

**UNIIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS**  
**Programa de Pós Graduação em Direito**  
**Mestrado em Direito**

**RODRIGO RIBEIRO ROLLI**

**MEDIAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUSTO: POR UMA REAFIRMAÇÃO DA  
POLÍTICA DO CONSENSO**

**JUIZ DE FORA**

**2012**

**RODRIGO RIBEIRO ROLLI**

**MEDIAÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DO DIREITO  
FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUSTO: POR UMA REAFIRMAÇÃO DA  
POLÍTICA DO CONSENSO**

**Dissertação apresentada ao Programa de  
Mestrado em Direito “Hermenêutica e Direitos  
Fundamentais” da Faculdade de Direito da  
Universidade Presidente Antônio Carlos –  
UNIPAC como requisito parcial para a obtenção  
do grau de Mestre.**

**Orientador: Professor Pós-Doutor Antônio  
Pereira Gaio Júnior**

**JUIZ DE FORA**

**2012**

## DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho, produto de grande esforço e sacrifício, a toda minha família, e àqueles que de alguma forma me ajudaram. Em especial dedico:

À minha mãe Ghisene, por ser a base de minha educação e pessoa que me formou na vida, dando-me a oportunidade desta existência.

À minha esposa Calina, companheira de todas as horas, e que me aceitou como sou, e que aos poucos tenta me lapidar com sua paciência impar.

Ao meu filho Bruno, por ser a luz de minha existência.

Vocês são as três razões da minha vida e que me mostram, a cada dia que nasce, o sentido verdadeiro do amor.

Amo vocês.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a todo o corpo docente do curso de Mestrado da UNIPAC, professores infatigáveis e sempre absorvidos pela busca incessante de fazer com que o Direito assuma o seu papel fundante na sociedade moderna. Em especial ao meu orientador, Professor Antônio Pereira Gaio Júnior, que com sua excelência e profissionalismo dentro do mestrado desvelou-me o verdadeiro sentido do que seja a docência, o exato significado da pesquisa e por último, pelo fato de me apresentar o que ele intitula como “faro de pesquisador”. Trata-se de um ser humano a ser tido como exemplo, um verdadeiro mentor.

## RESUMO

A presente dissertação tem como escopo facilitar a compreensão sobre a mediação como uma forma propícia a solução de conflitos, procedimento a ser adotado fora do Poder Judiciário, sem, contudo excluí-lo, mas ao contrário agindo em conjunto, sempre com a finalidade de se alcançar a pacificação social. Inicialmente se estuda o tema justiça das mais variadas formas, seja em sua concepção metajurídica, seja em sua visão jurídica. Em consonância ao tema, se aprofunda o estudo do direito fundamental do acesso à justiça, demonstrando a sua evolução no decorrer dos tempos até a fixação da forma judicial como a principal maneira de se proceder a resilição de contendas na seara penal. Nesta ótica evidencia-se a defasagem do sistema judicial para com os jurisdicionados o que acarreta na não obtenção da mesma. Por conseguinte, conclui-se na necessidade da adoção de um sistema multiportas.

Avança-se, a seguir, no estudo da mediação de forma detida, como caminho de se compor as contendas surgidas no tecido social, forma heterocompositiva, em que as partes devem interagir, com a ajuda de um terceiro, considerado um facilitador. Ao final desta pesquisa busca-se justamente revelar a necessidade de se adotar, dentro do processo penal, nos crimes de menor potencial ofensivo, uma concepção de justiça restaurativa, ou seja, uma forma integradora de composição de conflitos entre partes. No meio delas são apresentadas a mediação penal (justiça restauradora formal) e a mediação vítima ofensor (justiça restauradora informal), como maneiras de se trazer uma efetividade ao processo penal contemporâneo.

Palavras-chave: Justiça - Acesso à Justiça – Formas de Composição de Conflitos – Mediação – Processo Penal - Justiça Restaurativa.

## ABSTRACT

This work intends to facilitate the understanding of Mediation as a form of conflict resolution, proceeding to be adopted out of the Judiciary, without however excluding it, but acting together, always with the purpose of achieve social peace. Initially this work will study the topic justice in a variety of forms, whether when goes beyond the Juridical field as well as the legal vision. According to the topic, it goes deeper into the study of the fundamental right of access to justice, showing its evolution throughout the ages until when the judicial form gets set as the main form to rescind a dispute in the criminal field. In this perspective, this study highlights the lack of the judiciary system towards the jurisdictional person which results in failure to obtain the access. Therefore, concludes the necessity of adopting a multiport system.

Moves up, then, to the study of mediation so held, as a way to compose the disputes that arises in the social fabric, a **multiple settlement** manner in which one the parties must interact with the help of a third party, considered a facilitator. At the end, this research seeks to reveal precisely the need to adopt, within the criminal proceeding, in cases of minor offenses crimes, a concept of restorative justice, with means, a way of integrating disputes composition between parties. Among them are presented the criminal mediation (formal restorative justice) and victim/offender mediation (informal restorative justice) as ways to bring effectiveness to the contemporary criminal proceeding.

Keywords: Justice - Access to Justice – Forms of Conflict Composition - Mediation – Criminal Proceeding - Restorative Justice.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO FILOSÓFICO DE JUSTIÇA NA LITERATURA JURÍDICA.....</b>	<b>12</b>
1.1 Considerações Gerais.....	12
1.2 A Justiça na Antiguidade.....	14
1.2.1 A Justiça Metafísica de Platão.....	16
1.2.2 A Justiça Ética de Aristóteles.....	17
1.3 A Justiça no Medievo.....	20
1.3.1 A Justiça em Santo Agostinho.....	21
1.3.2 A Justiça em São Tomás de Aquino.....	23
1.4 A Justiça na Modernidade.....	25
1.5 A Justiça na Contemporaneidade.....	27
1.5.1 A Justiça em Hans Kelsen.....	27
1.5.2 A Justiça em Chäin Perelman.....	30
<b>2. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE JUSTIÇA – “ACESSO À JUSTIÇA E AO JUDICIÁRIO”-.....</b>	<b>34</b>
2.1 Acesso à Justiça e sua Evolução Histórica.....	34
2.2 O Movimento do Acesso à Justiça.....	40
2.3 A Conjuntura destoante do Poder Judiciário.....	46
<b>3. INSTRUMENTOS DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS E A JUSTIÇA COEXISTENCIAL.....</b>	<b>53</b>
3.1 O Processo e suas Missões.....	53
3.2 Da Autotutela.....	55

<b>3.3 Da Autocomposição.....</b>	<b>56</b>
<b>3.4 Da Heterocomposição.....</b>	<b>61</b>
<b>3.5 O Processo pelo viés Autocompositivo e o Sistema Pluriprocessual.....</b>	<b>65</b>
<b>3.6 Breves Análises Comparativas: A “Cultura do Acordo” em outros Continentes.....</b>	<b>70</b>
<b>4. A MEDIAÇÃO: UM MEIO PROPÍCIO À PACIFICAÇÃO SOCIAL.....</b>	<b>73</b>
<b>4.1 Apontamentos Iniciais.....</b>	<b>73</b>
<b>4.2 Conceito.....</b>	<b>75</b>
<b>4.3 Natureza Jurídica.....</b>	<b>77</b>
<b>4.4 Características.....</b>	<b>78</b>
<b>4.5 Modalidades.....</b>	<b>81</b>
<b>4.6 Procedimento.....</b>	<b>82</b>
<b>4.6.1 Da Pré-Mediação.....</b>	<b>84</b>
<b>4.6.2 Da Mediação propriamente dita.....</b>	<b>84</b>
<b>4.7 Proficuidades.....</b>	<b>89</b>
<b>4.8 Ensaio Internacionais.....</b>	<b>90</b>
<b>4.8.1 Na Inglaterra.....</b>	<b>91</b>
<b>4.8.2 Na França.....</b>	<b>92</b>
<b>4.8.3 Na Argentina.....</b>	<b>94</b>
<b>4.9 A Mediação no Brasil.....</b>	<b>95</b>
<b>5. JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL.....</b>	<b>101</b>
<b>5.1 Noções Introdutórias: O (Re) Nascer de uma Justiça Penal.....</b>	<b>101</b>
<b>5.2 A Justiça Restaurativa.....</b>	<b>105</b>
<b>5.2.1 Origem.....</b>	<b>105</b>
<b>5.2.2 Conceito.....</b>	<b>107</b>

<b>5.2.3</b>	<b>Concepção de processo penal democrático.....</b>	<b>109</b>
<b>5.2.4</b>	<b>Distinção entre a justiça restaurativa e a justiça convencional.....</b>	<b>111</b>
<b>5.2.4.1</b>	<b>Quanto ao procedimento.....</b>	<b>112</b>
<b>5.2.4.2</b>	<b>Quanto aos valores.....</b>	<b>112</b>
<b>5.2.4.3</b>	<b>Quanto à vítima.....</b>	<b>113</b>
<b>5.2.4.4</b>	<b>Quanto ao infrator.....</b>	<b>113</b>
<b>5.2.4.5</b>	<b>Quanto aos resultados.....</b>	<b>114</b>
<b>5.3</b>	<b>Elementos Compositivos da Justiça Restaurativa.....</b>	<b>114</b>
<b>5.4</b>	<b>Formas de Atuação da Justiça Restaurativa.....</b>	<b>115</b>
<b>5.4.1</b>	<b>Justiça restaurativa informal.....</b>	<b>116</b>
<b>5.4.2</b>	<b>Justiça restaurativa formal.....</b>	<b>118</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>125</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>135</b>

## INTRODUÇÃO

O acesso à justiça há muito tempo vem sendo considerado um tema de suma importância. Nos dias atuais então, face a necessidade de sua efetivação e não apenas a sua mera previsão normativa o torna ainda mais relevante. Este direito fundamental encontra-se previsto no texto constitucional em seu artigo 5º inciso XXXV da Constituição da República Federativa do Brasil.

Entretanto a sua efetivação não vem alcançando o fim desejado, haja vista a excessiva demora da resposta jurisdicional presente no processo penal tradicional, o que acarreta, por conseguinte, em inúmeras críticas ao sistema jurídico adotado nas sociedades ocidentais, podendo-se elencar algumas delas, como a falta de recursos humanos no âmbito do Poder Judiciário, o a carência de estrutura deste, as formas processuais extremamente complexas, além da explosão de litigiosidade no Estado social (não só em quantidade, mas também pela sua cada vez maior complexidade), dentre outras causas não menos relevantes que aqui poderiam ser elencadas. A toda esta gama de fatores pode ser somada uma mentalidade atrasada e conservadora quanto às formas de se dirimir controvérsias, trazendo aos jurisdicionados desalento e por fim a negação da própria Justiça.

Destarte, há que se buscar um processo justo, seja pelo aperfeiçoamento na qualidade da prestação jurisdicional em sua forma considerada formal, seja pela aceitação e conseqüente adoção de modelos possíveis de se compor litígios fora dos “braços” do Poder Judiciário. Nesse contexto surgem as formas alternativas de resolução de conflitos, mecanismos voltados para o bem maior que é a paz social.

Dentre estes meios, que aqui serão chamados de propícios e não alternativos (por ser uma palavra que dá conotação de adversidade ou mesmo competitividade) de resolução de controvérsias, há de ser salientada a mediação, forma heterocompositiva de solução de conflitos, que deve ser considerada como um instrumento hábil e garantidor do direito fundamental de acesso à justiça em um Estado Democrático de Direito

A presente pesquisa foca justamente o tema descrito acima, sendo que a mesma será dividida em cinco capítulos.

No primeiro capítulo buscar-se-á, face a própria linha de pesquisa adotada no mestrado, a construção do conceito filosófico de justiça, assunto tão controverso apesar de muito estudado. Será feita uma investigação sobre o tema justiça dando

ênfase aos jusfilósofos que marcaram seus respectivos períodos de existência no decorrer da história da humanidade passando pelo período antigo (Platão e Aristóteles), no medievo (Santo Agostinho e São Tomás de Aquino), na modernidade (Rousseau) e na contemporaneidade (Hans Kelsen e Chäin Perelman). Salientando-se que não se procurará exaurir o tema, nem a conceituação dele, mas revelar que a justiça há de ser vista como uma finalidade do Direito.

Já no segundo capítulo, sem a apreensão em se desvelar as concepções da Justiça afora do direito, será abordada a questão do acesso à Justiça e do acesso ao Poder Judiciário. No primeiro momento, o do acesso à justiça, irá ser demonstrada toda a evolução histórica deste direito fundamental, perpassando pelos períodos: antigo (na Grécia e Roma), medieval, moderno e contemporâneo - analisando o acesso à justiça tanto no Estado Liberal, quanto no Estado Social -. O ponto culminante desta pesquisa se dará com a abordagem do denominado “Projeto de Florença”, investigação realizada na década de 70 e capitaneada pelo Professor Mauro Cappelletti, que acabou por proceder a uma profunda transformação que tornou possível a concretização deste direito fundamental. Já quanto a segunda questão do capítulo -a do acesso ao Judiciário- será dada evidência a atual conjuntura destoante do Poder Judiciário para com o direito em epígrafe; situação tal em que se chega a afirmar, por muitos doutrinadores, que a Justiça e o Poder Judiciário estão em crise. Neste diapasão serão apresentados alguns pontos que são considerados como opressores do direito fundamental do acesso à justiça.

Enfrentar-se-á no terceiro capítulo uma pesquisa sobre os instrumentos de composição de litígios que marcaram a sociedade em sua evolução histórica, mas antes mesmo de adentrar no tema, será registrada a necessidade de se mudar a visão que se tem do sistema processual como um todo, onde se deve deixar de lado a preocupação estrita com os conceitos, para se voltar os olhos aos fins do processo (as chamadas dimensões do processo seja a jurídica, política e principalmente a social). Em seguida, será ponderado especificamente sob cada uma dessas formas de resolução de conflitos, quais sejam: a autotutela, a autocomposição (por meio de mecanismos capazes de transacionar, como por exemplo, a negociação) e a heterocomposição (passando pela heterocomposição estatal e privada). Por fim, ainda neste capítulo, será visto a estima dada a heterocomposição estatal com o passar dos tempos, que ganhou força como a principal forma de resilição a ser

adotada, papel que vem se revertendo na história da humanidade, onde hoje, vislumbra-se uma real necessidade de se adotar um sistema “multi portas”, com uma valorização a ser dada, em determinados casos, à justiça coexistencial.

No quarto capítulo o estudo avançará de maneira detida sobre uma das formas de heterocomposição: a mediação. Será demonstrado que a mediação deve ser observada como uma entidade eficiente e hábil a solucionar determinados tipos de conflitos (desordens, estas, surgidas dentro de relações duradouras existentes no tecido social), sem, contudo, colocá-la como uma fórmula mágica capaz de extirpar com a jurisdição estatal. No decorrer da análise deste instituto irá se adentrar em sua conceituação, natureza jurídica, características e elementos que a compõe, demonstrar-se-á as suas espécies (seja ela judicial, extra-judicial, ou outras tantas dadas pela doutrina), bem como se esmiuçar o procedimento da mediação (desde a pré-mediação até a mediação propriamente dita). Para finalizar o referido capítulo serão ponderadas as vantagens e desvantagens na adoção desta forma de solução conflitual trazida pela doutrina como um todo; para, por fim, decorrer a um estudo comparativo da mediação em outros países como Inglaterra, França, Argentina, e a sua atual situação em nosso país (pelo projeto de lei nº. 4.827-C).

No quinto e último capítulo propugnar-se-á pela adoção de uma forma de justiça que nas últimas décadas vem ganhando força: a justiça restaurativa ou restauradora. Esta forma de composição de litígios na esfera penal e que se leva a centro o propício instituto da mediação como elemento condutor será apresentada como uma resposta plausível a certos tipos de delitos praticados em sociedade. Será mostrada não só a necessidade de adoção dela, mas também da necessidade de se identificar um sistema penal que realmente se evidencie consonante com o escopo da paz social, sendo ele o método integrador (voltado para a pacificação das relações sociais que por ventura se apresente conflituosas, sendo ele uma solução negociada e paramentada no comprometimento das próprias partes). Em continuidade será aprofundado o estudo da justiça restaurativa por meio de suas origens e conceitos, se fará uma breve consideração sobre o tratamento dada a ela como uma concepção democrática de processo penal, além de se proceder a uma distinção entre a justiça restaurativa e a justiça convencional. Por derradeiro serão vistas as várias formas de atuação desta justiça restaurativa quer seja na sua configuração informal, quer seja no seu contorno formal.

# 1 - A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO FILOSÓFICO DE JUSTIÇA NA LITERATURA JURÍDICA.

## 1.1. Considerações Gerais

O que é justiça? Esta indagação encontra-se na mente de todo ser humano desde o primórdio dos tempos. A justiça é perquirida, apetecida e bramida por todas as pessoas ao entorno do mundo, mas nem sempre se encontra esclarecida aos olhos de todos.

De certo que se trata de um conceito bastante debatido e analisado, sendo alvo de investigações profundas no decorrer da história da humanidade; e ainda assim a conceituação deste fenômeno é ambígua e até mesmo enevoada.

Mas a pergunta acima é ponto nevrálgico para aquelas pessoas que têm o desejo de conhecer e trabalhar com o Direito. Assim, neste capítulo busca-se fazer uma apreciação detida do intrincado e místico tema justiça, ainda que não seja de forma exaurida.

Devido o evento de ser o tema bastante instigante, deve-se alertar de antemão que não se busca definir uma conceituação fixa do tema, ou indicar qual a certa, ou a mais correta. Nem de perto é este o fim precípua da pesquisa, mas sim o de se evidenciar a existência de inúmeras acepções filosóficas do fenômeno justiça vivente na bibliografia jurídica.

Fato é que o termo justiça não pode ser considerado axiologicamente imparcial, ou seja, destituído de qualquer valor, haja vista que para o seu entendimento e estudo tem que se perpassar pela seara da ética, confirmando, assim, a existência do enlace em meio ao Direito e à ética.

É a justiça, de forma inegável, em suas mais diversas acepções um predicado sempre presente, uma característica indissociável ou um intento irremovível do Direito. É o tólos<sup>1</sup> do Direito.

---

<sup>1</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias Sobre a Justiça: Apontamentos para a História da Filosofia do Direito..* São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 2 : cujo sentido é o fim, ou finalidade do direito. “... é recheiar este fenômeno de sentido; se se pensar no maquinismo jurídico em funcionamento, deve-se pensar sobretudo no porquê, no de onde, no como e no para que deste funcionamento. Ai reside a preocupação com a justiça.”

Neste momento se manifesta a estima a ser dada aos levantamentos históricos e teóricos das filosofias a respeito do fenômeno justiça; tornando-se imprescindível a análise descritiva das mais variadas e importantes correntes jus filosóficas existentes.

Aliás, é exatamente nessas perspectivas que Eduardo Bittar, em sua obra, já apontava ao dizer que a elaboração de um projeto de estudo do tema justiça deve ser considerado inexecutável se não o for realizado por meio da história da humanidade, mormente em conformidade com o aspecto ocidental de reflexão a que fazemos parte.<sup>2</sup>

Aliado ao fator histórico, outro elemento surge como fomentador do tema em questão: o ser humano. Ora, certo é o costume humano em se discontentar com a conceituação de momento da justiça, e desta inquietação surge à procura por alguma coisa a mais a cerca da justiça, construindo-se, por conseguinte, inúmeros discursos sobre a justiça, bem como se formulam novas práticas de se cometê-la.

Após se evidenciar os dois fatores que se apresentam sobre o fenômeno em estudo, fica clarificada a característica da pluridimensionalidade<sup>3</sup> que o permeia.

Nessa busca incessante da conceituação de justiça, vislumbra-se, com o decurso do tempo, o surgimento de uma infinidade de teorias sobre o tema e por isso uma opulência muito grande é agregada a ele, como dispõem inúmeros pensadores, dentre eles Eduardo Bittar<sup>4</sup>.

Diante da grandiosidade do objeto e a existência de extenso número de teorias e suas faces, ângulos (por meio de concepções metafísicas, teleológicas, éticas, lógicas, racionalistas, contratualistas etc.) e possibilidades de sentidos torna-se imperioso uma restrição ao enfoque dado, procedendo-se a uma delimitação das teorias a serem estudadas com escopo de se não alargar demais o horizonte da análise e com isso pecar pela superficialidade do estudo.

---

<sup>2</sup> Idem, p. 3: *“Interpretar pensamentos sobre a justiça é aumentar a capacidade de compreensão em torno da questão da justiça. Estudar os autores que detiveram suas preocupações teóricas no problema da justiça é na verdade, alargar o espectro de abrangência do conhecimento da matéria, e, por consequência, a própria compreensão do número possíveis de atributos e caracteres relacionados com a justiça.”*

<sup>3</sup> Trata-se de uma característica afeta a justiça que se apresenta diante do transcurso temporal da humanidade e seu anseio por justiça, onde essa nunca é alcançada da forma desejada, gerando para o ser humano uma sensação de inquietude que o provoca a buscar de forma constante e ininterrupta o conceito de justiça.

