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo apropriado da Mediação torna-se necessário para que o método não vire mais uma forma de solucionar a crise do judiciário e desafogá-lo, mas para garantir verdadeiro acesso à justiça, uma justiça participativa, construída coletivamente para cada caso.

Ela permite uma releitura do conflito, longe dos entraves da subsunção, do formalismo e da imposição de uma verdade pré-definida. O conflito é tratado levando em consideração a participação dos cidadãos na criação do direito, através do estímulo ao diálogo, no exercício de uma verdadeira autonomia de vontade. A autoridade do Juiz de ditar o Direito é substituída pela autonomia das partes de criá-lo.

A mediação assim permite o exercício da cidadania através da criação de espaços nos quais as pessoas possam redesenhar seus respectivos papéis na comunidade de forma pacífica e criativa. É a passagem da autoridade e da força para a autonomia e emancipação do sujeito.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação de Conflitos: **Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade.** Disponível em http://mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html. Acesso em: 07 Nov. 2009.

_____. Mediação e Conciliação: Dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de Conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. **Mediação na virada do milênio.** Disponível em http://www.mediare.com.br/08artigos_01vir_milen.htm. Acesso em 07 Nov. 2009

AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob uma perspectiva construtivista. In CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (coord.). **Mediação de Conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça.** Belo Horizonte: Fórum, 2009.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – Vol. 16 n.º 47.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a Autonomia Negocial. In TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BEZERRA, T.. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito La médiation comme instrument d'émancipation de la citoyenneté et démocratisation de la justice et du droit. **Revista Direito & Sensibilidade**, Brasília, Vol. 1, N. 1, ago. 2011. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/article/view/4356/3655>>. Acesso em: 04 Ago. 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro atual do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo.** Vol. nº 74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994

_____ e GARTH, Bryant: tradução Ellen Gracie Northleet, **Acesso à Justiça**
– Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1998

GARAPON, Antoine. **O Juiz e a Democracia**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRINOVER. Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela in Revista Brasileira de Direito Constitucional – **RBDC** n.º 10 – jul./dez. 2007.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la Acción Comunicativa – Complementos y Estudios Prévios**. 4ª Ed. Madrid: Cátedra, 2001.

_____. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade**. Vol. II. 2 ed.
Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

KANT DE LIMA, Roberto. **Ensaio de antropologia e de direito: acesso à justiça e processos institucionais de administração de conflitos e produção da verdade jurídica em uma perspectiva comparada**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008

MASCARENHAS, Fabiana Alves. Mediação familiar: por uma nova cultura de pacificação social. **Revista Lex Humana**. Vol. 3, n. 2 (2011)

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego as sociedade: o papel as atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP** n.º 58. pág. 183-202, nov. 2000.

MUNIZ, Déborah Lúcia Lobo. Mediação: Estudo Comparativo. *In*: CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (Coord.). **Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte; Fórum, 2009.

NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá: 2011.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de (Coord). Teoria Geral da Mediação à Luz do Projeto de lei e do Direito Comparado. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2008.

_____. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Editora Unijuí, 2011

ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas**. Brasília: Maggiore/UnB, 2005

SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. A desinstitucionalização da família e a prática da mediação familiar no Brasil. In DIAS, Maria Berenice. (Org.) **Direito das Famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 288

_____. NETO, Theobaldo Spengler. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler (org.) **A mediação enquanto política pública. (Recurso eletrônico): o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. 1ª ed. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos. In SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Coord.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 1999.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Habitus Editora, 2001

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: **Participação e processo /** coordenação de Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco, Kazuo Watanabe. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1988.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos**

de interesses. Disponível em <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>.

Acesso em 04 Ago. 2012.

¹ SANTOS, Boaventura de Souza. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2011. p. 22.

² Ibid., p. 24.

³ Ibid., p. 31.

⁴ NUNES, Dierle José Coelho. **Processo Jurisdicional Democrático**. Curitiba: Juruá, 2011. p. 158.