<sup>4</sup> Idem, p. 5. Pronuncia que: *“O tema da justiça ganha riqueza, portanto, na exata medida em que se alargam os horizontes históricos de análise, multiplicando-se as formas de apresentação de uma resposta ao questionamento: o que é justiça?”*

De toda forma, será dada ênfase a pensadores que marcaram seu período histórico com seus pensamentos em torno do tema justiça, sendo dividido o estudo de acordo com o período, a saber: na antiguidade (observando-se a justiça metafísica de Platão e a justiça ética de Aristóteles), no medievo (observando-se a justiça teleológica de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino), na modernidade (observando-se a justiça antroponatural de Rousseau) e por fim a contemporaneidade (observando-se a justiça positiva-relativista de Hans Kelsen e a justiça racionalista de Chäim Perelman).

Vastas são as investigações sobre o tema, como já explicitado anteriormente, devendo-se ater a algumas - e mais marcantes da história do pensamento-. Contudo deve-se realçar que inúmeras correntes existem e que também foram estudadas, existindo obras específicas sobre as chamadas Teorias Esquecidas da justiça, como as teorias de Heráclito, Epicuro, Santo Anselmo, Dante Alighieri, Adam Smith, Jacques Maritain, dentre outros.<sup>5</sup>

A partir do próximo tópico dar-se-á início ao estudo das teorias que contribuíram na formação de “um caleidoscópio sobre a questão da justiça”.<sup>6</sup>

## 1.2. A Justiça na Antiguidade

Neste momento serão ponderadas as teorias de justiça daqueles que foram preferidos para o estudo da problemática da justiça nesse período, sendo eles Platão e Aristóteles. Contudo, antes de propriamente iniciar-se a leitura de suas teorias, apenas serão colocados alguns apontamentos sobre a filosofia na antiguidade a fim de melhor compreendê-las.

A filosofia<sup>7</sup> tem seu principiar diante das aflições do homem em face da natureza e do cosmos<sup>8</sup>; apresentando os pensadores da época uma característica de estranheza, ou seja, um distanciamento da práxis (cotidiano) para assim conseguir desvelar o funcionamento de sua vivência – volta-se para a sua interioridade, isola-se da vida prática-. Ressalta-se que esse modo de viver marca o primórdio da filosofia, surgindo em volta da figura dos pensadores do período um ar

<sup>5</sup> LACERDA, Bruno Amaro. *Teorias Esquecidas da Justiça*. Belo Horizonte: Líder, 2006.

<sup>6</sup> BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 8. A ideia de justiça como um fenômeno multifacetado.

<sup>7</sup> Palavra originada do termo *philia kai sophia* -filo-sofia- que Pitágoras utilizou no século V a.C. para expressar a ação do filósofo

<sup>8</sup> Apud BITTAR. Aristóteles, *Metafísica*, I, II.

de misticismo, caracterizado por Aristóteles quando assim se pronuncia: “Para contemplar o céu”.<sup>9</sup>

Reafirmando o demonstrado e utilizando de Pitágoras, Eduardo Bittar<sup>10</sup> expõe que a percepção do todo só será alcançada por meio da contemplação, onde a distância propicia o descortinar da realidade, situação esta que não é obtida àquele que atua, age e pratica. Surgindo, desta feita, a origem do termo *theoria* que transmite a ideia da superioridade da observação em relação à participação<sup>11</sup>. O que leva, por sua vez, a criação de uma dicotomia entre a teoria e a prática que foi acolhida e adsorvida nos pensamentos de Platão e Aristóteles.

Nesse contexto, surge o pensador Platão apresentando um método próprio de estudo baseado na dialética, sendo que na academia platônica os pensadores se prestavam ao labor dialético, imergindo na órbita dos conceitos universais em cata da unicidade de idéias-formas; tendo Platão se conscientizado da importância da teoria na vida social, acabando por aproximar uma da outra (teoria e prática) com escopo de se alcançar objetivos na esfera social<sup>12</sup>.

Apesar de não se poder afirmar que ocorreu um prolongamento do modo de vida platônico para o aristotélico, não nos resta dúvida que existe um paralelismo entre eles, face ao caráter fecundante do pensamento platônico. Desta forma, Aristóteles, na mesma linha de pensamento acadêmico platônico, acaba por aplicar a vida teórica no bojo da atividade humana, o que pode ser apreendido na sua primeira etapa de pensamento através da obra *Protréptico*<sup>13</sup>.

Por derradeiro é de suma importância salientar que o núcleo do pensar grego se refere a vida contemplativa em oposição as ideias de vida ativa, mas diga-se que essa contemplação está voltada para o despertar das causas primeiras do ser, ou seja, direcionada para fenômenos coletivos e não particulares ao contrário do que alguns querem fazer crer.

---

<sup>9</sup> Colocação feita por Aristóteles a fim de demonstrar o afastamento do filósofo da vida prática e sua característica de ser uma pessoa isolacionista. Nesse mesmo sentido Diógenes Laércio coloca: “Para contemplar e estudar o sol, a lua e o céu”.

<sup>10</sup> Op. Cit., p. 11.

<sup>11</sup> ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2 ed. Trad. Antônio Abranches, César Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

<sup>12</sup> Tendo em vista a decepção da filosofia causada pela condenação de Sócrates acaba por ocorrer uma aproximação entre a teoria e a práxis, onde os pensamentos foram construídos a fim de melhor estruturar as atividades na cidade-estado.

<sup>13</sup> *Protreptico*, B 6, na tradução de Düring, Aristóteles, 1990, p. 631. Obra na qual o autor trabalha a conceituação do termo filosofia dentro da perspectiva do teórico viver acadêmico.

### 1.2.1. A Justiça Metafísica de Platão

Apesar do viés gradativo de dessacralização do tema justiça no mundo cultural grego, onde era cada vez mais recorrente se tratar as questões afetas ao tema justiça dentro de um diálogo sócio humano, e em consequência ocorria um abandono da chamada vontade dos deuses do Olímpo; Platão foi diferente, uma vez que se colocou no meio desse processo, direcionando a sua teoria no sentido da especulação metafísica<sup>14</sup>.

O estudo platônico sobre justiça deve ser deslocado da mera análise humana para o mundo metafísico; onde a procura de um fundamento para a justiça deve ser buscada na teoria do conhecimento e das ideias. A compreensão da justiça como um bem absoluto.

Importante frisar que o estudo da justiça em Platão será restringido nesta pesquisa à questão da justiça cósmica, e não o estudo de toda a temática da justiça existente na literatura do filósofo, haja vista a amplitude que permeia a mesma – onde é apresentada de várias formas: como virtude, como proporção, como estado Ideal e outras mais-<sup>15</sup>.

O fato de se buscar uma transcendência da justiça por parte do pensador não está ligada à questão de desinteresse do homem para com o tema; muito pelo contrário nos adverte a doutrina, uma vez que o tema justiça se encontra em todos os ambientes seja humano, ético ou social. Ressalta-se que o filósofo não nega a existência de uma justiça palpável, onde entre um justo absoluto (contemplado por meio de uma ideia) e um injusto absoluto (manifestação máxima de injustiça) existe uma justiça realizável, humana e empírica como bem coloca Hans Kelsen<sup>16</sup>.

O que o autor quer, ao levar para o campo metafísico a sua discussão sobre o justo e o injusto, é demonstrar que não se deve estar preso ao mero absolutismo e relativismo conceitual do tema, haja vista a própria dificuldade do homem em definir o termo justiça e entender racionalmente seus limites.

---

<sup>14</sup> BITTAR, Eduardo C. B. *A teoria aristotélica da justiça*, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 92, 1997, p. 53 a 73.

<sup>15</sup> BITTAR, Eduardo C. B. Op. Cit., p. 21. Aduz o autor: “... o que se quer é ver a justiça discutida sob o seu aspecto metafísico, que, na teoria platônica, significa o mesmo que a discussão acerca de essências (do que é), e não das aparências (do que pode ser, como pode ser).”

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça*. Trad. Sergio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 40/61.

Para tanto Platão, em sua obra a República, ao final do capítulo X apresenta o mito de Er<sup>17</sup>; sendo o mito, dentro da teoria de Platão, um fator muito significativo para a explanação da mesma, em que exprime o provável (ou o possível), mas não o absolutamente certo<sup>18</sup>.

O que deve depreender do exame do mito de Er é a existência de duas realidades – justiças -: uma divina e outra humana. Na realidade divina a justiça é perfeita, absoluta, imutável; ao passo que na realidade humana a justiça é ineficaz e relativa, uma vez que ela é reflexo de uma visão instável. Entretanto, deve-se destacar que ambas existem entre os homens, sendo a humana a práxis social e a divina um parâmetro (fundamento) para a primeira, que deve ser cópia da divina.

Nesse contexto, da cosmovisão platônica em que a justiça não pode ser vista do ponto exclusivamente humano mas sim além da física, surge a justiça universal<sup>19</sup>; transportando todo o equilíbrio das relações humanas do terreno (palpável) para o além, onde a expectativa de justiça somente será alcançada neste plano espiritual.

A par desta transposição a justiça humana não deve ser desmerecida, muito pelo contrário, a sua realização é um imperativo para o convívio social –a justiça divina é fundamento da humana e fator preponderante para obediência desta. Na teoria platônica a ordem política é um dos fatores de realização da justiça, devendo as partes cooperar para a sua consecução onde as três atividades (política, defesa e economia) não devem intervir na do outro, trazendo assim a ordem; destaca-se que cidade com ordem é justiça e cidade sem ordem é injustiça<sup>20</sup>.

Nessas breves linhas é o que se queria advertir desta teoria.

### 1.2.2. A Justiça Ética de Aristóteles

O pensador desenvolve a problemática da justiça junto ao campo da ética, ou seja, dentro da ciência prática; tendo sido estudado e demonstrado pelo filósofo na

<sup>17</sup> Er seria um guerreiro originário da Panfília que morto em batalha em meio a vários outros corpos de lutadores, com o corpo íntegro, foi levado de volta a sua terra sendo velado por 12 dias, e ao final deste período recobra a consciência e passado a narrar as histórias que havia presenciado no Hades, mas sobretudo colocado que as almas injustas pagavam para cada injustiça cometida e as almas justas recebiam as recompensas por cada boa ação praticada – sistema de recompensa e punição baseado no testemunho da alma-.

<sup>18</sup> PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de história da Cultura Clássica*. 7 ed. vol. 1 (cultura grega). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 478.

<sup>19</sup> BITTAR. Op. Cit., p. 25. Em que: “... a justiça é questão metafísica, e possui raízes no Hades (além-vida), onde a doutrina da paga (pena pelo mal; recompensa pelo bem) vige como forma de Justiça Universal.”

<sup>20</sup> KELSEN, Hans, Op. Cit., p. 238/241; “A justiça é a saúde do corpo social, pois onde cada um cumpre o que lhe é do fazer, o todo se beneficia desta complementaridade”.

obra *Ethica nichomachea* -livro V- obra na qual debruçou de forma meticulosa sobre o tema.

Salienta-se que essa concepção ética da justiça apresentada por Aristóteles se deve ao fato de ter vislumbrado a justiça como uma virtude (*dikaíosýne*)<sup>21</sup>, que foi alvo de estudo da ciência prática (que se difere das duas outras ciências existentes na filosofia do pensador que são a Teorética e a produtiva).

A ciência prática apresenta não só desdobramentos do comportamento humano enquanto de forma individual, mas sobretudo em sua função social, havendo uma junção entre eles; em que os juízos éticos somente poderão surgir a partir da sua observação quando no convívio social.

A exposição acima acaba por levar a afirmação, por parte do pensador, de que os princípios éticos se aplicarão caso a caso, e não de forma genérica. Em que o justo meio (*mesótes*)<sup>22</sup> não comporta uma compreensão genérica do indivíduo, mas sim uma visão particular - uma dimensão individual-.

A justiça é uma virtude e como toda virtude deve ser vista como um justo meio entre dois extremos, enfim uma posição mediana entre o excesso e a carência; sendo o comportamento virtuoso uma construção feita por meio da educação ética (*éthos*)<sup>23</sup>, que por sua vez nada mais é do que o hábito que se deve criar em se comportar diuturnamente de forma reta. Desta feita, fica claro que a justiça ocorrerá entre os homens – exercício humano e social bem definido-.

Enfatiza, por meio de sua investigação, que a noção de felicidade é uma noção humana, logo advém da ação humana, que somente pode levar a consecução da felicidade se o for por meio da prática ética.

Seus estudos partem da conjectura de que sobre o vocábulo justiça podem-se conferir vários sentidos<sup>24</sup>, tendo em vista as inúmeras acepções em que é usada; sem dizer, entretanto, que o autor veio a criar várias conceituações sobre a justiça.

Destarte, a justiça é distinguida em suas espécies com o precípuo fim de melhor compreender o elemento em seu contexto. A justiça assim se apresenta: justo total e justo particular distributivo e corretivo – esse último se biparte em comutativo e reparativo -, que serão perquiridos cada um deles a seguir.

<sup>21</sup> A justiça definida como virtude torna-se o foco das atenções de um ramo do conhecimento humano que se dedica ao estudo do próprio comportamento humano; à ciência prática, intitulada ética, cumpre investigar e definir o que é justo e o injusto, o que é temerário e o que é ser corajoso, o que é ser jactante.

<sup>22</sup> Apud BITTAR. *Ética a Nicômaco*, 1106 b, p. 27 e 28

<sup>23</sup> Ética em grego significa hábito, sendo ele o meio para se alcançar a virtude.

<sup>24</sup> Apud BITTAR. *Ética a Nicômaco*, 1129 a, p. 26 e 27.

O justo total é a mais ampla acepção de justiça, é o justo genérico, universal ou integral em face de extensão de sua aplicação ser a mais abrangente possível. A sua definição pode ser posta como a virtude de observância da lei. A lei –*nómos*- é uma ordem que a todos atrela, devido ao fato de ser de caráter universal, cujo escopo é o de obter o bem comum; sendo considerado justo o homem que respeita os conteúdos da lei<sup>25</sup>. O ato de acatar a lei significa o ato de respeito a todos, trata-se da virtude em sua totalidade, e por isso é avaliada como a mais difícil de ser exigida.

Já o justo particular deve ser tomado como parte do gênero justo total e por isso, apenas parte da virtude. É a observância da justiça entre os particulares (no relacionamento direto entre as partes), sendo dividido em distributivo e corretivo.

O primeiro – justo distributivo - necessita ser entendido como uma distribuição. Distribuição, esta, existente entre membros de uma determinada comunidade no que se refere a cargos, impostos, deveres, bens pecuniários, honras dentre outras coisas. Portanto, deve existir uma subordinação entre governante e governado, onde aquele irá distribuir a este de acordo com o que lhe for devido.

A justiça distributiva consiste em atribuir ou conferir a cada um o que é seu dentro de uma proporcionalidade, ou seja, se atingirá o justo objetivo se for dado a cada um dos particulares aquilo que estiver de acordo com seus méritos, como colocado por Aristóteles em sua obra<sup>26</sup>: a justiça distributiva é a igualdade de caráter proporcional.

Em contrapartida o justo particular corretivo apresenta uma relação de coordenação, ou seja, entre indivíduos de uma sociedade em condição de igualdade (coincidência de direitos e obrigações perante a lei), em que se quer restaurar o equilíbrio existente anteriormente entre as partes e que foi rompido. Será realizado por meio da igualdade aritmética - ponderação entre a perda e o ganho e restabelecimento ao *status quo ante* -<sup>27</sup>.

Do texto de Aristóteles cabe observar que o justo corretivo acha emprego em dois campos, a saber: um entre as relações estabelecidas de forma voluntária e

<sup>25</sup> Neste sentido BITTAR, Op. Cit., p. 41, em que: “O justo total é a observância do que é regra social de caráter vinculativo. O hábito humano de conformar as ações ao conteúdo da lei é a própria realização da justiça nesta acepção (justiça total)”.

<sup>26</sup> Apud BITTAR. *Ética a Nicômaco* 1131 a, p. 29.

<sup>27</sup> Apud BITTAR. *Ética a Nicômaco* 1131 b, p. 32 e 1132 a., Neste último caso: Perfazer a justiça corretiva se apresenta em não tomar além do que lhe compete, ou não acarretar a ninguém qualquer dano, cujos reflexos podem ser de caráter penal ou civil.

outro firmado entre as relações involuntárias. A primeira denominada de justo comutativo<sup>28</sup> se aplica às transações contratuais em que há a liberdade de vinculação – v.g. locação, compra e venda, empréstimo etc.-. Encontrando-se justiça quando houver igualdade entre as partes nesta relação, e a injustiça, inversamente, estará estabelecida quando ausente a igualdade (o que provocará uma correção). Já no caso das relações pessoais marcadas pela involuntariedade, ao qual foi dado o nome de justo reparativo<sup>29</sup>, a justiça se encontra diante da necessidade de se restituir às partes a igualdade que existia entre elas antes da ocorrência do evento que trouxe a desigualdade – seja pela forma clandestina ou pela violência<sup>30</sup>-.

Outras espécies de justiça ainda são apresentadas pelo filósofo como: o justo doméstico (realizado dentro das relações domésticas) e o justo político (existente dentro do corpo cívico das cidades), tendo este último uma subdivisão em justo legal (conjunto de arranjo legal que vigoram entre os seres humanos de uma determinada cidade e que advêm do legislador) e justo natural (regras de aceitação universal sedimentada na natureza e não na vontade do legislador).

A título de finalização do estudo desse pensador cumpre apenas esclarecer quanto à amizade, tema também desenvolvido pelo mesmo na obra *Ethica nicomachea*, dispondo que a amizade é de fato a linha que sustenta coesa a cidade-estado - elemento de suma importância para a reciprocidade atinente ao convívio social-. Aristóteles ao se referir a amizade relata que quando esta se encontra presente não há a necessidade de justiça<sup>31</sup>.

### 1.3. A Justiça no Medievo

No trilhar do que foi proposto no estudo *in questio* se passará a empreender a análise da justiça que foi desenvolvida no período medieval; fase histórica que sofreu grande influência da religião como assentado de forma intensa

<sup>28</sup> Neste sentido BITTAR, Op. Cit., p. 50.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Apud BITTAR. *Ética a nicômaco* 1132 a, p. 5 em que incumbe ao juiz (*dikastés*) ao juízo racional do caso particular igualar de novo as partes fazendo aplicar ao causador da lesão uma pena correspondente ao delito por ele cometido.

<sup>31</sup> Apud BITTAR *Ética a nicômaco* 1155 a, p. 26/28.

por Del Vecchio<sup>32</sup>.

Proceder ao estudo do tema justiça sem a observância da acepção religiosa católica deixaria uma lacuna no “espaço tempo”, bem como o consentir que essas importantes concepções viessem a cair no esquecimento.

Neste momento será feita, então, a ponderação dos preceitos doutrinários que exprimem as perspectivas humanas sobre o que é justo e injusto sob a ótica religiosa.

Importante destacar a princípio que a temática justiça dentro da evolução doutrinária religiosa não se apresenta uníssona, muito pelo contrário, apresenta uma grande diferença entre os dogmas do velho e do novo testamento, ponto este bastante atacado por Hans Kelsen quando se fala sobre a relativização da justiça, e no caso as enormes contradições de sentido do fenômeno pelos dogmas religiosos<sup>33</sup>.

O justo no cristianismo – justiça cristã - surge como uma ordem superior - a ordem de Deus -, que passa a ser visto como um Ser benevolente, que perdoa, ao contrário da justiça religiosa mais primitiva que via Deus como Ser vingativo. E para aquela a responsabilidade é de suma importância, haja vista a necessidade do homem em saber identificar o que é lícito e ilícito, fato muito bem caracterizado na frase do cristianismo “você colhe aquilo que planta”<sup>34</sup>.

### 1.3.1. A Justiça em Santo Agostinho

Aurélio Agostinho (354-430), considerado um dos pais da igreja, aprofundou seu conhecimento no transcendente em face de sua conversão ao cristianismo, tendo abalizado o seu pensamento pela fusão dos conhecimentos religioso-cristão e a cultura grega do período clássico e pós clássico, mais detidamente, no último caso, na escola platônica.

---

<sup>32</sup> DEL VECCHIO, Georgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5 ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 60, onde: “A doutrina cristã, todavia, produziu efeitos e ganhou influências notáveis sobre a política e as ciências que lhe referem. Um primeiro efeito, de natureza metodológica, consistiu na aproximação do direito da Teologia”.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *O que é justiça?* 3 ed. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins fontes. 2001, p. 23/25.

<sup>34</sup> Neste sentido BITTAR, Op. Cit., p. 82. Nas palavras de Paulo de Tarso na primeira epístola de São Paulo aos coríntios, cap. 3, v. 8. “Ora, o que planta e o que rega são um; mas cada um receberá o seu galardão segundo o seu trabalho”.

Desta feita, dispõe o pensador no que foi chamado de Patrística – composição do platonismo com o cristianismo-, usando a filosofia como recurso racional ao pensamento teleológico motivado na interpretação dos preceitos religiosos; vivenciando-se na sociedade medieval uma concepção de vida monástica, onde se busca a vida interior, como bem apontado por Bittar<sup>35</sup>.

Ao se proceder a um estudo de sua literatura percebe-se que o filósofo se deteve sobre o tema justiça de forma esparsa em suas diversas obras (de *civitate dei*, de *ordine*, *confessiones*, de *beata vida* e de *libero arbitrio*). Contudo, deve-se ressaltar que dela se apreenderá o conjunto de ideias do mesmo a respeito do tema, mas não se fixará na construção de um único conceito de justiça.

Da doutrina agostiniana se identifica a justiça humana e divina, em que a primeira é chamada de *lex temporalis* e a segunda *lex aeterna*.

A justiça humana se perfaz entre os homens apresentando limitações quanto a sua aplicação no tempo e no espaço, bem como se encontra presa a leis humanas e por tudo isso é a mesma considerada efêmera, corruptível e defeituosa. Afirma-se que a lei humana assim se apresenta, pois é fruto da pobreza de espírito do homem fazendo recair essa responsabilidade sobre o livre arbítrio -a justiça humana é viciada na sua própria origem uma vez que é fruto dos defeitos humanos-.

Ao adverso se apresenta a justiça divina – eterna-, sendo ela incorruptível, absoluta, perfeita; permite proceder a identificação do mal onde ele existe e do bem onde ele está<sup>36</sup>. A lei divina não se apresenta condicionada ao tempo e as culturas sociais relativas aos povos; e ela deve ser a inspiração da lei humana, fonte dela.

Assevera ainda o filósofo em sua teoria a existência de importantes diferenças entre as leis humanas e divinas, em que esta prega a renúncia aos bens materiais enquanto àquela assim não procede, bem como a lei divina é muito mais severa do que a lei humana uma vez que ela alcança e recrimina condutas que não são compreendidas entre os delitos pela lei humana<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Idem, p. 99. Assim postula: "... exige o culto interior, a afeição pela abnegação e pelo isolamento reflexivo, o que, em termos concretos, batizou o estilo monástico de vida, como ideal contemplativo de dedicação à divindade. Aqui não há espaço para a vida pública, para as atividades políticas, para a agremiação, para o movimento associativo, mas sim para a interiorização, para a reflexão, para a oração...".

<sup>36</sup> Idem, p. 105/106. Assim coloca: "Não só a lei divina é perfeita, mas também o julgamento que se faz com base na lei divina é perfeito. Deus separa os bons dos maus e lhes confere o que merecem (separat inter bonos et malos, et sua cuique tribuit); nisto reside o verdadeiro sentido de justiça, e esta parece ser a esperança de todo o homem justo. Mais que isto, esta parece ser a melhor definição de justiça como afirma mesmo agostinho. Esta melhor forma de justiça é a ordem que se dá em Deus."

<sup>37</sup> Apud BITTAR, *De libero arbitrio*, I. V, p. 13.

Em *De civitate Dei* Santo Agostinho demonstra uma grande preocupação com o Direito fazendo afirmar que o direito somente pode existir se estiver associado a noção de justiça; onde o que se faz com o direito se faz com justiça e o que se faz sem justiça não pode ser chamado de Direito<sup>38</sup>.

Continua ao dizer que justiça é o dar a cada um o que é seu, e somente assim se estabelecerá uma ordem, em que a ordem só existe com o direito e o direito só existe com justiça; não podendo esta ordem ser quebrada sob pena de se estar desrespeitando a ordem de Deus, demonstrando em *ultima ratio* que o direito é fundado na lei eterna, que é a lei de Deus<sup>39</sup>.

A justiça está, portanto, atrelada a ordem, à sobreposição da razão sobre a paixão, enfim de Deus sobre o homem<sup>40</sup>.

### 1.3.2 A Justiça em São Tomás de Aquino

O fundamento do pensamento filosófico deste se permeia na fusão dos postulados religiosos do cristianismo com as ponderações de Aristóteles, recebendo a denominação de escolástica. Sem se desprender da fé o pensador traz em seu ponderar uma clarividência impar face a regência do racionalismo e da lógica - justamente pela influência recebida pelos ensinamentos do filósofo grego-.

Nessa nova forma de arquitetar o conhecimento oferecido por São Tomás de Aquino (1225-1274), Martinez<sup>41</sup> assenta que a questão da justiça apresenta um lugar especial na obra do medievo, haja vista o minucioso estudo feito sobre o tema, principalmente no que tange ao texto da *Summa Theologica* em sua parte inicial da questão LVII<sup>42</sup>.

Marca sua proposição pelo fato de, ao se aproximar de Aristóteles, trazer a temática de justiça e direito para um lado mais humano, para a ação humana – práxis-, deixando assim de lado a justiça metafísica (intangível).

<sup>38</sup> Apud BITTAR. *De civitate Dei*. Liv. XIX, cap. XXI: “*quod enim jure fit, profecto juste fit, quod autem fit injuste, nec iure fieri potest. Nom enim jura dicenda sunt vel putanda iniqua hominum constituta;*”.

<sup>39</sup> NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 120.

<sup>40</sup> BITTAR, Op. Cit., p. 119.

<sup>41</sup> MARTÍNEZ, Soares. *Textos de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1993, p. 55/57.

<sup>42</sup> AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica: do direito, da justiça e de suas partes integrantes* (IIa. Parte da Ia. Parte – Q. LVII-LXXIX). Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Livraria Editora Odeon, 1937. Assim apresetna: “*Consequentemente ao tratado da prudência, devemos tratar da justiça. Sobre o qual há quatro pontos a considerar. O primeiro é sobre a justiça. O segundo, sobre as suas partes. O terceiro, sobre o dom a ela pertinente. O quarto, sobre os preceitos pertinentes à justiça*”.

Alega que o ser humano se destaca dos demais seres (vegetais e animais) pelo fato de que o homem possui a capacidade de discernir, possuindo as três formas anímicas, quais sejam: a vegetativa, sensitiva e a intelectual, sendo esta última exclusiva do homem; e é por meio da razão prática -obra da convivência do homem com os objetos- que possibilita o ser humano a distinguir o bem do mal e assim escolher sua conduta (livre arbítrio) para a consecução de um acurado fim. Assim surge a *sinderese*<sup>43</sup> na doutrina tomista como o conjunto de conhecimentos absorvidos a partir da experiência habitual.

A razão prática busca o Bem, sendo a *sinderese* o modo de se assim estabelecer. É, portanto, o hábito na prática do bem e o de evitar o mal, o princípio reitor da justiça do filósofo<sup>44</sup>.

O conceito de justiça na filosofia tomista insurge da definição de ética (*ethos*) que em grego significa hábito, sendo a reiteração de ação voluntária que se reserva a efetivação de fins. Desta forma visualiza a justiça como uma virtude, um meio entre extremos que são a carência e o excesso (*mesótes* dos gregos).

Como colocado pelo pensador em sua obra *Summa theologica*<sup>45</sup> a justiça deve ser vista como igualdade em relação a outrem; igualdade esta entre pessoas e não entre coisas ou pessoas e coisas; e se manifesta dizendo que a justiça consiste em dar a cada um o que é seu.

Reafirmando o acima descrito a justiça é tratada como uma virtude externa calcada no comportamento de saber atribuir a cada qual o seu, não devendo ser vista como um exercício reflexivo e intelectual, nem muito menos como um virtude interna ligada as paixões. Mister é a efetivação da justiça, tendo Bittar<sup>46</sup> assentado que: “E, para esta concepção, a justiça é uma virtude cardeal, e sua função consiste em dar a cada um o que é seu”.

Ainda quanto a problemática do tema São Tomás de Aquino afirma existir várias acepções do termo justiça, dando destaque as categorias de justiça tomista denominadas de comutativa e distributiva, ficando a primeira responsável pela

<sup>43</sup> BITTAR, Op. Cit., p. 127. Ressaltando que: “... a ética, como fruto do operar da razão prática, deve estar a presidir o convívio social. Neste sentido percebe-se que o Doutrina Evangélica segue de perto o pensamento aristotélico no que concerne à ética do coletivo.”

<sup>44</sup> AQUINO, São Tomás. Op. Cit. Desta forma procede: “Ora, a igualdade da justiça nós a constituímos fazendo o bem, isto é, dando a outrem o que lhe é devido; e conservamos a igualdade da justiça já constituída desviando-nos do mal, isto é, não causando nenhum dano ao próximo”.

<sup>45</sup> Idem, qua est. LVIII, art. III que assim aponta: “Como já dissemos, o nome da justiça, implicando a igualdade, está na natureza da justiça ser relativa a outrem; pois, nada é igual a si mesmo, mas a outrem”.

<sup>46</sup> BITTAR Op. Cit., p. 131.

regulação das relações entre os particulares, já a segunda responsável pela relação do ser humano com o todo. A divisão acima uma vez mais vem mostrar a enorme influência do aristotelismo junto a este pensador medieval. Cabendo destacar, no apontamento dado por Bittar<sup>47</sup>, quanto a única quebra do sincretismo entre as categorias esboçadas por Aristóteles e São Tomás de Aquino, que se encontra na ausência da categoria de justiça corretiva na filosofia tomista.

#### 1.4 A Justiça na Modernidade

Com escopo de prosseguir a viagem pelo estudo que foi proposto no início deste capítulo e, sem nos esquecermos de que não se objetiva exaurir o tema, o que seria por demais longo e próximo do impossível, haja vista a característica de ser multifacetado o tema sob enfoque, será feita a exposição dos pensamentos de um dos maiores expoentes filosóficos do período moderno: Jean Jacques Rousseau, sem esquecer que inúmeros outros existiram nessa era.

Antes mesmo de se adentrar no mundo do pensar do filósofo em mote, é de bom alvitre esclarecer o momento filosófico vivido nesse período. Cabendo ressaltar que o homem na modernidade alçou uma grande conquista ao se desprender da ótica religiosa das coisas, passando a viver em uma sociedade laicizada, não se podendo mais falar em uma dominação do poder eclesiástico.

A quebra deste paradigma (teocentrismo/antropocentrismo) faz abrir caminho para os questionamentos, construções, sugestões e generalizações e como consequência o homem retoma o poder de ordenar seu pensamento e trilhar os rumos de convívio social. O homem assim se desprende dos dogmas místicos para a compreensão do mundo, e passa a se apresentar como ser livre para pensar e demonstrar o que pondera<sup>48</sup>.

O momento histórico em que se desenvolveu a filosofia de Rousseau se caracteriza pela preocupação enorme com o racionalismo e a desmistificação. Em seu postulado do bom selvagem o homem apresenta uma bondade intrínseca que vem a ser corrompido pelo convívio social, devendo o ser humano apenas entregar

---

<sup>47</sup> Idem, p. 137.

<sup>48</sup> Idem, 2000, p. 156. Nesse sentido: “*Se a contemplação, religiosa, mística ou metafísica, fornecia ao homem poder de reconhecer, agora a verificação instrumental e o empirismo afirmam-se como critérios necessários para uma correta e precisa análise dos fenômenos observados; o que é fruto da imaginação, da crença, é substituído pelo que pode ser provado, demonstrado, reconstruído ou descrito cientificamente*”.

sua liberdade individuais se o for por meio do contrato social, que será o responsável pela manutenção desta natureza –estado de liberdade-.

Ao tema sob análise, ao se proceder ao estudo de texto *Du contrat social* de 1762 relevância se deve dar, nos dizeres de Bittar<sup>49</sup>, a forma que foi dada pelo filósofo ao proceder a um estudo intrincado entre os temas da justiça, política e sociais. Desta feita, o estudo da justiça na teoria de Rousseau tem que perpassar pelos temas da vontade geral e contrato social, sendo imperioso asseverar que sua teoria é hipotética e não descritiva.

O contrato social é um pacto em que os homens resolvem em conjunto compor uma sociedade, trata-se de uma opção humana em: continuar em seu estado natural, que é sua situação inicial, ou fundar uma associação –sociedade civil em que ocorre a adesão de muitos com fins de consecução de um objetivo comum-<sup>50</sup>. Assim, por meio do pacto social, as forças individuais de cada cidadão formam uma nova força, bem maior e organizada do que a força inicial.

Por sua vez, a vontade geral nada mais é do que a fundadora do pacto, que se destina à realização da igualdade; igualdade esta que deve estar presente no pensar dos indivíduos que aderem a convenção, a fim de que se consiga realizar o interesse comum de todos os membros; onde a vontade geral deve respaldar o contrato social, e representa a realização do interesse comum e público<sup>51</sup>.

Em continuidade de seus estudos Rousseau afirma que o homem apresenta dois estados, que seriam o estado natural e o estado civil, sendo que a ruptura entre estes estados se dá por meio do contrato social em que os homens cedem suas liberdades individuais ao Estado, mas, assinala, a um estado legítimo que é fruto da vontade de adesão e da deliberação e não o fruto da força física.

Aponta o pensador que uma sociedade justa –com uma ordem justa- somente será alcançada por meio do contrato social, onde se respeita a vontade geral que é a de pactuar na formação de uma sociedade que saiba preservar direitos e

---

<sup>49</sup> Idem, p. 160.

<sup>50</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du contrat social*. Paris: Garnier Frères/Flamarion, 1992. Liv. II, chap. III, p. 57. Neste sentido adverte que o contrato social é um acordo que acaba por construir um sentido de justiça próprio, em que a justiça se encontra no pacto, na deliberação conjunta. “*Trata-se de um verdadeiro escambo: liberdade natural X utilidade comum*”.

<sup>51</sup> BITTAR, Op. Cit., p. 162/163, que coloca: “*A vontade geral é mais que simplesmente a vontade de todos (somatório dos interesses particulares), pois aquela visa à realização do interesse comum e público, e esta visa aos interesses particulares.*” E continua: “*O critério para definir a vontade geral é a participação de todos, com a formação de um consenso da maioria*”.

liberdades inatas do homem. É o contrato social a única forma de proteger a liberdade individual.

Observa-se, desta feita, que o tema justiça no pensar de Rousseau é deveras emaranhado e será o pacto sócio-político a maneira de se fazer a justiça, em que se alcançará a mesma quando houver respeito as idéias natas da natureza humana, não podendo haver uma extrapolação dos limites fixados no ato de concessão do poder no instante da pactuação<sup>52</sup>.

## 1.5 A Justiça na Contemporaneidade

Da mesma forma como desvendado nos tópicos anteriores, este se inicia com uma breve explanação sobre a forma do pensar no período. Na antiguidade viu-se a filosofia contemplativa, no medievo ocorreu a vinculação aos postulados teleológicos –onde fé e razão conviveram juntas-, a filosofia na modernidade o homem desvincula-se do misticismo, passando a valorizar o sujeito –ocorrendo a promoção do ego-; e por fim, o que se inicia neste tópico, a filosofia na contemporaneidade, em que se volta para a necessidade social, onde o filósofo passa a perquirir uma maior participação na sociedade, deixando de lado a simples contemplação; neste momento o pensador passa a ter uma linguagem mais social uma vez que deve ele se achegar das causas sociais, deixa de lado a reflexão teórica, e passa a ser utensílio lógico de engajamento social<sup>53</sup>.

Vastíssima foi a produção intelectual neste período podendo ser apresentados inúmeros pensadores, mas uma vez mais se aterá apenas a alguns, sendo no caso a dois em específico: Hans Kelsen, por meio de sua perspectiva tecnológica formal e, Chäin Perelman, por via de seu racionalismo.

### 1.5.1 A Justiça em Hans Kelsen

---

<sup>52</sup> Idem, p. 177. “*Sendo a vida irrenunciável, o pacto social a garantia, o povo a vontade soberana da lei, os órgãos do Estado os instrumentos deste, a soberania inviolável, a lei expressão da vontade geral, a teoria rousseauiana se espraia por terrenos os mais diversos, fazendo do pacto sócio-político o meio para o perfazimento da justiça*”.

<sup>53</sup> Idem, p. 183. “*O Agir, mais do que tudo, avança sobre o pensar, passando este ultimo a buscar seu espaço, sua própria identidade no contexto histórico*”.

Em primeiro plano, antes mesmo de analisar a temática de justiça desenvolvida pelo pensador, deve-se proceder, ainda que de forma apertada, a um estudo da teoria do direito por ele elucidada.

Hans Kelsen (1881-1973) por meio de sua Teoria Pura do direito, baseado nos pilares do positivismo jurídico, apresenta uma dimensão íntegra e científica do direito, em que somente pode ser reconhecido aquilo que for provado racionalmente. Nesta concepção científica não há espaço para questões externas, sendo o isolamento a chave para a autonomia científica do direito. Onde nela desenvolve uma análise estrutural e sistemática do que é jurídico, não acolhendo qualquer elemento externo como justiça, história, sociologia dentre outras<sup>54</sup>. Assim, não se deve avaliar e questionar qualquer valor que antecede a elaboração da norma -o tecido social se encaixa na normatividade e não ao contrário-.

A norma jurídica é o núcleo da teoria de Hans Kelsen, devendo ela ser válida, e esta se caracteriza pelo fato de estar a norma em conformidade com os procedimentos formais de criação normativa –a norma se fundamenta em outra norma superior e esta por fim na norma fundamental<sup>55</sup>. Neste sentido o sistema jurídico teria como ponto de apoio uma escala estruturada de normas sendo a última considerada como norma fundamental –que é pressuposta logicamente-.

A teoria de Kelsen apresenta dois juízos de valor, sendo um o valor de direito determinando o que é lícito e ilícito e um valor de justiça que vem a definir o que é justo e injusto. Contudo afirma que a ciência jurídica não possui espaço para os juízos de justiça, mas somente para juízos de direito<sup>56</sup>, como descrito acima quando da não abertura deste para valores externos.

Descreve ainda que a ciência do direito não deve se prender a fatos, a dados concretos, atos sociais; para o jusfilósofo o direito é a ciência do dever-ser, uma ciência em que se busca delinear o funcionamento e arranjo da norma jurídica; ponto este muito bem tracejado por Larenz<sup>57</sup>.

---

<sup>54</sup> Idem, p. 188, neste sentido: “*O dever ser jurídico não se enraíza em qualquer fato social, histórico; não é condicionado por nada o que possa perverter sua natureza de puro dever - ser; Kelsen desenraíza o direito de qualquer origem fenomênica, a título de compreendê-lo autonomamente em sua mecânica*”.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit., 1995. Na introdução desta obra Mario Losano assim expõe: “*Á pergunta: qual o objetivo da teoria pura do direito? A resposta é unívoca: o objetivo da teoria pura do direito é ser uma teoria da validade do direito*” (...) “*Dizer que uma norma jurídica existe, significa, para Kelsen, dizer que ela é válida*”.

<sup>56</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit., 2001, p. 223/224.

<sup>57</sup> LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 82. Em que coloca: “*A ciência do Direito, segundo Kelsen, não tem a ver com a conduta efetiva do homem, mas só como prescrito juridicamente. Não é pois, uma ciência de factos, como a sociologia, mas uma ciência de normas; o seu objecto não é o que é ou acontece, mas sim um complexo de normas*”.

Em decorrência do que foi revelado vê-se que o tema justiça para Kelsen é relativizado, face a sua visão jurídico-metodológico encontrada na teoria por ele desenvolvida -a Teoria Pura do Direito que é fruto do positivismo jurídico-.

Demonstra que o tema justiça deve ser estudado fora do direito, não cabendo ao jurista discutir a doutrina da justiça, ao se pronunciar assim não se quer dizer que o filósofo não se dedicou ao estudo do tema, mas sim que o fez fora de sua Teoria Pura do direito, mais precisamente dentro da ética, ciência distinta da ciência jurídica e que se propõe ao estudo das normas morais – não jurídicas<sup>58</sup>; aclarando de forma impar a distinção entre Direito e Ética em sua obra *O problema da justiça*<sup>59</sup>.

O estudo da justiça feito pelo pensador foi deveras meticoloso procedendo a uma análise detida das várias teorias existente sobre o tema dentre elas as racionalistas de Aristóteles e Kant, bem como as metafísicas de Platão, alvo de grande estudo em seus diversos textos e obras.

Na obra *A ilusão da justiça* o pensador afirma que sobre o justo e o injusto inúmeras escolas e teorias existem e observa que não deve uma ser considerada preponderante sobre a outra, onde a pluralidade de compreensões sobre o que seja justiça leva-o a concluir que a justiça não deve ser considerada um lugar estanque, absoluto -nem de perto, nem de longe- ao contrário, deve ser visto como um valor inconstante, variável e relativo.

O filósofo se demonstra cético quanto ao tema, expondo que o fenômeno justiça é tormentoso e discutido de maneira variada, mas sempre com fundo passional; e sobre ela muito sangue e lágrimas foram derramados e discussões filosóficas profundas foram travadas, mas ainda assim diz não possuir resposta para o tema, o máximo que se conseguirá será proceder a uma pergunta melhor<sup>60</sup>.