⁵ Ibid., p. 159.

⁶ SANTOS, op. cit., Pág. 30.

⁷ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. Pág. 31, 67, 68.

⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro atual do movimento universal de acesso à justiça. **Revista de Processo**. Vol. nº 74. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 88.

⁹ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

¹⁰ “Correspondendo, como paradigma teórico, aos modernos Estados liberais, a doutrina do direito como conjunto orgânico e universalmente válido de normas institucionalmente reconhecidas é progressivamente minada, na época contemporânea, por tentativas de adequar a regulamentação legal e a sua implementação pelas instâncias judiciais a um contexto de onde emergem discursos normativos rivais e se exige do Estado a execução de funções crescentemente político administrativas.” AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Juizados Especiais Criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais** – Vol. 16 n.º 47.

¹¹ BEZERRA, T.. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito La médiation comme instrument d’émancipation de la citoyenneté et démocratisation de la

justice et du droit. **Revista Direito & Sensibilidade**, Brasília, Vol. 1, N. 1, ago. 2011. Disponível em: <<http://seer.bce.unb.br/index.php/enedex/article/view/4356/3655>>. Acesso em: 04 Ago. 2012.

¹² Ver SPENGLER, Fabiana Marion. A desinstitucionalização da família e a prática da mediação familiar no Brasil. In: DIAS, Maria Berenice. (Org.) **Direito das Famílias. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 288

¹³ STRECK, op. cit., p. 82

¹⁴ SPENGLER, op. cit., p. 288

¹⁵ ALMEIDA, Tânia. Mediação na virada do milênio. Disponível em <http://www.mediare.com.br/08artigos_01vir_milen.htm>. Acesso em: 07 Nov. 2009.

¹⁶ AZEVEDO, André Gomma de. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob uma perspectiva construtivista. In: CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (coord.) **Mediação de Conflitos. Novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

¹⁷ SCHNITMAN, Dora Fried. Novos Paradigmas na Resolução de Conflitos. **Novos Paradigmas em Mediação**. SCHNITMAN, Dora Fried; LITTLEJOHN, Stephen (Coord.). Porto Alegre: Artes Médicas

¹⁸ SANTOS. op. cit. p. 39

¹⁹ CAPPELLETTI, 1994. op. cit. p. 83

²⁰ Ibid.

²¹ “Esses meios alternativos de solução das controvérsias podem ser extrajudiciais, mas mesmo assim se inserem no amplo quadro da política judiciária e do acesso à justiça: pode-se falar, portanto, de uma justiça não estatal, mas que também não é totalmente privada. Ou seja, de uma justiça pública não-estatal.” GRINOVER. Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** – RBDC n.º 10 – jul./dez. 2007.

²² De acordo com Tânia Almeida, o termo *Multiportas* foi criado por Frank Sander –Multidoors CourtHouses – 1985, para designar a possibilidade de oferta e escolha de diferentes métodos de resolução de conflitos integrados ao Judiciário. ALMEIDA, Tânia. Mediação e Conciliação: Dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In: CASELLA, Paulo Borba; Souza, Luciane Moessa de (coord.) **Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Belo Horizonte: Fórum, 2009

²³ Este tipo de sistema vem sendo organizado e institucionalizado no Brasil pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), órgão vinculado ao Poder Judiciário, através da chamada “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”, cuja atribuição é organizar o programa com o objetivo de promover ações de incentivo à autocomposição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

²⁴ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. GRINOVER, Ada Pellegrini et. al., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 128/135 *apud* PELAJO, Samantha. **Instituto da mediação como instrumento de concretização da guarda compartilhada**. Disponível em <http://www.mediare.com.br/08artigos_16mediacao_familiar.html>. Acesso em 30 Mar. 2012.

²⁵ Ver PELAJO, op. cit.

²⁶ De acordo com art. 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de Direito”, expressando o chamado Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição.

²⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Editora Unijuí, 2011

²⁸ “Cabe registrar que, segundo uma perspectiva tradicional de direito processual, a jurisdição é considerada uma ‘atividade secundária’, sendo definida, portanto, como poder estatal atribuído a uma determinada autoridade para aplicar a norma ao fato concreto, visando à composição de lides em razão da inexistência dessa resolução de controvérsia ter sido alcançada espontaneamente pelas partes. Assim, o dever principal ou primário de resolução de conflito é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quando as partes não são bem sucedidas nesta atividade. Sob esta ótica da ‘substitutividade da jurisdição’ (CHIOVENDA, Instituições de direito processual civil, v. 2, p. 17), pode-se afirmar que a principal forma de resolução de disputas é a negociação entre as partes e a forma ‘alternativa’ seria a intervenção estatal por meio da jurisdição.” AZEVEDO, op. cit. p. 18

²⁹ ALMEIDA, Tânia. Mediação de Conflitos: **Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**. Disponível em <http://mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html>. Acesso em 07 Nov. 2009.

³⁰ Art. 4º, V do CDC; Art. 11 da Lei 10.192/2001; Arts. 125, 331, 447, 448, 449 do CPC; Art. 2º da Lei 9.099/95; Art. 2º, § único do Código de Ética e Disciplina da OAB.

-
- ³¹ WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacinal para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em 04 Ago. 2012.
- ³² BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico.** Tradução Fernando Tomaz (português de Portugal). 15ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011. p. 225-226
- ³³ Ibid. p. 233
- ³⁴ NUNES, op. cit. p. 191-192
- ³⁵ Ver MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego as sociedade: o papel as atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP** n.º 58. p. 183-202, nov. 2000.
- ³⁶ GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia.** Rio de Janeiro: Revan, 2001
- ³⁷ CONTEMPORÂNEO, Antígona. **O Poder Judiciário e a coesão social.** Disponível em <<http://www2.tjdft.jus.br/imp/docImp/monografiaAMB.pdf>> Acesso em 04 ago. 2012.
- ³⁸ HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia. Entre facticidade e validade.** Vol. II. 2 ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- ³⁹ De acordo com ALMEIDA, Tânia “(...) o movimento que se volta ao diálogo é fortemente alimentado por um grupo de pesquisa do Massachussets Institute of Tecnology (MIT), que se dedica ao tema. (...) O MIT oferece norteadores de diálogo, identificados e trabalhados no Dialogue Project”.
- ⁴⁰ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos: Um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade.** Disponível em http://mediare.com.br/08artigos_13mediacaodeconflitos.html. Acesso em 07 Nov. 2009.
- ⁴¹ WARAT, Luiz Alberto. **O ofício do Mediador.** Habitus Editora, 2001. p.80-81 apud BEZZERA, op. cit.
- ⁴² SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler. A crise das jurisdições brasileiras e italianas e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: SPENGLER, Fabiana Marion. NETO, Theobaldo Spengler (org.). **A mediação enquanto política pública. (Recurso eletrônico): o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas.** 1ª ed. Santa Cruz do Sul:EDUNISC, 2012
- ⁴³ ROMÃO, José Eduardo Elias. **Justiça Procedimental: a prática da mediação na teoria discursiva do Direito de Jürgen Habermas.** Brasília: Maggiore/UnB, 2005
- ⁴⁴ HABERMAS, op. cit.
- ⁴⁵ BARBOZA, Heloisa Helena. Reflexões sobre a Autonomia Negocial. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson. **O Direito e o Tempo: Embates Jurídicos e Utopias Contemporâneas. Estudos em homenagem ao professor Ricardo Pereira Lira.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- ⁴⁶ PÉREZ, Antonio-Enrique. *apud* BARBOZA, Heloisa Helena. op. cit.
- ⁴⁷ ROMÃO, ob. cit.