Afirma que não conseguiu chegar, por meios racionais, a uma definição de justiça em sua forma absoluta, haja vista a limitação da razão humana em compreender apenas valores relativos; acrescentando que a justiça absoluta é um “ideal irracional”.<sup>61</sup>

---

<sup>58</sup>BITTAR, *Op. Cit.*, p. 197, preleciona: “Discutir sobre a justiça, para Kelsen, é tarefa da Ética, ciência que se incumbem de estudar não normas jurídicas, mas sim normas morais, e, portanto, assoberbada pela missão de detectar o certo e o errado, o justo e o injusto”.

<sup>59</sup>KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, p. 7. “Na independência da validade do direito positivo da relação que este tenha com uma norma de justiça reside o essencial da distinção entre a doutrina do direito natural e o positivismo jurídico”.

<sup>60</sup>KELSEN, Hans. *Op. Cit.*, 2001, p. 1.

<sup>61</sup>Idem, p. 23. Articula ainda que: “De fato, não sei e não posso dizer o que seja justiça, a justiça absoluta, esse belo sonho da humanidade”.

A questão de justiça surge justamente perante um conflito de interesse e para solucioná-lo -diante da limitação de compreensão humana de valores, em que não se consegue comprovar qual das soluções dadas para o conflito é a justa- surge duas vertentes: a realização de um compromisso entre as partes ou a satisfação de um interesse em sobreposição ao outro. Enfim o que se vê é uma justiça relativa.

Assevera quanto ao questionamento existente no que tange a validade da justiça relativa, que a sua fundamentação se encontra no princípio moral da tolerância, em que se busca a compreensão com benevolência das percepções políticas, sociais e religiosas díspares da sua, não participadas, mas que devem ter a sua manifestação aceita de forma pacífica<sup>62</sup>. Para tanto utiliza da carta de tolerância da Áustria<sup>63</sup>.

Ao final Hans Kelsen diz estar satisfeito quanto ao significado de justiça relativa, sendo aquela única em que a ciência pode prosperar, que é a justiça da liberdade, da paz, da democracia, da tolerância<sup>64</sup>.

### 1.5.2 A Justiça em Chaïn Perelman

Em sua obra *Ética e Direito*<sup>65</sup>, o filósofo destina um capítulo inteiro sobre o tema sub *quaestio*, na parte da *Ética*, colocando de forma impar o cuidado que se deve ter ao discorrer sobre o tema justiça, demanda esta envolta de uma forte conotação sentimentalista.

Para tanto alerta que não se deve buscar um ideal de justiça prevalente sobre tantos outros existentes, e assim ao se afirmar que existe uma compreensão mais perfeita ou única apropriada em detrimento das demais, e por conseguinte considerar estas últimas como uma farsa, não se estaria agindo de forma racional.

A justiça, segundo o autor, é uma noção que os homens possuem que é intensamente colorida do aspecto afetivo o que leva por conduzir esta afetividade para a conceituação que se lhes pretende dar, fazendo nascer uma verdadeira

<sup>62</sup>Idem, p. 24. Dispõe o autor que “... somente a tolerância no âmbito de um ordenamento jurídico positivo, que garanta a paz entre os submetidos a essa justiça, proibindo-lhes qualquer uso da violência, porém não lhes restringindo a manifestação pacífica de opiniões”.

<sup>63</sup>A carta da tolerância editada na Áustria pelo imperador José II que enuncia a tolerância como instrumento diferenciador entre a democracia e a autocracia. Assim se apresenta: “*Toda desordem surge não da tolerância, mas da intolerância*”

<sup>64</sup>KELSEN, Hans. Op. Cit., 2001, p. 25.

<sup>65</sup>PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

odisséia a fim de se ter uma conceituação sobre o tema, fato comum na filosofia<sup>66</sup>.

Assevera pela necessidade da retirada, ou pelo menos da diminuição, do valor afetivo –sentimentalismo- a fim de se conceber (se for possível, como diz o mesmo) um conceito sobre a noção justiça. Destarte, se estará diante de uma noção calcada pelo cientificismo, amparada pela lógica, e não na filosofia (alijada da paixão). Não tenta o autor enganar seus leitores, muito pelo contrário, deixa claro que a obtenção de uma noção lógica da justiça é uma “aposta”<sup>67</sup>, uma vez que a justiça é uma noção considerada das mais prestigiosas, das mais confusas, devendo ser entendida como a virtude principal. Disposição ratificada por Proudhon<sup>68</sup>.

É justamente por essa importância que a noção acaba por ser utilizada das formas mais variadas possíveis, bem como serve aos mais distintos interesses, apresentando uma multiplicidade de sentidos<sup>69</sup>; e diante desta abundância deve-se apresentar as acepções mais recorrentes sobre a justiça, a saber: a cada qual a mesma coisa; a cada qual segundo seus méritos; a cada qual segundo a suas obras; a cada qual segundo as suas necessidades; a cada qual segundo a sua posição e a cada qual segundo o que a lei lhe atribui.

As seis fórmulas acima de justiça levam em conta critérios distintos, onde uns afirmam a valorização do mérito, outros a posição, outras a necessidade, e assim por diante, e esta variação “de cada qual” acaba por levar a uma grande dificuldade na construção de um conceito; são as chamadas justizas concretas, concepções de justiça que trazem os valores considerados essenciais, sendo avaliado o que é importante ou não, o que é essencial ou secundário, “é a nossa visão do mundo”<sup>70</sup>, trata-se de uma escala de valores que influenciará na visão do que deve ser considerado essencial para a aplicação da justiça.

Diante da dificuldade acima explicitada, e com escopo de se alcançar um maior esclarecimento sobre a questão justiça – por meio de uma análise lógica e

---

<sup>66</sup> Idem, p. 6. Assim se coloca: “Com maior razão essas mesmas considerações se aplicam a filosofia. Isso porque o objeto próprio da filosofia é o estudo dessas noções prestigiosas, fortemente coloridas no ponto de vista emotivo, constituídas pelos mais elevados valores, de sorte que o acordo sobre o sentido conceitual delas é quase irrealizável”. E conclui: “foi por elas, pelo sentido conceitual que lhes concederá, que sempre se travaram os combates do mundo filosófico”.

<sup>67</sup> Idem, p. 7.

<sup>68</sup> PROUDHON. *De La Justice Dans la Révolution et Dans l'église*. Bruxelas: Nova Edição, 1868, p. 44 que pontua sobre a importância da justiça: “A justiça, sob diversos nomes, governa o mundo a natureza e humanidade, ciência e consciência, lógica e moral, economia política, política, história e arte. A justiça é o que há de mais primitivo na alma humana, de mais fundamental na sociedade, de mais sagrado entre as noções e o que as massas reclamam hoje com mais ardor”.

<sup>69</sup> PERELMAN, Chaïn. Op. Cit., p. 09.

<sup>70</sup> Idem, p. 31.

não sentimental- o autor preleciona no sentido de ser necessário demonstrar a existência de um elemento comum nas diferentes fórmulas de justiça concreta; já alertando sobre a impossibilidade de se dirimir os desacordos existente entre elas.

Dessa forma busca encontrar uma fórmula comum dentro destas diversas concepções de justiça concreta; sendo o elemento conceitual comum a justiça formal ou abstrata, que deve ser entendido como ser justo é tratar de forma igual os seres que são iguais em certo ponto de vista, da mesma característica – e esta é que deve ser levada em conta na administração da justiça<sup>71</sup>-.

Vê-se que existem duas noções de justiça: a justiça concreta e a justiça formal (abstrata), o que causa um grande transtorno quanto da definição desta noção, onde a justiça concreta que é a visão particular do mundo (envolvendo escala de valores) vem permeada pela justiça formal, que é o elemento comum existentes nas inúmeras noções concretas.

Conclui o pensador que a noção de justiça formal é perfeitamente clara, racional e evidente, trazendo uma solução parcial para a definição do problema, haja vista que nesta noção –formal- se desvincula de qualquer afetividade enraizada na concepção concreta.

A justiça formal, defendida por Perelman, acaba por ser admitida pelas mais variadas concepções filosóficas ou legislativas, uma vez que pode-se ser justo ao conceder a todos os homens os mesmos direitos. Ressalva-se que a justiça de um ato, desprendida dos valores que a vida em cotidiano acaba por trazer-lhe, consiste na igualdade de tratamento que se carece resguardar a todos os indivíduos de uma exata categoria essencial.

A noção em estudo é um valor não só universal, mas confuso, apresenta inúmeros rostos<sup>72</sup>, está ao lado de todos que a invocam, o que demonstra a inexistência de uma única e verdadeira conceituação de justiça, colocação posta de forma incessante por Eugène Dupreel<sup>73</sup>.

Por meio deste capítulo se demonstrou que no decorrer da história da humanidade, da antiguidade ao contemporâneo, numerosos foram os pensadores que mergulharam no estudo filosófico da noção do que é justiça, produzindo um

---

<sup>71</sup>Idem, p. 19. Ao definir a justiça formal: “Portanto, pode-se definir a justiça formal ou abstrata como um princípio de ação segundo o qual os seres de uma mesma categoria essencial devem ser tratados da mesma forma”.

<sup>72</sup>Idem, p. 146.

<sup>73</sup>DUPREEL, Eugène. *Traité de morale*. Bruxelas: Éditions de L’université de Bruxelles, 1932, vol. II, p. 484.

farto conteúdo na literatura jurídica mundial, tanto assim o é que, conforme enfatizado ao início, tornou-se necessário delimitar os doutrinadores a fim de não se alongar em demasia; entretanto apesar da farta bibliografia existente não há como se fixar um único conceito de justiça, que possa ser utilizado como o correto e exclusivo em detrimento dos demais.

A noção de justiça como exposto acima é universal e ambígua, e nos dizeres de Kelsen, diante da indagação feita por Pilatos junto a Jesus em seu julgamento sobre a verdade dos fatos, existe uma outra questão muito mais tormentosa e veemente que é a “eterna questão da humanidade: o que é justiça?”<sup>74</sup>

Assim, se apresentam as concepções metajurídicas do tema.

---

<sup>74</sup>KELSEN, Hans. Op. Cit., 2001, p. 1.

## **2. A CONSTRUÇÃO DO CONCEITO JURÍDICO DE JUSTIÇA - ACESSO À JUSTIÇA E ACESSO AO JUDICIÁRIO-**

Dando seguimento a investigação desenvolvida, após serem vistas acima algumas das inúmeras concepções de justiça existentes na literatura além do direito, passa-se agora a proceder ao estudo sob uma outra ótica, qual seja, o viés da justiça no campo jurídico.

Na apresentação do tema sob este viés deve-se enfatizar o aspecto da justiça como serviço ofertado pelo Estado ao cidadão; voltando-se, assim, para o aparato judicial, enfim a pesquisa da justiça sob o olhar do judiciário.

Antes mesmo de se adentrar no cerne da questão será desenvolvido uma análise da evolução histórica do acesso à justiça, perpassando pela transformação advinda com o projeto de Florença, para depois, aí sim se proceder a análise da justiça sob este enfoque.

### **2.1. Acesso à Justiça e sua Evolução Histórica**

O incremento da busca do homem pela declaração de seus direitos fundamentais sofreu influência de vários ambientes sejam eles políticos, sociológicos, religiosos, bem como filosóficos; e no que diz respeito ao direito importante apresentar a evolução ocorrida no transcorrer do tempo quanto ao significado do que seja justiça e acesso à justiça e as influências que receberam dos elementos descritos acima.

A questão a ser enfrentada é deveras antiga e nos dizeres de Lara<sup>75</sup> é flutuante no decorrer do tempo; carecendo a justiça ser entendida como um dever Estatal e não mera liberalidade, haja vista ser ela o valor mais aspirado pelo homem e ao mesmo tempo fundamental do próprio direito.

Portanto, neste momento se procederá a uma análise evolutiva histórica da justiça e o acesso à justiça, transitando pelos períodos: antigo, medieval, moderno e contemporâneo.

---

<sup>75</sup> LARA, Rubens. *Acesso à Justiça: O Princípio Constitucional e a Contribuição Prestada pelas Faculdades de Direito*. São Paulo: Método, 2002, p. 27.

No período antigo a doutrina como um todo aponta o código de Hamurabi<sup>76</sup> - marco histórico- como a primeira legislação escrita que busca a suprir a hipossuficiência de alguns na busca da justiça, declarando na norma certas garantias que buscam impedir a opressão dos fortes junto aos fracos – v.g. a proteção a ser deferida junto a órfãos e viúvas da época-.

Neste momento vislumbra-se então uma justiça de alento religioso, em que a justiça do soberano advém da justiça divina – logo o acesso à justiça depende do acesso à religião, o que acaba por anunciar que nem todos alcançarão à justiça, como acontece nos casos específicos do estrangeiro e escravo.

Na Grécia, apesar de não se poder dar uma caráter de unicidade ao direito neste momento<sup>77</sup>, as discussões na seara filosóficas marcam o período, por meio de seus grandes expoentes como Sócrates, Platão e Aristóteles; tendo este último dado uma conotação de igualdade e proporcionalidade a ser aplicada às leis existentes – equidade -, utilizando para tanto da metáfora da régua de lesbos<sup>78</sup>.

O poder de julgar - função judicante -, face ao modelo democrático desenvolvido nas cidades-estados da Grécia, não ficava a cargo dos juízes como hoje é apreendido, mas sim a todos os cidadãos, que além de poder julgar, tinham também um acesso irrestrito à justiça; mas deve-se ressaltar que não se deve confundir cidadão com a totalidade de pessoas, sendo a característica de cidadão restrita a uma pequena parcela de pessoas da sociedade grega, acabando por levar a justiça a apenas uma ínfima parcela da coletividade.<sup>79</sup>

Ainda sobre este período é salutar relatar o desenvolvimento ofertado à assistência judiciária aos pobres haja vista a normatividade da época que dispunha ser necessária a nomeação de no mínimo dez advogados anualmente para a produção de defesa a possíveis direitos ofendidos.

Ainda no mesmo período, só que em Roma, vê-se o fortalecimento da construção do direito positivo, ocorrendo um notável acréscimo de institutos jurídicos

---

<sup>76</sup> LIMA, João Batista de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 31, ao dispor sobre o Código de Hamurabi diz que: “*Em minha sabedoria eu os refiro para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita justiça a viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como rei que sou da justiça.*”

<sup>77</sup> GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Trad. Antônio Manuel Espanha e Manuel Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 73.

<sup>78</sup> Tratava de uma régua feita de chumbo, que em razão de sua flexibilidade esta acabava por se adaptar a pedra, querendo demonstrar assim o filósofo que a norma (decreto) deve se adaptar aos fatos. Noção de equidade asseverada por Aristóteles em sua obra *Ética a Nicômaco*.

<sup>79</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: Juizados Especiais Cíveis e a Ação Civil Pública. Uma Nova Sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8.

como no caso da noção de jurisdição, instituto este que num primeiro plano se apresentava como uma justiça privada, qual seja: a autotutela; para depois se adotar modelos de resolução de conflitos em que os árbitros eram escolhidos pelas próprias partes. Ressalta-se, assim, que em consequência do desenvolvimento do Estado –passando ele a solucionar os conflitos intersubjetivos surgidos na sociedade- os árbitros escolhidos (pretos) elaboravam a regra a ser adotada, e mais adiante, além de escolher a regra a ser utilizada, passaram os pretos a proferir a decisão, surgindo desta feita a justiça pública, que impunha ao cidadão a solução adotada por ele Estado<sup>80</sup>.

Assim, brotou a justiça pública, onde o dizer o direito passa a ser um encargo do Estado. Contudo deve-se evidenciar que o acesso à justiça neste período histórico se apresentava bastante restrito<sup>81</sup>, uma vez que a personalidade para o direito romano só adviria após o preenchimento de três elementos quais eram: ser livre, cidadão romano e chefe de família.<sup>82</sup>

Em um segundo período, o medieval, ficou evidenciado ainda a forte influência da religião não só sobre a filosofia (cujos expoentes foram Santo Agostinho e São Tomaz de Aquino), mas também sobre o direito e a vida social. Tanto assim o foi que esta Era é marcada por uma pluralidade jurídica – sendo criada uma esfera jurídica eclesiástica própria que é o direito canônico-. Segundo alguns esta ordem jurídica pluralista<sup>83</sup> com a existência de várias instituições jurisdicionais (como a eclesiástica, real, feudal, senhorial etc.) veio a dar a impressão de que as pessoas tinham facilidade de acesso à justiça, mas na prática jurisdicional esta impressão não se concretizava, uma vez que estes julgamentos<sup>84</sup> não traziam justiça como é hoje idealizada.

Neste momento histórico os direitos do homem, e em específico o acesso à justiça, recebeu forte incentivo, considerando que os senhores feudais e barões

---

<sup>80</sup> Idem, p. 9.

<sup>81</sup> Idem p. 10. Ao dizer que: *“É preciso, todavia, deixar claro, ainda uma vez, que, em razão do sistema de castas existentes, chegar ao Tribunal para reivindicar ou discutir eventual direito pressupunha uma condição especial”*.

<sup>82</sup> MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Curso de Direito Romano*. 3 ed. Rio de Janeiro: Haddad, 1995, p. 227.

<sup>83</sup> HESPANHA, Antônio M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Lisboa: Publicação Europa-América, 1997, p. 92.

<sup>84</sup> Dá-se o exemplo dos ordálios ou juízos de Deus, que eram os julgamentos do período considerados como provas. Dentre elas pode-se destacar: o duelo judicial em que se o acusado vencesse, seria absolvido; a prova de água fervente onde o acusado era obrigado a colocar o braço dentro da água fervente e se ao retirar não houvesse qualquer lesão era considerado inocente; prova do arremesso na água em que se jogado e permanecesse na superfície era considerado culpado, dentre outros mais.

insatisfeitos com seu governante (rei João sem terra) vieram a compeli-lo a assinar a Carta Magna da liberdade de 1215, que previa em seu artigo 40: “A ninguém venderemos nem negociaremos ou retardaremos o direito ou a justiça”.<sup>85</sup>

Nessa busca, aliada a Magna Carta, conforme aduz Lara<sup>86</sup>, os reis da época acabaram por instituir várias ordenações (como Carlos V e Henrique IV) com escopo de criar e manter sistemas de ajuda legal, onde advogados e procuradores eram pagos pelo tesouro público.

Por ser o período medieval cunhado pela influência religiosa, em face da derrocada da igreja católica, ante o cisma<sup>87</sup> -fazendo-se mudar as perspectivas do pensar, adotando-se uma linha empirista<sup>88</sup>- as explicações medievais não mais contentam a sociedade, voltando desta maneira, para o pensar Greco-romano (renascimento)<sup>89</sup>.

Por sua vez o Período Moderno marca o mundo com seus processos revolucionários, dentre eles podem ser citadas a Revolução gloriosa (na Inglaterra em 1689), a Declaração do bom povo da Virginia (EUA em 1776), a Revolução Francesa e a própria declaração de independência dos EUA; sendo a Francesa considerada a precursora da universalização dos direitos do homem, por meio do movimento denominado enciclopédia que fora difundido por Voltaire, Montesquieu e Rousseau<sup>90</sup>.

Destarte ocorre uma inversão de valores neste momento, uma vez que o poder deixa de ter uma origem divina para apresentar um objetivo terreno, qual seja a busca da felicidade do povo; de tal modo que um novel panorama se instala onde os governantes não apresentam mais um domínio ilimitado, e sim um poder separado e permeado pelo princípio da legalidade; a representatividade social se faz por meio da constituição e não mais pela figura do rei (acontecendo, por conseguinte o fortalecimento dos Estados nacionais).

O quadro histórico apresentado, marcado pelo liberalismo exagerado, demonstra o direito fundamental do acesso à justiça olvidado, considerando que o Poder Judiciário, que era visto como um forte instrumento opressor da sociedade da

<sup>85</sup> Apud DAVIS. Magna Carta “*To no one will sell, to no one deny or delay right or justice*”.

<sup>86</sup> LARA, Rubens. Op. Cit. p. 35-36.

<sup>87</sup> Nome dado a grande crise surgida na Igreja Católica da época, ocorrendo a divisão do cristianismo em dois Papas um em Roma e outro em Avignon.

<sup>88</sup> Desenvolvida na época por Guilherme de Occam, filósofo inglês franciscano.

<sup>89</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. Cit., p. 16.

<sup>90</sup> Idem, p. 18-19.

época, fora bastante retaliado, perdendo muita força e poder, levando assim por minar esse direito fundamental do cidadão.<sup>91</sup>

O Estado liberal veio a proporcionar uma situação conflitante, qual seja: ao mesmo tempo em que fez presente uma constituição que buscou –ainda que de maneira formal- a igualdade do cidadão no que tange a vários direitos, dentre eles o acesso à justiça, também fez retirar do judiciário sua importância social, minimizando sua atuação, colocando-o como mero declarador da lei<sup>92</sup>.

Teoricamente com o advento de uma constituição enunciadora de direitos individuais fundamentais se teria uma maior facilidade no acesso à justiça, contudo a realidade se demonstrou completamente diferente, haja vista a conotação que se deu ao Poder Judiciário da época, como nos dizeres de Boaventura de Souza Santos: uma justiça trivializada<sup>93</sup>, relegada, onde a pouca importância dada ao judiciário se refletiu no acesso à justiça<sup>94</sup>.

O descomedido individualismo vigente neste espaço de tempo, reconhecido como um período de intensos contornos econômicos – *lasser-faire, lasser passer*- trouxe uma desigualdade econômica e social ainda maior e latente, fazendo surgir novas teorias filosóficas políticas (dentre elas o socialismo, anarquismo, etc.) com fins a combater o quadro instalado.

A igualdade meramente formal conquistada pelo Estado liberal<sup>95</sup> não se mostra mais suficiente para os cidadãos, muito pelo contrário acabou por trazer novas moléstias sociais como: a concentração de riquezas e exploração de trabalho; provocando assim o aparecimento do Estado social que procura fazer aplicar também uma igualdade, só que agora material, tendo por escopo suprir as enormes

<sup>91</sup> Idem, p. 20; que assim aponta: “Este desprezo pelo judiciário revela que o Estado liberal não tem preocupação com a ideia ou prática do acesso à justiça”.

<sup>92</sup> MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Brás. 2 ed. Brasília: UnB, 1995, p. 123. No livro XI ficou configurado que os juízes devem ser meras bocas a pronunciar as sentenças da lei, devendo ser considerados seres inanimados.

<sup>93</sup> SANTOS, Boaventura de Souza; MARQUES, Mario Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Porto: Edições Afrontamento, 1996, p. 25. Neste sentido cabe salientar que: “... que os tribunais, no período liberal, justamente em razão do diminuto peso político deles, ficaram “quase totalmente à margem deste processo de subalternização política” que deu origem a uma explosão de conflitualidade social de vastas proporções, sendo que os tribunais limitam seu âmbito funcional à micro litigiosidade interindividual...”.

<sup>94</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Op. Cit.* Na página 20 diz: “... se a instância judiciária não é importante, por que se preocupar com o acesso”?

<sup>95</sup> BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Melhoramentos, 2009, p. 182. Ao se referir ao Estado Liberal e sua não mais adequação assim se pronuncia: “... não dava nenhuma solução às contradições sociais, mormente daqueles que se achavam a margem da vida, despossados de quase todos os bens”.

necessidades que se abatem aos desvalidos (como alcance à educação, saúde, cultura, dentre outras mais).

O Estado social – *Welfare State* - se apresenta como um ser protetivo, que visa extirpar as penúrias sociais impostas ao proletariado; assim está a se falar de um novo momento histórico social: o denominado Período Contemporâneo.

A par das reivindicações que levaram a proclamação da liberdade e igualdade no Estado liberal, novas reivindicações surgem e pleiteiam agora não mais a mera declaração delas, mas sim a sua efetivação, a sua realização na prática.

A nova ordem trazida pelo Estado providência não aceita um Poder judiciário sem importância social e política –como visto no Estado Liberal-, mas sim um poder de atuação real, deixando de ser mero declarador de leis para ser interprete e aplicador.<sup>96</sup>

As modificações não se prendem ao plano prático, mas também se fazem presentes no plano teórico da justiça, surgindo críticas vorazes à filosofia jurídica do positivismo, onde inúmeras correntes filosóficas modernas como a Teoria do Experiencialismo (Holmes), da argumentação (Perelman), dentre outras buscam reconstruir a prestação jurisdicional<sup>97</sup>, trazendo a baila a necessidade de superação da concepção positivista normativista, e por conseqüência um novo posicionamento deve ser dado ao aplicador da lei, onde este deve ter uma participação criadora – deve buscar amoldar a lei ao fato social, adequá-la às exigências do bem comum.

Observa-se, desta forma, uma revalorização do poder judiciário, carecendo este ser considerado como um meio competente para a resolução dos conflitos, local onde os direitos sociais podem ser debatidos e efetivados e a liberdade assegurada. Tendo nesse sentido Boaventura de Souza Santos<sup>98</sup> descrito o fenômeno da juridificação do bem estar social que trouxe como consequência uma maior visibilidade social e política para os tribunais (postura inversa da ocorrida no *Lasser-Faire*).

O novo posicionamento do Poder judiciário aliado a dilatação e consagração constitucional dos direitos sociais e econômicos fizeram com que o direito ao acesso à justiça passasse a ter uma enorme significação, imperativo a todos os cidadãos

---

<sup>96</sup> CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. Op. Cit., p. 25.

<sup>97</sup> Idem, p. 28

<sup>98</sup> SANTOS, Boaventura de Souza, MARQUES, Mario Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. Op. Cit. Na página 25 realça que o fenômeno da juridificação acabou por trazer um aumento exponencial da procura judiciária e na conseqüente explosão de litigiosidade.

indistintamente; onde a denegação do mesmo acabaria por tornar um entrave à consecução de todos os demais<sup>99</sup>. O acesso à justiça traz consigo uma forte carga de imprescindibilidade.

Este direito fundamental – acesso à justiça - galga novos ares, sendo perquirido não só por juristas, mas também por sociólogos, economistas, políticos e toda uma gama de cientistas das mais diversas áreas, corroborando para grandes alterações normativas, institucionais e no próprio refletir do direito<sup>100</sup>.

Neste momento importante se faz o estudo do “Projeto de Florença” desenvolvido por Cappelletti e Bryant na segunda metade do século passado, que serviu de base para um relatório publicado na década de 70 sob o título *Acesso à Justiça*, enfatizando a tendência mundial de tornar efetivo os direitos do homem. É justamente este o tema a ser desenvolvido a seguir.

## 2.2 O Movimento do Acesso à Justiça

Até então o acesso à justiça era considerado como um direito natural nos Estados Liberais, ou seja, um direito que antecedia o próprio Estado, onde este último não se preocupava como os cidadãos conseguiriam concretizá-lo, mas apenas em coibir qualquer interferência de outrem nesse direito<sup>101</sup>.

Entretanto, o Projeto de Florença surgiu a fim de alterar este panorama, uma resposta a ineficácia do Estado liberal frente à consecução desse direito, passando a observar os deveres do Estado recém surgido (Estado social), e os percalços existentes em diversos campos que impediam o cidadão de obtê-lo; ocorrendo assim uma quebra de paradigmas.

A investigação realizada sob a direção de Mauro Cappelletti, sem sombra de dúvidas, é ponto nevrálgico do tema em análise, tendo a mesma sido responsável por uma transformação radical do pensamento jurídico e viabilizadora de reformas normativas e institucionais objetivadas para a concretização deste direito fundamental.

---

<sup>99</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. In: FARIA, J. E. (org.). *Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 45-46.

<sup>100</sup> LARA, Rubens. *Op. Cit.*, p. 37.

<sup>101</sup> MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de oliveira, 2000, p. 70.

O projeto findou-se no ano de 1979, do qual participaram inúmeros estudiosos das mais várias áreas do conhecimento e representando 30 países, como descrito pelo diretor, tratou-se de uma investigação internacional sobre o “acesso à justiça” que perdurou por cinco anos, culminando na publicação de uma obra em quatro volumes em seis tomos<sup>102</sup>.

Para melhor compreensão do estudo feito Cappelletti descreve na obra *Processos, ideologias e sociedade*, volume II<sup>103</sup> quais foram o objeto, propósito e a conclusão a que se chegou por meio dela, para tanto destaca que: o objeto da investigação somente foi visualizado diante das diferenças essenciais existentes entre o liberalismo clássico e a democracia moderna, que se expressam por meio da liberdade exclusiva dos mais favorecidos em acessar as instituições estatais e do lado contrário o esforço estatal em tornar possível na prática a acessibilidade de todos às instituições (liberdade negativa *versus* liberdade positiva).

Já quanto o propósito afirma que a investigação se direcionou para uma análise empírica comparativa sobre o significado e funções do Estado social (*welfare state*), procedendo a uma avaliação dos obstáculos jurídicos, econômicos, político-sociais e psicológicos que acabam por dificultar, extremamente, o uso do sistema jurídico para muitos (acarretando a ineficácia das liberdades); bem como procedeu a uma averiguação dos mecanismos utilizados por vários países com fins em abrandar ou sobrepujar esses obstáculos.

Por último assenta a conclusão a que chegou o investigador em sua análise, precisando que existem três dimensões fundamentais da justiça no mundo contemporâneo<sup>104</sup>, a saber: dimensão constitucional, dimensão transnacional e dimensão social.

Sobre as duas primeiras dimensões da justiça nas sociedades contemporâneas –constitucional e transnacional- Cappelletti<sup>105</sup> relata que ambas buscam proporcionar soluções aos graves problemas de justiça que assolam a

---

<sup>102</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v. II. Tradução e revisão Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010, p. 71. O autor demonstra que a investigação fora publicada na língua inglesa sob o título *The Florence Access-to-justice Project. A series under the general editorship of Mauro Cappelletti*, ficando dividida da seguinte forma: no volume I com o título *Access to justice. A world survey*, o volume II: *Access to justice: Promising institutions*; volume III: *Access to justice: emerging issues and perspectives* e por fim o volume IV: *Access to justice: the anthropological perspective*.

<sup>103</sup> Idem, p. 71-72.

<sup>104</sup> Idem, p. 73.

<sup>105</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v 1. Tradução e Revisão Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 379.

sociedade hodierna; onde a dimensão constitucional almeja o respeito e observância de certos valores considerados fundamentais nos ordenamentos (se restringe a relação entre indivíduo e Estado), e a dimensão transnacional mira a superação das rígidas barreiras existentes nas soberanias estatais e, por conseguinte a criação de um governo universal, chamado de *world government* (adstrito as relações dos Estados entre si).

A terceira dimensão – social - se encontra conexa com as outras duas, porém esta deve ser de fato o alvo de uma maior pormenorização na pesquisa em epígrafe, uma vez que é considerada como: o acesso à justiça e ao direito.

A fim de explicar a dimensão social da justiça aponta Cappelletti que a transposição para o Estado social ou promocional trouxe profundas transformações no que concerne a filosofia econômica social adotada a partir de então, passando o Estado a abraçar uma postura intervencionista em setores que ficavam ao talante da iniciativa e autonomia privada; mostra-se um novo Estado, não mais se posicionando como mero protetor e repressor de possíveis violações aos direitos individuais, mas sim como um promovedor dos “novos direitos sociais”<sup>106</sup>. Essa nova função agiganta o governo, e traz consigo um caráter decisivo ao pedido de justiça para o cidadão que almeja uma efetiva igualdade de oportunidades, dignidade e desenvolvimento<sup>107</sup>.

Ao dispor sobre o acesso à justiça preleciona o autor quanto a necessidade de se analisar dois aspectos principais: primeiro no que diz respeito a efetividade dos direitos sociais que não podem ficar apenas no campo teórico, mas devem influir na vida econômica social dos membros da sociedade; em segundo pela busca de formas e métodos novos e alternativos diante dos já tradicionais existentes a fim de se trazer maior racionalização. É com base nesses dois aspectos que se irá desenvolver o tema.

O movimento do acesso à justiça ora analisado vem justamente a demonstrar que o objeto perde sua característica eminentemente teórica e passa a ter uma conotação de uma reforma radical não só do pensar do direito, mas também de

---

<sup>106</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p. 10, 11 e 18. Aduz que: “*De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos*”.

<sup>107</sup> Idem, p. 383/385.

alterações institucionais e normativas a serem desenvolvidas para “alargar a porta da justiça a todos”<sup>108</sup>.

Sob o primeiro parâmetro – movimento orientado a tornar efetivos os direitos sociais criados pelo estado providência- revela-se que o ideal de igualdade meramente formal existente antes do Estado social, que se apresenta pela “igualdade de todos perante a lei”, não se preocupava com as diferenças sociais e econômicas existentes entre indivíduos, diferenças estas que acabavam por se manifestar em enormes obstáculos e dificuldades ao acesso à justiça, leis, instituições, benefícios e direitos<sup>109</sup>. O oposto ocorre no Estado social haja vista a inquietação dos direitos sociais frente a estes entraves, onde se busca promover uma igualdade real-efetiva e não meramente formal como o fez o liberalismo político.

Ao se referir ao movimento pelo acesso à justiça não se deve ter a visão equivocada de um movimento voltado apenas para a justiça – judiciário -, mas muito mais dinâmico e abrangente, num acesso amplo à educação, saúde, trabalho, cultura, etc; mas sem sombra de dúvidas o primeiro fora o que ganhou maior destaque, provocando, por sua vez o surgimento das chamadas ondas reformadoras<sup>110</sup>

São essas ondas reformadoras que buscam oferecer soluções práticas aos entraves que surgem ao acesso à justiça, sendo elas sistematizadas como: Assistência judiciária para os pobres; representação dos interesses difusos e acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça<sup>111</sup>.

A primeira onda buscou superar as dificuldades oriundas da pobreza, fazer evidenciar formas mais eficazes de assistência judiciária; já a segunda se preocupou em solucionar a celeuma quanto ao acesso a tutela jurisdicional referente a direitos e interesses difusos (como consumidor, ambiental e coletivo) diferente dos direitos comumente considerados, que não podem ser solucionados por meios processuais tradicionais.

<sup>108</sup> NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 39.

<sup>109</sup> CAPPELLETTI, Mauro, Op. Cit., p. 384. A fim de exteriorizar essas diferenças o autor lança: “*Por exemplo, se é certo que as portas dos tribunais estão formalmente abertas igualmente para todos, não é menos certo que tal acesso é bem diverso para quem tenha uma informação suficiente sobre seus próprios direitos, que se possa fazer-se representar por um bom advogado, e tenha a possibilidade de esperar os resultados a miúdo tardios dos procedimentos jurisdicionais, do que para quem careça de tais requisitos econômico-culturais*”.

<sup>110</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 22.

<sup>111</sup> GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Tutela Específica das Obrigações de Fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 05.

Por sua vez a terceira onda que surge diante da dilatação do acesso aos órgãos jurisdicionais - fenômeno do “gigantismo jurisdicional”<sup>112</sup> - trazendo por consequência a preocupação no que se refere ao inchaço daquele órgão face ao grande número de demandas (prisma quantitativo), bem como na qualidade dos procedimentos e decisões delas oriundas que poderiam cair de forma vertiginosa por causa do excesso de processos (prisma qualitativo).

Esta última onda deve ser vista, segundo Cappelletti<sup>113</sup>, como a mais importante e complexa do movimento pelo direito a uma justiça mais acessível; possuindo três fins claros: adoção de procedimentos mais simples, econômicos, lógicos e hábeis; promover e tornar acessível uma justiça “coexistencial”, ou seja, uma justiça permeada pela conciliação e mediação; e por último a de submeter as atividades públicas a formas mais novas e acessíveis de controle –uma justiça mais participativa e descentralizada-.

Como apontado acima o Projeto de Florença não apenas trouxe mudanças em prol do acesso à justiça no âmbito da prática, mas também provocou uma alteração quanto ao pensar o direito, (o método de análise jurídica). Concentrando sua análise real-funcional sobre as próprias partes, chamados de “consumidores”, e não na clássica ponderação sobre os juízes, legisladores e administradores, chamados de “produtores”. Desta forma as normas, princípios e soluções apresentadas pelo sistema jurídico sob este novo viés devem convergir para o contexto da “demanda dos consumidores”<sup>114</sup>.

Nessa nova perspectiva o direito deve ser encarado não pela ótica exclusiva de seus produtores e produto, mas deve ser encarado pelo ângulo dos consumidores do direito e da justiça – ou seja: dos usuários dos serviços processuais-<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 388-389.

<sup>113</sup> Idem, p. 390.

<sup>114</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 392.

<sup>115</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *O Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 15.

Conclui-se, portanto que dentro de uma sociedade democrática a melhor perspectiva é a de que o direito e o Estado - o Poder Judiciário - devem assumir sua real figura, qual seja a de um instrumento posto a disposição dos cidadãos – consumidores-<sup>116</sup>.

Conforme afirma Nalini<sup>117</sup>, há duas vertentes no movimento dirigido por Cappelletti, uma cultural e outra prática, sendo que a primeira ganha maior conotação para o autor ao dizer que há que se ter um novo pensar diante do direito, não devendo se aceitar o retrógado automatismo da lei ao caso concreto, mas sim uma posição mais proativa por parte do Poder judiciário, que ganhou enorme força diante da ampliação das vias de acesso ao judiciário.

Nesse direcionamento o legislador constituinte em 1988 foi pródigo ao buscar atender o maior número possível de reclamos, vindo a multiplicar as portas de acesso à proteção de direitos lesados, como pode-se ver no texto constitucional o direito a: petição (artigo 5º, XXXIV da Constituição Federal) a inafastabilidade do controle jurisdicional diante de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV da CF/88), prestação de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas com comprovada insuficiência de recursos (art. 5º, LXXIV da CF/88), as ações populares, habeas corpus, mandados de segurança, injunção dentre outros mais. Todos esses mecanismos demonstram a nítida opção de se levar as demandas sociais para o judiciário. Logo, tornando o acesso à justiça uma realidade fenomênica e não mera aspiração doutrinária<sup>118</sup>.

O movimento de acesso à justiça acabou por apresentar o Poder judiciário como o caminho, não o único, mas o principal para a obtenção da justiça, uma vez que a busca pela justiça deve perpassar obrigatoriamente pelo judiciário. Entretanto esse judiciário tem que ser visto como um serviço posto ao cidadão, serviço esse que irá buscar a efetivação de seus direitos sociais (igualdade material e não apenas formal).

A jurisdição se opera por meio do processo, devendo este último ser um instrumento voltado para a consecução da paz social, satisfação e segurança

---

<sup>116</sup> Idem, p. 393. O autor ao se referir a esta nova visão, a dos consumidores, assim se manifesta: *“Mas é, precisamente, esta nova perspectiva a que melhor convém, obviamente, a uma sociedade democrática, livre e aberta, que deve pretender que os seus official processors assumam sua função não numa visão “ptolomaica” do direito e do Estado, mas em vista do bem estar dos consumidores que é como dizer que o direito e o Estado devem, finalmente, ser vistos por aquilo que são: como simples instrumentos a serviço dos cidadãos e de suas necessidades, e não vice versa”*.

<sup>117</sup> NALINI, José Renato. Op. Cit., p. 90.

<sup>118</sup> Idem, p. 92.

jurídica<sup>119</sup>; como apontado por Cappelletti e Garth uma das finalidades buscada pelo movimento, por meio do sistema jurídico, é o resultado individual e social justo<sup>120</sup> a ser auferido ao se acessar o Poder Judiciário.

Desta feita o Poder Judiciário, por meio de seu instrumento<sup>121</sup>, qual seja: o processo, deve vir a satisfazer os anseios sociais, solucionar as querelas surgidas no tecido social, com escopo a restabelecer a ferida aberta pelo desgastes social da forma mais justa<sup>122</sup>.

### 2.3 A Conjuntura destoante no Poder Judiciário

Tema que não é exclusivo de um ou poucos países, mas sim de contornos globais, a crise que se alojou na justiça e a assola vem sendo diuturnamente estampada na mídia, demonstrando assim a insatisfação dos consumidores para com o aparato judicial, e por conseguinte colocando em xeque o acesso a justiça<sup>123</sup>. Ressalta-se que essa crise atinge a tudo e a todos, desde a população ávida pela justiça até o próprio magistrado e operadores do direito que não conseguem dirimir os problemas surgidos diante do exercício de suas funções, perpassando pelos servidores, chegando por fim a potencializar a litigiosidade latente; o que levou Grinover a assinalar que: “A justiça é a denegação da justiça. A justiça é injusta. Não existe justiça”<sup>124</sup>.

Importante lembrar que em países como o Brasil, em que a função jurisdicional é desenvolvida quase que exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da justiça é identificada como uma crise do Judiciário, mas indaga-se: aonde se originaria essa crise?

---

<sup>119</sup> GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 07. Aduz: “*O Acesso à Justiça determina, na visão dos autores supracitados, duas finalidades básicas do sistema jurídico, através do qual os cidadãos podem reivindicar seus direitos e também resolver seus litígios sob as guardas do Estado: primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e socialmente justos.*”

<sup>120</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 24.

<sup>121</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. A Instrumentalidade do Processo, 4 ed, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 149.

<sup>122</sup> GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 08. Nos preleciona que : “*...situar o processo em seu verdadeiro e acertado caminho, ou seja, algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos infelizes) mediante a eliminação dos conflitos que as envolve com decisões justas.*”

<sup>123</sup> GOMES, Conceição. *O Tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 14. Informa que: “*A lentidão da justiça, consensualmente reconhecida como uma das principais disfunções do sistema judicial português é, também, a grande responsável pelo crescente desprestígio e mesmo perda de legitimidade social dos tribunais como instância de resolução de conflitos*”.

<sup>124</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo em Evolução*. 2 ed. São Paulo: Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 1998, p. 21.

Para tanto deve-se recorrer ao exposto anteriormente no que concerne a transformação do Estado liberal para o Social, momento político social em que o Estado passa a adotar uma postura intervencionista, mais ativa, ocorrendo a juridificação do bem estar social, em que se dá uma maior visibilidade social e política para os tribunais, local onde os direitos sociais se efetivam; tudo desaguando no inchaço descomunal do Judiciário somado a ineficiência recorrente do mesmo.

Estas transformações ocorridas ao longo do século XX apresentaram várias motivações podendo trazer à baila algumas delas, como: as inúmeras mutações sociais ocorrentes, os conflitos bélicos que causaram arrasto populacional, o êxodo rural ocasionado pelo processo de industrialização vindo a trazer o fenômeno da urbanização da sociedade, dentre outros vários panos de fundo que se poderia elencar. Todas essas modificações cabe frisar, tiveram por sequela a elevação dos casos de conflitos que são submetidos ao crivo do Poder Judiciário, o que acabou por trazer uma grande diferenciação entre os anseios sociais e o serviço jurisdicional posto ao cidadão.<sup>125</sup>

Desta forma evidenciasse a crise no Poder Judiciário, no Estado contemporâneo, ficando este completamente impossibilitado de resolver todos os conflitos insurgentes no ambiente social.

Nuno M. M. Santos Coelho<sup>126</sup> alerta que diante desta moldura instalada nasceu a chamada sociologia da administração da justiça que foi utilizado como um instrumento importante para se proceder ao estudo do dizer do direito (jurisdição), bem como responsável pela elaboração de diretrizes políticas referentes a administração da justiça, apontando dentre estas diretrizes a do enfrentamento de alguns temas como o acesso a justiça, o Judiciário como instância política e como prestador de serviço, e a litigiosidade e respectivos meios de resolução existentes na sociedade.

---

<sup>125</sup> DALLARI, Dalmo. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 8. “há evidente descompasso entre o Poder judiciário e as necessidades e exigências da sociedade contemporânea”.

<sup>126</sup> COELHO, Nuno M. M. Santos. A Instrumentalidade do Processo e o Direito de Acesso à Ordem Jurídica Justa (estudo em homenagem aos Professores Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe). *In: Revista Jurídica da Universidade de Ouro Preto*, Ouro Preto, v.1 n.1. janeiro/julho, 2000, p. 54.

Relata ainda o autor<sup>127</sup>, no que diz respeito ao acesso a justiça e a ineficiência do Estado jurisdição, que o tema ganhou grande vulto e importância para a efetivação dos direitos, sejam sociais ou individuais, mas que o judiciário, a ser considerado o principal instrumento de consecução desses direitos, se depara com dois empecilhos que levam a sua não aplicação, sendo eles os óbices jurídicos e metajurídicos<sup>128</sup>.

Aliado ao que foi delineado nos parágrafos anteriores José Eduardo Faria<sup>129</sup> ao descrever o judiciário contemporâneo argumenta dizendo que a “Crise da Justiça” se dá em decorrência da crescente ineficiência do Poder judiciário no desempenho de suas funções básicas (instrumental política e simbólica) face o desregramento entre estrutura do Estado e a realidade do tecido social.

A sociedade como hoje se encontra, com altos níveis de pobreza, desigualdade e miséria, não é um campo fértil para o funcionamento do judiciário no moldes para qual foi concebido (para uma sociedade estabilizada e com distribuição de rendas). Isto acaba por negar aos cidadãos os seus mais fundamentais direitos podendo citar dentre eles o princípio da igualdade perante a lei e o do acesso aos tribunais.

Diante de um judiciário com baixo desempenho e sobrepeso estrutural fica demonstrado vários fatores complicadores como: a morosidade dos processos e seu elevado custo, uma justiça que se apresenta burocratizada e com procedimentos complicados trazendo, por conseguinte o afastamento do cidadão – consumidor - do

---

<sup>127</sup> Idem, p. 49. Assim colaciona: “O tema do acesso ao judiciário avulta a partir da clareza de que os proclamados direitos sociais passam a constituir, somados aos individuais, um núcleo sintético indivisível dos direitos humanos (de modo que a não garantia daqueles implica o não gozo destes na prática). Duas ordens de fatores concorrem para a não aplicação deles todos pelo judiciário, que a rigor é o mais importante ou pelo menos o último meio de garanti-los: óbices jurídicos e metajurídicos”.

<sup>128</sup> Óbices jurídicos seriam aqueles que estão ligados ao impedimento do oferecimento da prestação jurisdicional face a própria sistemática processual. Já os óbices metajurídicos estariam ligados à condição social, cultural e econômica dos indivíduos necessitados da prestação jurisdicional.

<sup>129</sup> FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no Século XXI: a Crise na Justiça no Brasil*. Texto preparado e proferido no Seminário “Direito e Justiça no Século XXI”, apresentado no Centro de Estudos Sociais, em Coimbra, Portugal, 2003, p. 3. Manifesta-se: “a ineficiência da justiça brasileira no exercício dessas três funções decorre, em grande parte, da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade sócio econômica a partir da qual e sobre a qual tem de atuar”.

judiciário, entravando assim o direito alhures.<sup>130</sup>

Ainda que de forma breve torna-se vital o esclarecimento de alguns dos pontos supra hasteados como opressores da efetividade do direito fundamental em estudo.

Levanta-se a *priori* a questão da morosidade do Poder judiciário em dar fim ao conflito de interesse a ela apresentado. Na atualidade já há uma consciência por parte da sociedade do retardamento descomunal dos julgamentos, sendo declarado como o fator decisivo desta delonga o próprio aparelho jurídico legal. O desenvolvimento infundável dos processos, levam a uma ausência de solução para o conflito apresentado<sup>131</sup>.

A lentidão do Poder judiciário é reconhecida, de forma consensual, como o mais grave problema do sistema judicial, acarretando altos custos sociais, econômicos e políticos; fato evidenciado não somente no Estado Brasileiro, mas também na maior gama de nações possíveis, se transformando em uma doença que afeta a justiça e impede o não cumprimento do direito constitucional de tutela efetiva dos direitos dos cidadãos<sup>132</sup>

Outro fator apontado seria a excessiva litigiosidade e a universalidade da jurisdição, elementos marcantes da sociedade contemporânea. Salta aos olhos a corriqueira aparição em litígios de pessoas que nunca antes usaram o judiciário, bem como uma onda crescente de aumento de novas espécies de litígios que surgem para serem submetido à intervenção do Estado Juiz. Enfim são os novos tempos que trazem consigo um assustador aumento da violência, novos problemas que surgem cada vez mais complexos entre Estado e indivíduos ou entre os próprios indivíduos. Tudo isto acaba por causar uma sobrecarga no aparato judicial e por

---

<sup>130</sup> GRINOVER, Ada Pelegrini. *Mediação e Gerenciamento do Processo – revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 2. Apresenta a seguinte colocação: “A morosidade dos processos; seus custos; a burocratização na gestão dos processos; certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz, que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”).”

<sup>131</sup> TORRES, Jason Ayres. *O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 34.

<sup>132</sup> GOMES, Conceição. Op. Cit. Acentua na página 12 que o presidente da comissão de avaliação dos tribunais na França, em uma análise feita nos anos de 1996 e 1997 veio a concluir em seu trabalho que o maior problema atualmente na França não seria a ajuda ao cidadão de ter acesso à justiça, mas sim o de ajudar o mesmo a sair dela, ou seja, o de criar condições que poderiam permitir uma reposta da justiça em um prazo razoável.

consequência acarretando na impossibilidade de se deliberar com efetividade às cobranças e esperanças do cidadão. Ponto este muito bem colocado por Ada Pellegrini ao dispor sobre a macrocefalia do Estado moderno – a tradicional crise estrutural<sup>133</sup>

No que tange à custa judicial, observa-se que nas sociedades modernas a resolução formal dos litígios existentes nos tribunais é muito dispendiosa, onde os litigantes necessitam aguentar os elevados custos referentes às batalhas judiciais, custos estes relativos aos honorários advocatícios e custas judiciais<sup>134</sup>.

É concebido que em países como o Brasil as resoluções de litígios se tornam extremamente caras, o que acaba por tornar inviável para os mais fracos o acesso a justiça, em que por não possuir condições econômicas para suportar o processo, acabam por levar ao abandono ou aceite de acordos desfavoráveis e até mesmo chegam a não buscar socorro no Estado Juiz<sup>135</sup>.

Outro mote muito levantado é o da burocratização da justiça, querendo-se expor que ficam os magistrados apegados aos excessivos formalismos presentes nos atos processuais, não só ocasionado pela legislação processual, mas também pela interpretação mais protocolar que se ativa na práxis forense. Fato muito bem delineado por Dallari<sup>136</sup> ao dispor sobre o apego excessivo à legalidade, como consequência do positivismo, e assim coloca: “o legalismo expulsou a justiça.”

Como dito por Pellegrini<sup>137</sup> há uma crise de mentalidade face a inadequação no processo seletivo dos membros do Poder judiciário, bem como desacerto quanto a formação dos juízes para lidar com os conflitos surgidos nessa nova sociedade que demanda uma postura de arbitro não estático, mas sim aberto as novas funções institucionais que lhe exigem –dirimir polêmicas de extensões sociais e políticas-.

---

<sup>133</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., dispondo na p. 21 que: “Acreça-se a tudo isso a profunda transformação da sociedade, em cujas relações de massa a interação social é cada vez mais intensa e atuante, seja em nível de conflitos clássicos intersubjetivos, multiplicando-os e pulverizando-os, seja em nível de novos conflitos metaindividuais, para os quais somente agora as estruturas processuais começam a dar uma incipiente resposta: termos a completar o quadro de uma justiça que se tornou inadequada até para as controvérsias tradicionais, o desaparecimento e a falta de resposta pronta e idônea para os novos conflitos”.

<sup>134</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 26. Diz que: “De qualquer forma, torna-se claro que os altos custos, na medida em que uma ou ambas as partes devem suportá-los, constituem uma importante barreira ao acesso à justiça”.

<sup>135</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 40.

<sup>136</sup> DALLARI, Dalmo. Op. Cit., p. 82: “Há maior preocupação com a legalidade do que com a justiça nas decisões judiciais. Esse apego às formalidades legais é herança do positivismo jurídico, desenvolvido no século XX”.

<sup>137</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 25.

Não devemos esquecer do atual sistema processual (onde há um alarde de crise) que apesar das inúmeras reformas a que vem sendo submetido no decorrer dos últimos anos, ainda se oferece impróprio, representando um desacerto entre os instrumentos processuais em vigor e uma prestação jurisdicional rápida e capaz.

Ao que tudo foi exposto sobre a crise instalada pode-se abstrair que a lentidão do judiciário é fruto de múltiplos fatores, fatores estes que não podem ser apontados como o principal ou de menos relevância, também se chega a certeza que este fenômeno não é exclusivamente brasileiro, bem como de que nem todos tem interesse em solucioná-lo; contudo não há de se fugir do imperativo de se aperfeiçoar a justiça<sup>138</sup>.

O acesso à justiça, ou melhor a questão de abertura a ela, hoje já não se apresenta mais como problema como visto acima, sendo que na atualidade o cerne da questão se apresenta quanto a qualidade e efetivação de uma resposta aos conflitos apresentados; enfim a possibilidade que se tem de sair com uma solução justa e efetiva, desfazendo injustiças<sup>139</sup> Está a se buscar pela pacificação social, ou nos dizeres de Gaio<sup>140</sup>: *“tornar as pessoas mais felizes ou, no mínimo menos infelizes”*.

A pesquisa não tem por escopo apenas demonstrar o aspecto negativo da crise (da justiça, judiciário e juízes) presente, mas principalmente a de buscar e apresentar mecanismos capazes não de abolir com ela, mas pelo menos diminuí-la; e dentre as inúmeras diligências apresentam-se duas vertentes: uma jurisdicional e outra extrajudicial<sup>141</sup>.

No que diz respeito ao esforço jurisdicional, que, diga-se de passagem, não ser o alvo do estudo, podem-se enumerar alguns, apenas a título de ilustração, sendo eles: busca de processos coletivos em substituição aos individuais, reestruturação da organização judiciária, juizados especiais, dentre outros.

---

<sup>138</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 1-13.

<sup>139</sup> DINAMARCO, Candido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4 ed. São Paulo Malheiros, 2001, p. 64. Assim preleciona: *“O direito moderno não se satisfaz com a garantia da ação como tal e por isso é que procura extrair da formal garantia desta algo de substancial e mais profundo. O que importa não é oferecer ingresso em juízo, ou mesmo julgamento de mérito. Indispensável é que, além de reduzir resíduos de conflitos não jurisdicionáveis, possa o sistema processual oferecer aos litigantes resultados justos e efetivos, capazes de reverter situações injustas”*.

<sup>140</sup> GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 106.

<sup>141</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. Cit., p. 22.

O que neste momento será lançado, para mais a frente ser esmiuçado, é o que se intitulou de deformalização das controvérsias, ou seja, a busca de meios alternativos de composição dos litigantes, que apresenta várias funções como: a de recuperação de controvérsias que em sua maior parte não seriam submetidas à decisão judicial; a existência de efeito racional na distribuição da justiça –que levaria ao desinchaço dos tribunais; estímulo aos meios participativos, de informação e consciência nas decisões; e por ultimo e mais importante o alcance efetivo de uma paz social, submetendo a lide (o conflito) a uma análise profunda e não meramente parcial como a que ocorre na justiça convencional<sup>142</sup>.

Mas isto já é uma questão que será tratada de forma mais detida a seguir.

---

<sup>142</sup> Idem, p. 23.

### 3. INSTRUMENTOS DE COMPOSIÇÃO DE LITÍGIOS E A JUSTIÇA COEXISTENCIAL.

#### 3.1 O Processo e suas Missões

Bastante oportuno, antes mesmos de delinear as formas de resolução de conflitos que se apresentam como uma das aptidões do direito processual (que neste caso, é a de servir como aparelho para a efetiva realização dos direitos materiais), que se venha solidificar todas as vocações axiológicas do direito processual. Enfim, é necessária uma compreensão global, para depois adentrar, detalhadamente, no conteúdo específico do presente capítulo.

Com o desenrolar da análise atinente ao sistema processual nos tempos, deixou-se de lado apenas a preocupação existente quanto à compreensão e conceituação de seus institutos para se voltar à busca do entendimento de seus fins<sup>143</sup>.

Niceto Alcalá Zamorra Y Castillo<sup>144</sup> fora um dos primeiros a buscar os fins e restrições do processo, tendo afirmado que o processo satisfaz um duplo desígnio; qual seja: uma função repressiva e outra preventiva. A primeira se materializa na busca pelo reparo do ordenamento jurídico desfigurado pelo conflito; já a segunda – preventiva- busca evitar uma turbação na ordem pública<sup>145</sup>.

---

<sup>143</sup> AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas Metodológicas de Mediação: Apontamentos sobre a Autocomposição no Direito Processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 154. Nesse sentido explica que: "Ultrapassada a fase imanentista (ou privatista) e a fase autonomista, quando os debates doutrinários orbitavam em torno de temas dentre os quais se destacam as suas premissas metodológicas, a definição do objeto e a conceituação de seus institutos, atualmente discute-se com mais frequência, sob o prisma deontológico, a orientação teleológica de sistemas processuais modernos e efetivos".

<sup>144</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Processo, Autocomposição e Autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 198.

<sup>145</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 155. "Em outras palavras, o processo serve de um lado ao interesse individual específico, que se vincula a cada um dos litígios que resolve (finalidade repressiva) e, por outro lado, ao interesse social e geral, que é estendido a quantos litígios possam ser submetidos à jurisdição estatal (finalidade preventiva)".

Nesse contexto foram apresentadas as chamadas *três missões transcendentais*<sup>146</sup> do sistema processual, que segundo amoldamento de Dinamarco<sup>147</sup> seriam os escopos jurídicos, político e social do sistema processual; asseverando que os processualistas contemporâneos devem deixar de lado uma postura eminentemente técnica e dogmática, para se ter também uma postura crítica e inconformista, com finalidade de transformar a aplicação do processo. Enfim, devem se desprender de uma visão meramente interna do processo, para se ampliar as investigações instrumentalistas do mesmo<sup>148</sup>, e se preocupar com os resultados a serem obtidos com o processo<sup>149</sup>.

Cada um dos escopos deve ser notado, para tanto se observa primeiramente quanto ao escopo jurídico que apresenta como missão a de servir como um instrumento de realizar o direito material em face de litígios que porventura surjam. Em um segundo momento tem-se o escopo político, que por sua vez, se restringe a função que o ordenamento jurídico processual possui de influenciar politicamente a relação firmada entre o Estado e seus cidadãos; volvida à concretização das garantias de justiça e liberdade decorrentes das estruturas institucionais do Estado<sup>150</sup>. Por fim, o escopo social, que se mostra como uma forma de se efetivar a pacificação social, uma vez que se busca eliminar conflitos através de justos critérios; bem como a missão de educação cívica dos cidadãos quanto a seus direitos e obrigações<sup>151</sup>.

---

<sup>146</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Op. Cit. p. 233.

<sup>147</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros. 2000, p. 149. Assevera o autor quanto à necessidade de demarcar os fins/objetivos do processo, e não apenas afirmar o seu caráter instrumental, veja-se: “É vaga e pouco acrescenta ao conhecimento do processo a usual afirmação de que ele é um instrumento, enquanto não acompanhada da indicação dos objetivos a serem alcançados mediante o seu emprego. Todo instrumento, como tal, é meio; e todo meio só é tal e se legitima, em função dos fins a que se destina. O raciocínio teleológico há de incluir então, necessariamente, a fixação dos escopos do processo, ou seja, dos propósitos norteadores da sua instituição e das condutas dos agentes estatais que a utilizam.”. Conclui: “Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade”.

<sup>148</sup> Idem, p. 309 e 310.

<sup>149</sup> COELHO, Nuno M. M. Santos. A Instrumentalidade do Processo e o Direito de Acesso à Ordem Jurídica Justa (estudo em homenagem aos Professores Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe), *Revista Jurídica da Universidade de Ouro Preto*, Ouro Preto, v.1. n.1. janeiro/julho, 2000, p. 54. Coloca o autor que: “O novo método a guiar o labor do processualista moderno privilegia a compreensão do Processo pelo ângulo externo, mandando compatibilizar o rigorismo científico da sistemática processual com a preocupação de obtenção dos resultados a que se deve chegar o Processo. O estudo e a aplicação do Processo imbuem-se de uma perspectiva teleológica fundamental”.

<sup>150</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Op. Cit. p.234.

<sup>151</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. Cit., p. 159. Diz que: “... há de aceitar que direito e processo compõem um só sistema voltado à pacificação de conflitos. É uma questão de perspectiva: enquanto a visão jurídica de um e outro em suas relações revela que o processo serve para a atuação do direito, sem inovações ou criação, o enfoque social de ambos os mostra assim solidariamente voltado à mesma ordem de benefícios a serem prestados à sociedade”.

Passadas estas primeiras afirmações, sobre a afirmação das missões do sistema processual, com escopo em asseverar sua imprescindibilidade, é de se esclarecer o caráter de sociabilidade do ser humano. Uma vez ente social, realizando diversas atividades com interação com outras pessoas, sejam físicas e jurídicas, traz como consequência do desenrolar dessas atividades várias situações de insatisfação<sup>152</sup>, divergência e conflitos<sup>153</sup>. Acarretando por conseguinte angustias e tensões sejam na esfera individual, seja na coletiva (social).

A supressão desses conflitos ocorrentes na existência em sociedade se deu e ocorre por diversas formas, mas sempre proveniente do alvitre de um ou ambos os indivíduos colidentes, ou resultado do ato de um terceiro. Assim, pode-se afirmar que a justiça é consolidada na evolução da humanidade por meio de três formas de solução, sendo elas: autodefesa – também chamada de autotutela -, autocomposição e heterocomposição.

A partir deste ponto se emanará algumas ponderações sobre cada uma dessas formas de resolução de conflitos, contudo, de antemão, já se deve advertir que não se busca exaurir o estudo de cada uma delas, mas tão somente a de proceder a uma abordagem descritiva dessas categorias ora enunciadas.

### 3.2 Da Autotutela

Este método de resilição de conflitos recebe inúmeras denominações por parte dos doutrinadores, podendo ser apontada algumas, como: autodefesa, auto-ajuda (Radbruch), defesa privada (Carnelutti), auto-justiça (Goldshimidt) e a autotutela dada por Eduardo Couture.<sup>154</sup>

No que se concerne a autotutela, preleciona a doutrina clássica que esta forma de resolução de conflitos deve ser considerada a mais antiga das existentes no decorrer da história da humanidade, onde os próprios indivíduos decidiam e executavam suas decisões, sem a participação de qualquer entidade ou indivíduo

---

<sup>152</sup> Idem, p. 160. “É sabido e repetido que a vida em sociedade gera insatisfações, mercê de condutas contrárias aos interesses das pessoas e mercê de serem estes literalmente infinitos, enquanto finitos são só bens da vida sobre os quais incidem. “Por insatisfação, entenda-se um sentimento, um fenômeno psíquico que costuma acompanhar a percepção ou ameaça de uma carência”.

<sup>153</sup> GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre a Mediação cível. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 4.

<sup>154</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 28.

superior. Assim o era haja vista a inexistência de um ente (Estado) suficientemente forte que pudesse vir a sobrepujar os arrojos particulares de cada ser humano e impor uma decisão como consequência<sup>155</sup>.

Neste sentido observa-se que se está diante da lei do mais forte, caracterizando-se como a imposição através da violência física ou moral, em que ocorre a injunção do anseio de um sobre a vontade de outrem<sup>156</sup>. Não se fala na apresentação ou postulação de uma afirmação da existência ou inexistência de um direito, mas sim de uma solução germinada puramente da força.

Antônio Pereira Gaio Júnior<sup>157</sup> apresenta alguns exemplos ocorrentes na legislação atual quanto à autodefesa, sendo eles: a legítima defesa na esfera penal, o desforço incontinenti na esfera civil e a greve na esfera trabalhista. Acrescenta-se outras formas de manifestação da autotutela, como o estado de necessidade e o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Cabendo salientar que esse meio de satisfação de pretensões deve ser adotado em caráter excepcionalíssimo, e somente quando admitidos em lei, uma vez que a cultura hodierna não consente mais em uma “justiça” advinda por meio do triunfo do mais forte, astuto ou arrojado sobre o mais fraco ou acanhado<sup>158</sup>.

Raquel Mota Dias<sup>159</sup> ensina: “A autotutela não possui terceiro nem imparcial nem com poder de decisão.”.

### 3.3 Da Autocomposição

Por sua vez esta outra forma de compor litígios deve ser vista como uma categoria de solução de conflitos mais evoluída, apesar de ter convivido com a

---

<sup>155</sup> ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2011, p. 27. Explicando o meio de resolução em estudo diz que: “Assim, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão”.

<sup>156</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 152. Sobre a característica desta forma de resilição de conflitos pondera o doutrinador: “Como características fundamentais da autotutela aponta-se a ausência de um terceiro com poder de decisão vinculativa e a imposição da vontade de uma parte à outra”.

<sup>157</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 28.

<sup>158</sup> ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., p. 27.

<sup>159</sup> DIAS, Raquel Mota. A Mediação na Esfera Civil como Meio Propício para a Solução de Conflitos. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.). *Direito Processual em Movimento*. Curitiba: CRV, 2011, p. 136.

autotutela, apresentando uma “expressão altruísta” nos dizeres de Gaio Junior<sup>160</sup>.

Encontra-se intimamente ligada a certos comportamentos das partes existentes no litígio, a saber: renúncia, reconhecimento e concessões recíprocas.

Apresenta como características predominantes: a inexistência de um terceiro (que poderia impor uma decisão) e um ajuste que é obra da vontade livres das próprias partes, ou seja, são parciais<sup>161</sup>. Portanto, a autocomposição é uma forma de resolução que se apresenta como decorrência da vontade das próprias partes sem a intromissão vinculativa de um terceiro.

A autocomposição pode ser unilateral e bilateral. Será unilateral nos casos da desistência (onde ocorre a renúncia à pretensão) e submissão (em que há um reconhecimento à pretensão). No que tange a autocomposição bilateral temos a transação (que se dá por meio de concessões recíprocas)<sup>162</sup>.

Esta forma de resolução de contendas passou por transformações durante os tempos, uma vez que no início, como visto logo acima, imaginava-se que a autocomposição somente poderia sobrevir por meio de sacrifícios ou concessões de uma das partes –está a se falar na desistência e submissão - ou de ambas as partes – no caso a transação-. Contudo, hoje, já se vê formas de autocomposição que venham a atender os interesses das partes de forma integral, sem se falar em sacrifícios ou concessões, para tanto basta que se utilize de mecanismos que ofereçam um hábil arcabouço transacional<sup>163</sup>.

Dentro desta moderna silhueta de se ver a autocomposição pode-se encontrar três formas de meios propícios de solução de conflitos, sendo eles: a negociação, a conciliação e a mediação. A primeira é chamada de direta ou bipolar, em que as próprias partes solucionam os pontos controvertidos da contenda; já as duas últimas recebem a denominação de autocomposição assistida, indireta ou

---

<sup>160</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 28 e 29. E sobre esta forma de resolução o autor realça sobre a adoção dos mesmos nos ordenamentos hodiernos, veja-se: “*Convém ainda esclarecer que a autocomposição permanece presente nos ordenamentos jurídicos modernos, sendo, inclusive, estimulado por vários momentos dentre eles, na esfera civil com a transação; no âmbito penal, com o perdão do ofendido e mesmo na esfera civil e trabalhista onde se opera um estímulo à conciliação*”.

<sup>161</sup> ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pelegrin;. DINAMARCO, Candido Rangel. Op. Cit., p. 27. Ressalta-se: “*Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais – no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas*”.

<sup>162</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Proceso, Autocomposición e Autodefesa*. Cidade do México: Editora Universidad Autónoma Nacional de México, 1991, p. 91.

<sup>163</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 152

triangular, onde as partes são açodadas por um terceiro, individuo neutro quanto às pretensões, com objetivo de arranjar a pendência entre eles existente<sup>164</sup>.

Nas próximas linhas cada uma dessas formas passará por breves explanações descritivas, sem pretensões de se extenuar o assunto.

A priori apresenta-se a negociação, uma forma de autocomposição, onde não existe a figura de um terceiro que poderia vir a substituir a vontade das partes e, por conseguinte decidir o conflito, nem muito menos irá participar desta relação. Rozane Cachapuz<sup>165</sup> nos descreve sobre o tema da seguinte forma: “a negociação é um processo voluntário que acontece quando as partes buscam soluções para resolver suas negociatas, podendo ocorrer somente entre elas (...). Geralmente é informal e não estruturada”.

Desta forma a negociação é caracterizada pela voluntariedade, ou seja, as próprias partes, sem a participação de um terceiro, chegam a um acordo, sendo que pode ocorrer em qualquer tipo de disputa<sup>166</sup>. Não há um terceiro, sendo as partes envolvidas que decidem o conflito.

Cabe acrescentar que existem várias espécies de negociação, como: a negociação barganha<sup>167</sup>, a distributiva<sup>168</sup>, a integrativa<sup>169</sup> e a cooperativa<sup>170</sup>. Cada uma com suas especificidades, mas sem sombra de dúvidas, como descrito por Juliana Demarchi<sup>171</sup>, a última das espécies, face aos seus princípios norteadores<sup>172</sup>, é a que viabiliza uma negociação caracterizada pelo “ganha-ganha”, em que não existirá um ganhador e um perdedor, uma vez que ambos os interesses serão

---

<sup>164</sup> Idem, p. 153.

<sup>165</sup> CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos de Direito de Família*. 4ed. Curitiba: Juruá, 1994, p. 20.

<sup>166</sup> DIAS, Raquel Mota. Op. Cit., p. 140.

<sup>167</sup> Baseada na manutenção das posições das partes.

<sup>168</sup> Negociação permeada pela busca das partes em maximizar seus ganhos, logo em contraposição aumenta-se as perdas do outro contendor.

<sup>169</sup> Negociação caracterizada pela existência de vários interesses buscados e as partes não são consideradas oponentes.

<sup>170</sup> Marcada pelo diálogo almejando o atendimento a interesses de ambas as partes

<sup>171</sup> DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 54. Diz que: “O processo técnico da negociação, embora pareça banal, implica uma mudança de atitude de todos os envolvidos, que se desvencilham de suas posições para discutir seus reais interesses, gerando o que se chama de acordo “ganha-ganha”, pois se busca uma solução por meio do qual ambas as partes saiam satisfeitas, obtendo-se um ato de composição que não implique, necessariamente, renúncia a direitos (esquema conceitual clássico da transação), mas verdadeira composição de interesses.”

<sup>172</sup> A negociação cooperativa apresenta os seguintes princípios: 1) separação das pessoas do problema volta-se dessa forma para o problema, sem se atacar as pessoas; 2) concentração dos interesses a serem atingidos e não nas posições das partes; 3) procurar opções que alcancem benefícios mútuos para as partes, e 4) adoção de critérios objetivos.

atendidos de forma razoável. Considerada pela autora acima “como um paradigma de negociação ideal”<sup>173</sup>.

Fabio Portela Lopes de Almeida<sup>174</sup> preleciona que a negociação apresenta várias vantagens, realçando dentre elas, as seguintes: um baixo custo operacional, considerando a desnecessidade de se contratar uma pessoa a fim de conduzir o processo; possibilidade de se trazer soluções criativas ao caso apresentado; despregamento das soluções a parâmetros legais e; por fim, a possível melhora do relacionamento das partes pós negociação.

Na conciliação, por sua vez, a solução do conflito a ser buscada pelas partes conta com o auxílio de uma terceira pessoa, denominado de conciliador; cabendo a este buscar uma solução ao litígio apresentado<sup>175</sup>, onde não apenas auxilia as partes na busca do consenso, mas decide por fim qual a solução a ser adotada.

Esta forma de autocomposição assistida (indireta ou triangular) é avaliada como a mais adequada diante de conflitos objetivos, ou seja, àquelas contendas surgidas entre partes que não se conheciam antes do fato, apresentado como singular vínculo o reparo da posição anterior ao dano.

Nela – conciliação - não existe a necessidade de um aprofundamento quanto ao conflito, em face da ausência de relacionamento interpessoal<sup>176</sup> entre as partes, podendo o conciliador se ater diretamente sobre o problema e a este oferecer propostas de ajustes<sup>177</sup>.

A conciliação apresenta duas formas, quais sejam a endoprocessual e a extraprocessual. Sendo a primeira ocorrente nos procedimentos ordinários (exemplo dos artigos 447 e 448 do CPC), nos juizados especiais (artigos 21 e 26 da lei n. 9099/95) e na lei trabalhista (artigos 847 a 850 da CLT); já a segunda com previsão na lei n. 9957 e n. 9958 ambas de 2010 (comissões paritárias de conciliação prévia

<sup>173</sup> DEMARCHI, Juliana. Op. Cit., p. 53.

<sup>174</sup> ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.), *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 195.

<sup>175</sup> GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La Médiation*. Paris: Press Universitaires de France- PUF, que sais jê? 2007, p. 17. Coloca o seguinte sobre a conciliação: “*pode ser definida como um processo, geralmente informal, pelo qual as partes em conflito tentam, com a intervenção ou não de um terceiro, o conciliador, aproximar seus pontos de vista, a fim de encontrar uma solução para o seu litígio*”.

<sup>176</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998, p. 45. Esclarece que a conciliação se direciona para: “*os casos onde o objeto da disputa é exclusivamente material, inexistente um relacionamento significativo ou contínuo entre as partes*”.

<sup>177</sup> DEMARCHI, Juliana. Op. Cit., p. 55. Adverte: “*Tradicionalmente, diz-se que o conciliador é uma usina de ideias, que avalia os riscos e chances de êxito de cada parte, alerta-as e propõe alternativas viáveis. E conclui: “Daí se desprende que no método de conciliação é de menor complexidade e mais rápido que o de mediação...”*”

nas empresas, conselhos de conciliação e arbitramento coordenados pelos juízes gaúchos, etc.).<sup>178</sup>

Gomes Amaral<sup>179</sup>, sobre a conciliação traz a baila que não resta dúvidas que se trata de um instituto difundido no Brasil e no mundo, com fins em diminuir a litigiosidade e se alcançar mais paz social

Salutar, neste momento, é ressaltar que tal medida de solução de conflitos tem grande apoio do Conselho Nacional de Justiça desde os idos de 2006 e seguintes, haja vista o lançamento do movimento Nacional pela conciliação<sup>180</sup>, cujo slogan foi “Conciliar é legal, e é também necessário”; apresentando como escopo a busca de uma mudança de paradigmas no que diz respeito à litigiosidade e ainda o de promover a solução de conflitos por meio de acordos. Aliás, neste ínterim, tem Watanabe<sup>181</sup> alertado que diante desta nova concepção implantada pelo CNJ, à época presidida pela Ministra Ellen Gracie, passasse a ver uma cultura de pacificação em contrapartida a até então adotada cultura de sentença.

No que diz respeito à Mediação, terceira categoria de autocomposição existente, vislumbra-se também a existência de um terceiro imparcial, mas cabe ressaltar que este terceiro não possui o poder de decisão, incumbindo a ele apenas a função de orientar as partes em conflito, para que estas sim, por vontade própria, cheguem a uma solução final para a lide. Tem o condão de propiciar o diálogo<sup>182</sup>.

Por ser um método que privilegia a pacificação social, a mediação deve ser vista como o meio ideal de solução de conflitos quando estiver em jogo situações com preponderância de aspectos interpessoais. Cabendo ao mediador a atuação de um facilitador do diálogo, e assim facultar as partes de exporem suas dificuldades

---

<sup>178</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 29.

<sup>179</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. *O Direito de Acesso à Justiça e à Mediação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009, p. 78.

<sup>180</sup> Movimento que buscou mobilizar os operadores do direito como um todo e a própria sociedade a promover a conscientização da cultura da conciliação, implementação da justiça de conciliação e, no decorrer do tempo, a própria pacificação social.

<sup>181</sup> WATANABE, Kazuo. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 10.

<sup>182</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: Ltr, 1999, p. 12. Aduz: “O mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica nos limites estritos da aproximação dos contendores”.

em um “terreno” mais ameno<sup>183</sup>.

A mediação deve ser construída por meio da linguagem, por meio da comunicação, sendo considerada como um dos mecanismos de interferência apaziguador<sup>184</sup> mais apropriado para preservar os relacionamentos. Salienta-se que deve ser visto como um jogo<sup>185</sup> que leva em consideração o relacionamento já existente entre as partes antes do fato, e que possivelmente irá continuar após solução do problema

O instituto em figura neste momento é hoje alvo de grande estudo por parte da literatura jurídica demonstrando a necessidade da quebra do paradigma de que justiça só será alcançada por meio de uma decisão proferida por um juiz togado.<sup>186</sup>

Muito há o que se falar sobre a mediação, contudo por ser o alvo da presente pesquisa, será dedicado todo um capítulo para a sua pormenorização.

### 3.4. Da Heterocomposição

Forma completamente distinta das supra enumeradas, a Heterocomposição se individualiza como uma forma de resolução de conflitos em que um terceiro é alocado na relação e este passa a ter o poder de decidir a lide, e sua decisão é imposta às partes, ficando estas últimas submetidas à decisão proferida.

Nesse sentido, portanto, o instituto em estudo vai surgir no momento em que as próprias partes interessadas não conseguem se compor e assim dirimir suas lides, ficando tal cargo ao talante de um terceiro - neutro/imparcial-. Terceiro este indicado para arranjar a controvérsia.

Desta forma de resolução de conflitos podem-se abstrair três características fundamentais, a saber: existência de terceiro com poder de decisão, ser substitutiva

---

<sup>183</sup> NETO, Adolfo Braga. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et alii. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 65. Ao dispor a mediação preleciona que: “Assim é que, ao se falar em mediação, busca-se maior pacificação social dos conflitos dentro de uma nova realidade baseada na solução privada dos mesmos, abrindo-se a possibilidade do indivíduo exercer sua cidadania plena, por intermédio de sua capacitação, na resolução de suas próprias controvérsias”.

<sup>184</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça* – trad. e rev. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2002, p. 72.

<sup>185</sup> ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Op. Cit., p. 194. Informa: “De fato, a mediação leva à minimização do conflito, na medida em que as duas partes passam a vê-lo como uma intempérie no relacionamento, que poderá continuar após o conflito ter sido resolvido”.

<sup>186</sup> NETO, Adolfo Braga. Op. Cit., p. 19.

e por último a definitividade<sup>187</sup>. Ao terceiro escolhido para dirimir o conflito é dado o poder de ofertar a solução e esta se tornar obrigatória para as partes em litígio; é substitutiva<sup>188</sup> pelo fato de que não surgindo à transação por meio das próprias partes, somente a este terceiro caberá tal função e por fim a definitividade que exprime a imutabilidade da decisão dada, não sendo passível de mudanças.

Apresenta as modalidades do processo judicial - que na verdade é uma heterocomposição estatal - e da arbitragem - que é uma modalidade de heterocomposição privada-.

A Arbitragem é oferecida como forma propícia de solução de conflitos em que um terceiro intervém na controvérsia das partes em litígio, sendo que estas últimas é que emprestam poderes àquele, por meio de uma convenção privada, tendo a decisão proferida por este terceiro estranho a relação à mesma eficácia de uma sentença dada em uma heterocomposição estatal (por meio do Poder judiciário)<sup>189</sup>. Nesta forma o particular é investido de poder decisório<sup>190</sup>.

O instituto em estudo, não resta dúvida na doutrina moderna, que se trata de um ente milenar<sup>191</sup>, de antiga historicidade e amplitude mundial, bem como sua preexistência quanto à jurisdição estatal.<sup>192</sup>

A jurisdição privada apresenta algumas características que podem ser consideradas semelhantes com a jurisdição pública, bem como outros aspectos que acabam por diferenciar estas duas formas de heterocomposição. Destaca-se dentre estes diferenciais a característica de cooperatividade existente na primeira, em que

<sup>187</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 153.

<sup>188</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. v. 2. São Paulo: Bookseller, 2000, p. 17.

<sup>189</sup> GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., p. 845 e 846. Coloca o autor que: “*Trata-se a arbitragem de meio propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas recebendo poderes, decide a controversa, possuindo tal decisão a mesma força e efeitos jurídicos decorrentes daquelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder judiciário*”.

<sup>190</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. Op. Cit., p. 17. Diz que a Arbitragem: “... *é um mecanismo que viabiliza a transformação das lides sociológicas em lides jurídicas, as quais serão solucionadas por particulares investidos de autoridades decisória e poder jurisdicional outorgado pelas próprias partes em conflito*”.

<sup>191</sup> CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e a ação civil pública. Uma nova sistematização da Teoria Geral do Processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 8. A título apenas de demonstrar a grandeza do instituto no decorrer da história mundial podem ser dados alguns exemplos, a saber: a arbitragem já era citada na bíblia, mais precisamente na 1ª Carta de Paulo aos coríntios: “que é isto, que vocês quando tem alguma coisa contra o outro cristão vão à justiça, e pedem a um tribunal pagão que decida a questão, ao invés de levá-los a outros cristãos, para decidirem quem de vocês é que está certo”. Ressalta-se que ele não se encontra presente somente na antiguidade (v.g. Babilônia), mas também na Grécia (onde os conflitos entre deuses, segundo a mitologia grega, deveriam ser resolvidos por um terceiro), valendo destacar a colocação de Platão em sua obra: “Os primeiros juízes sejam aqueles que o demandante e o demandado tenham eleito, a que o nome de árbitro convém mais que o de juízes; que o mais sagrado dos tribunais seja aquele em que as partes tenham criado e eleito de comum acordo”. Também assim o foi no Direito Romano e na Idade Média.

<sup>192</sup> TEIXEIRA, Paulo Cesar M.; ANDREATA, Rita M. F. C. *A Nova Arbitragem: Comentários à Lei nº. 9307*. Porto Alegre: Síntese, 1997, p. 03.

as partes a partir de uma convenção de arbitragem instituem o procedimento e se comprometem em submeter o litígio a um terceiro com a participação deles – partes.

Ainda quanto aos aspectos diferenciadores que marcam ambas as justiças – pública e privada- ressaltam-se alguns<sup>193</sup> que estão presentes apenas na segunda forma, a saber: a Onerosidade da arbitragem, onde as partes pagam pelo procedimento, altas quantias econômicas, o que acaba por asseverar a necessidade de cooperação (acima vista), haja vista que a não cooperação poderá levar ao dispêndio monetário sem qualquer resultado; a flexibilidade das normas<sup>194</sup>, em que a arbitragem não possui o antagonismo latente no processo judicial tradicional, possuindo os árbitros maior liberdade de atuação, o que acarreta celeridade ao procedimento; a aceitação de alteração dos pedidos feitos pelas partes, desde que fixado no acordo entre eles sobre a possibilidade de retiradas ou acréscimos de pedidos (fato impossível na prestação jurisdicional estatal); e a viável satisfação de ambas as partes no procedimento arbitral<sup>195</sup> (o que não ocorre no público, já que pelo menos um dos envolvidos no litígio ao final ficará insatisfeito de forma invariável).

A modalidade de jurisdição privada vem ganhando grande prestígio<sup>196</sup> como um método próspero para a solução de conflitos, nos tempos modernos, fato também constatado por Raquel Mota Dias<sup>197</sup> ao relatar o grande avanço da arbitragem no Brasil, clarificando que nos presentes dias a arbitragem é o meio propício a solução de conflitos mais comumente utilizados para os contratos realizados entre empresas - onde 90% dos contratos elegem a arbitragem e não o

<sup>193</sup> ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. *Op. Cit.*, p. 191 e 192.

<sup>194</sup> LEMES, Selma Ferreira. Oito Anos da Lei de Arbitragem. In: AZEVEDO, André Gomma de. (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de Pesquisa, v. 3, 2004, p. 25. Que traz: “*A arbitragem pressupõe a adoção de normas mais flexíveis, adstritas aos princípios da autonomia da vontade, do devido processo legal, da não violação da ordem pública e dos bons costumes, da diligência e operabilidade dos árbitros e de suas decisões...*”.

<sup>195</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. *Op. Cit.*, p. 87 e 88. Dispõe sobre a revitalização e vantagens do instituto, a saber: “*Enfim, desde a publicação da lei de arbitragem houve uma revitalização desse instituto no Brasil, havendo muitas instituições ligadas à arbitragem e à mediação. São muitas as vantagens da arbitragem, tais como: a celeridade do processo, a maior privacidade, os custos geralmente são menos elevados que nos processos judiciais, além da eficiência alcançada na resposta aos anseios dos demandantes e demandados, devido ao controle que têm sobre o processo, bem como a redução de hostilidades, possibilitando uma interação maior das partes.*” (grifo nosso).

<sup>196</sup> FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Op. Cit.*, p. 17. Coloca da seguinte forma: “*Tem adquirido cada vez mais prestígio e importância na sociedade contemporânea, mormente nas últimas duas décadas, demonstrando ser um instrumento hábil a atingir os objetivos para os quais tem sido idealizada e modernamente desenvolvida pela ciência jurídica.*”.

<sup>197</sup> DIAS, Raquel Mota. *Op. Cit.*, p. 138.

poder judiciário para a solução de suas controvérsias – (tendo como fonte a Gazeta Mercantil de 01/09/2008).

Do outro lado se encontra o processo judicial –denominada de jurisdição estatal- onde para melhor compreensão do tema é de bom alvitre fazer uma breve digressão histórica da jurisdição estatal.

A função judicante no início dos tempos se via por meio da autotutela que era a forma mais trivial de solução de conflitos, passando-se a uma forma arcaica de arbitragem em que as partes conflitantes escolhiam o arbitro (um pretor) e submetiam a sua decisão, tendo o Estado quase nenhuma participação nas decisões neste momento. A *posteriori* passou o Estado a escolher este arbitro e por fim, em um novo momento, adotou-se a Justiça Pública, onde os próprios pretores eram os responsáveis pelos julgamentos dos conflitos de interesse.

Chegou-se, assim, ao monopólio Estatal da atividade jurisdicional, observando-se que esta evolução se desenvolveu de forma vagarosa ao longo do tempo e se confundiu com a própria evolução do conceito de Estado, passando por Aristóteles, Rousseau, Montesquieu, dentre inúmeros outros. Destarte, acabou por recair nos “ombros” do Estado toda a responsabilidade de compor os litígios, a fim de recuperar a harmonia social.<sup>198</sup>

Assim, não resta dúvida quanto ao fato de que a jurisdição é uma função Estatal, que apresenta como papel fundamental a defesa pela pacificação social. Pode-se de tal modo dizer que a jurisdição, exercida pelo Poder judiciário, é uma manifestação governamental do Estado que tem por escopo o alcance do Bem comum.

Neste momento vale apresentar o exposto por Antônio Pereira Gaio Júnior, sobre a jurisdição, ao citar Celso Neves<sup>199</sup>, que preleciona no sentido de que a jurisdição deve ser vista como Poder (plano de soberania estatal com o monopólio sobre a capacidade de decidir e impor suas decisões), com função (que são as atribuições dos órgãos estatais, qual seja: a de promover a pacificação social por meio do processo) e por ultimo como atividade (a pratica dos atos no âmbito do processo, que é o instrumento de operacionalização da jurisdição).

---

<sup>198</sup> ANDRADE, Deise Assumpção Vieira de. A Atividade Jurisdicional e a Desjudicialização. In: GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira (Org.). *Direito Processual em Movimento*. Curitiba: CRV, 2011, p. 45 e 46.

<sup>199</sup> Apud GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Op. Cit., 2011, p. 43.

Uma das características relevantes da jurisdição é a da não cooperação entre seus contendores, uma vez que se não houve conciliação entre eles, obviamente não irão colaborar entre si; característica, esta, asseverada pelo fato de que o processo praticamente é custeado, em quase sua totalidade, pelo Estado.

Além da característica acima apontada, como dito por Gomma<sup>200</sup> a teoria processual moderna, que vê a jurisdição multifacetada (poder, atividade e função), ajeita outras características a ela, quais sejam: a existência de uma lide, inércia dos órgãos julgadores, a definitividade das decisões e a substitutividade.

Outrossim, pode-se afirmar que a jurisdição acaba por não possibilitar o equilíbrio, ou seja, acaba por não gerar a satisfação das partes em conflito, tanto da perdedora (já que não conseguiu salvaguardar sua garantia o que acarreta certa decepção desta parte para com o poder judiciário), como também pode ocorrer que o elemento vencedor da contenda não saia satisfeito (haja vista a não aceitação do resultado como um todo ou por causa da demora excessiva no resultado). Tais colocações levam a concluir que a decisão oriunda de um processo judicial contencioso é a mera afirmação do direito – uma solidificação de uma solução judicial<sup>201</sup>, sem prevalência de um ou outro interesse, acarretando, por conseguinte na não pacificação do conflito.

Ao exposto nos últimos parágrafos não há de se olvidar quanto ao escopo do processo judicial contencioso (jurisdição) que é a da pacificação social. Entretanto, ficou demonstrado que esta forma de resolução de conflitos passa por grandes dilemas, acabando por não atingir sua finalidade<sup>202</sup> diante de algumas circunstâncias, dentre elas o seu alto custo e a demora de seu desfecho – dentre outros fatores já bem avaliados em tópico específico-.

Ante esses fatores que vem crescendo de forma avassaladora a adoção, nos tempos atuais, dos métodos alternativos de resolução de conflitos.

### **3.5. O Processo pelo Viés Autocompositivo e o Sistema Pluri-Processual**

<sup>200</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 158. Afirma sobre a jurisdição como: “... por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, busca a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos impondo imperativamente determinadas decisões...”.

<sup>201</sup> ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. Op. Cit., p. 190. Coloca: “A decisão fundamentada em regras normativas normalmente não permite a composição da lide em termos de interesse, mas tão somente em termos de direito e, sendo assim, para cada ponto controvertido, uma das duas partes necessariamente sairá vitoriosa e a outra, derrotada”.

<sup>202</sup> Idem, p. 189.

Conforme afirmado no decorrer da análise descritiva da heterocomposição estatal (jurisdição pública) o que se viu foi um fortalecimento extremado do Estado com sua força judicante na função de pacificação de conflitos, sendo as formas autocompositivas de resolução relegadas a segundo plano, ou mesmo que esquecidas. Foi desta forma que se deu a evolução do direito nos países de orientação romano-germânica em meados do século XX.

Observa-se, entretanto, que esta posição de superioridade não coaduna com uma das propriedades fundamentais da própria jurisdição que é a de ser substitutiva, ou secundária<sup>203</sup>, onde o Estado somente deve intervir em uma contenda existente entre partes, quando estas não conseguirem atingir uma solução, enfim, não ajeitam as suas indiferenças<sup>204</sup>.

O fortalecimento da jurisdição como atividade principal de resolução de conflitos pelos processualistas orientadores do período pode ser entendida diante da pouca compreensão da autocomposição no período, aliada a ausência de resultados práticos que viessem a comprovar a efetividade desses meios.

De fato, o que se vira no decorrer dos tempos, dentro da evolução histórica do Estado e do processo foi uma tentativa de incentivo a função de composição originária das disputas por parte dos próprios cidadãos envolvidos, como no caso da lei de conciliação italiana de 1892 –onde se acreditava que a probabilidade de composição de um litígio por parte de um conciliador seria cada vez maior quanto maior fosse a autoridade do conciliador, o que de fato não ocorre haja vista que seria uma solução imposta às partes, que acabariam sendo coagidas e não estimuladas à composição do conflito, o que fora chamado de pseudo-autocoposição<sup>205</sup>.

Vários outros doutrinadores estimularam a autocomposição dentro dos sistemas processuais a fim de realmente fazê-la como atividade primária e a jurisdição, por conseguinte secundária. Contudo alguns deles trouxeram

---

<sup>203</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. Op. Cit., p. 18. Neste sentido relata o autor que a jurisdição deve ser vista como uma atividade secundária, consistindo em um poder estatal atribuído a certa autoridade a fim de aplicar a norma ao fato concreto posto, e assim alcançar a composição das lides face a inexistência de uma resolução da controvérsia feita de forma espontânea pelas partes.

<sup>204</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 158. Coloca: “*Cabe registrar que, sob esta ótica, o dever principal ou primário de resolução de conflitos é considerado como sendo das próprias partes – devendo o Estado intervir tão somente quanto as partes não são bem sucedidas nesta atividade*”.

<sup>205</sup> AZEVEDO, André Gomma. *O Processo de Negociação: uma Breve Apresentação de Inovações Epistemológicas em um Meio Autocompositivo*. Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, nº. 11, jul./dez., 2001, p. 13/24.

entendimentos equivocados quanto à conciliação ao entendê-la como sendo um procedimento de jurisdição voluntária<sup>206</sup>, acarretando por sua vez correntes estimuladoras do fim do processo civil o que foi prontamente rechaçado como bem asseverou Zamorra Y Castillo<sup>207</sup> e Calamandrei<sup>208</sup>.

Diante deste painel acabou-se por estabelecer um juízo quanto à necessidade e inafastabilidade da jurisdição a fim de substituir as partes em um conflito, sob a pena de se modificar o próprio Estado democrático de direito<sup>209</sup>, pois as partes não chegariam a uma solução que não de forma imposta, levando, por conseguinte a ilegitimidade dos meios autocompositivos.

Todos esses fatores levaram ao descrédito dos meios autocompositivos, ressaltando-se que até a década de 70 desconhecidas eram as técnicas e princípios referente aos meios autocompositivos de solução de conflitos –v.g. mediação e conciliação-; o que fora se transformado radicalmente a partir do movimento de acesso a justiça deflagrado por Mauro Cappelletti e Bryant Garth<sup>210</sup>, como explicitado em capítulos anteriores.

O Projeto de Florença não se ateu a questões puramente teóricas, mas buscou enfatizar soluções práticas para o problema em estudo, qual seja: o do acesso à justiça. Trazendo a tona novos e eficientes mecanismos de resolução de litígios autocompositivos a serem desenvolvidos não de forma restrita pelo Estado, mas “sob os auspícios do Estado”<sup>211</sup>; não se devendo, segundo os autores<sup>212</sup>: “aceitar como imutáveis quaisquer dos procedimentos e instituições que caracterizam nossa engrenagem de justiça.” Portanto, como asseverado por Azevedo<sup>213</sup> ocorreu uma revitalização da importância dos meios autocompositivos.

---

<sup>206</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 159. Coloca que tais entendimentos advieram da influência da prática processual italiana ocorrida na idade média.

<sup>207</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Op. Cit., p. 21.

<sup>208</sup> CALAMANDREI, Pierro. Abolizione Del Processo Civile? In: *Revista de Diritto Processuale Civili*. 1938, v. I, p. 336-340.

<sup>209</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 161. Neste sentido o autor demonstra que a quase absoluta exclusividade do Estado quando ao exercício da pacificação social ante o temor da autotutela atrapalhar o desenvolvimento social, aliada ao não fomento por parte do Estado na adoção de meios autocompositivos.

<sup>210</sup> CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. Op. Cit., p. 06.

<sup>211</sup> Idem, p. 08.

<sup>212</sup> Ibidem.

<sup>213</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 161. Afiança: “Pode-se afirmar, inclusive que, em razão dessa obra de Garth e Cappelletti, há uma revitalização da jurisdição enquanto atividade secundária na medida em que se passou novamente a estimular a atividade primária orientada principalmente pela autocomposição”.

A insatisfação para com a máquina estatal de resolução de conflitos impulsionou a formação de meios alternativos de composição de conflitos<sup>214</sup>, que receberam a denominação de *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) traduzidas para o português como sendo as resoluções alternativas de disputas (RADs).

O que se deve atentar para esses novos instrumentos é que eles devem ser considerados como processos na medida em que cada um deles passou a consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente com objetivo de se trazer solução às lides. Afinal, ocorreu o que foi chamado de “processualização”<sup>215</sup> de outras formas de conflito.

Hodiernamente, sem sombra de dúvidas, essas formas de autocomposição modernas (mediação e conciliação), possuem toda uma técnica<sup>216</sup>, princípios, fases procedimentais, legitimidade e uma série de outros fatores que esquadrinham fins determinados, motivo pelo qual carecem ser apreciados como um processo.

Desta feita, conjeturasse um ordenamento legal processual composto por diferentes siluetas de processo, o que passou a ser denominado de sistema pluri-processual.

Zamorra y Castillo preleciona no sentido de que esse sistema formado por várias portas<sup>217</sup>, acaba por ocorrer uma complementação do sistema que até então tinha apenas a forma judicial e outras formas descompassadas de solução autocompositiva. Passam a existir então formas auxiliares<sup>218</sup> e eficientes de resolução de conflitos quer sejam autocompositivas (como a mediação), quer sejam heterocompositivas (como a arbitragem).

O sistema de múltiplas portas possibilita uma maior racionalização dos meios de resolução de conflitos haja vista que irá buscar dentre os vários procedimentos existentes, aquele que mais se adéqua à controvérsia apresentada, fazendo realçar

<sup>214</sup> AUERBACH, Jerold S. *Justice Without Law?* Nova Iorque: Oxford University Press, 1983.

<sup>215</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. Op. Cit., p. 62.

<sup>216</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 163.

<sup>217</sup> Neste sentido vale destacar o sistema criado pelo professor Frank Sander denominado de Fórum das Múltiplas Portas (*Multidoor Courthouse*) que busca um judiciário com vários meios de resolução de disputas, em que ressalta o autor que existem várias vantagens e desvantagens em determinados processos que devem ser levadas em conta em face da especificidade de cada conflito surgido. Desta forma afirma que não se deve ter uma única forma ou “porta” que é o processo judicial, mas sim uma gama de processos que levam à justiça. Devendo assim, as partes serem levadas ao processo mais adequado para a sua disputa.

<sup>218</sup> ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá Op. Cit., p. 238.

e maximizar as vantagens e minimizar as desvantagens de cada um dos procedimentos colocados à disposição das partes litigantes<sup>219</sup>.

A forma de resolução a ser adotada irá variar de acordo com a característica de cada uma das contendas, ou de acordo com suas peculiaridades, o que foi chamado por Calamandrei<sup>220</sup> como o princípio da adaptabilidade. Onde se tem uma contenda que se busca manter relacionamentos irá se adotar uma resolução de disputas mais célere, com menor custo econômico, soluções exeqüíveis, maior flexibilidade do procedimento (exemplo a mediação), ao passo que em outros casos pode-se adotar um procedimento mais demorado, com maior publicidade e mais dispendioso (exemplo o processo judicial)<sup>221</sup>.

Movimento iniciado por Cappelletti nesse sentido vem a reforçar a idéia ora aventada, qual seja a substituição da justiça contenciosa (estritamente jurisdicional) por uma justiça coexistencial<sup>222</sup>, dita pelo mesmo como uma *mending justice* (justiça de consertos). Salientando o autor que a sociedade contemporânea se apresenta ávida a uma justiça que busque curar e não apenas exasperar a situação de tensão.

Assim se pleiteia, diante de condutas que venham a causar uma ruptura no tecido social, uma justiça que tenha por escopo aliviar esta ruptura, bem como de refazer a convivência entre os envolvidos, voltando os olhos para o futuro (a pacificação social) e não para o passado como o é a justiça contenciosa – tradicional.<sup>223</sup>

Há desta feita, na vida social moderna pautada por inúmeras relações desenvolvidas por cada indivíduo uma necessidade em se evitar dar um caráter contencioso para as relações, pois assim não se estaria construindo relações sociais ou as restabelecendo quando um conflito nelas se instala, muito pelo contrário se

---

<sup>219</sup> BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). Op. Cit., p. 248. Assenta que: “A solução mais adequada para a controvérsia é aquela que combina menores custos financeiros e emocionais, efeitos positivos para o relacionamento no qual surgiu a controvérsia, maior satisfação das partes com os resultados (incluindo aqui a satisfação dos interesses e a percepção de justiça na composição da lide) e ademais impede o reaparecimento da questão, isto é, assegura a durabilidade da solução e a capacidade de evitar que a mesma controvérsia surja entre outras pessoas do mesmo meio”.

<sup>220</sup> CALAMANDREI, Op. Cit., p. 290.

<sup>221</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 164.

<sup>222</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Op. Cit., p. 21.

<sup>223</sup> Idem, p. 20. Assim coloca o autor: “A decisão judiciária, proferida em sede contenciosa (estritamente jurisdicional) se presta, otimamente para resolver relações isoladas e meramente interindividuais. É que a decisão tomada em sede contenciosa está ordinariamente destinada a atingir fenômeno do passado, que não está fadado a perdurar”.

estariam fomentando as diversidades. E neste sentido a justiça coexistencial busca a preservação destas relações<sup>224</sup>.

Neste sentido Pellegrini<sup>225</sup> destaca a necessidade de se valorizar a cultura da conciliação (pacificação social) em contraposição a chamada cultura da sentença, uma vez que esta última se limita a ditar a regra à lide apresentada, não trazendo em sua grande maioria aceitação pelas partes em conflito, mais precisamente em seus dizeres: “se limita a solucionar a parcela da lide levada a juízo, sem a possibilidade de pacificar a lide sociológica”, reafirmando a justiça coexistencial prelecionada por Cappelletti. É a dicotomia entre a cultura da sentença e a cultura do consenso, tão difundida por Watanabe<sup>226</sup>.

### **3.6 Breves Análises Comparativas – a “Cultura do Acordo” em outros Continentes.**

Após todo o estudo aventado neste capítulo, mister é identificar a escolha de outros países (e continentes) quanto a esta cultura do acordo, onde para tanto se irá se utilizar do direito comparado, mais precisamente ao caso marcante do direito inglês que vem demonstrando nas últimas três décadas do século XX um aumento exponencial da utilização das formas alternativas de resolução de conflitos (ADR).

O autor Neil Andrews ao expor sobre a modernização do processo em seu país – Inglaterra - assevera que devido a vários fatores como a demora nas soluções de conflitos por parte dos tribunais, passou-se a buscar novos caminhos, procedendo-se a uma reestruturação, onde os conflitos, segundo ele, podem ser resolvidos por meio de quatro sistemas distintos, sendo eles: a negociação de

---

<sup>224</sup> Ibidem. Assevera: “A justiça coexistencial, ao contrário, não está destinada a trancar, a decidir e definir, mas antes a remendar, para aliviar situações de ruptura ou de tensão, com o fim de preservar um bem mais durável, qual seja, a pacífica convivência dos sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, de cujo meio dificilmente poderiam subtrair-se”.

<sup>225</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 04. Ao dispor sobre a justiça conciliativa coloca que: “Por isso mesmo, foi salientado que a justiça tradicional se volta para o passado, enquanto a justiça informal se dirige ao futuro. A primeira julga e sentencia; a segunda compõe, concilia, previne situações de tensões e rupturas, exatamente onde a coexistência é um relevante elemento valorativo”.

<sup>226</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL; Moraes (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005, p. 684.

acordo, mediação, arbitragem e processos judiciais<sup>227</sup>. Dá-se, assim, ênfase ao acordo.

O aumento da mediação na Inglaterra é deveras marcante, ficando clara a potencialidade<sup>228</sup> deste instituto para o alcance de acordos, colocando a procura pelos tribunais como um a última opção para a solução de conflitos.

Esta alteração apresenta vários motivos<sup>229</sup> sejam econômicos ou não. Os motivos econômicos podem ser apontados como o desinteresse das partes em gastar grandes quantias na solução do litígio, bem como a necessidade de contenção de gastos por parte do poder público –que gasta vultosas quantias do recurso público para o sustento da estrutura dos tribunais-. Por outro lado existem motivos não econômicos, dentre eles o querer dos litigantes em evitar a publicidade, demora e incerteza das decisões judiciais.

A cultura do acordo que vem recebendo forte incentivo na Inglaterra apresenta muitos méritos, podendo-se apontar: primeiro a sua flexibilidade, ou seja, um acordo é muito mais flexível do que um provimento jurisdicional, o acordo traz sucesso para ambas as partes ao passo que a sentença produz apenas um vencedor; outro ponto positivo é que o acordo é o remédio mais indicado para àqueles conflitos que envolvem um relacionamento contínuo; terceiro motivo está atrelado ao valor econômico de um acordo, que conforme visto acima possuir um custo bem menor do que o processo tradicional e por último a questão atinente ao maior sigilo dos acordos em comparação à publicidade da decisão judicial.

Importante destacar que existem posicionamentos desfavoráveis, chamadas por Andrews, como vozes cétricas<sup>230</sup> quanto à cultura do acordo, mas certo o é a importância e o apoio que as ADR vêm recebendo na Inglaterra, enfatizando o mesmo que a maioria das ações na Inglaterra acaba por culminar não em uma sentença de mérito, mas sim em um acordo entre as partes, e que a partir da CPR

---

<sup>227</sup> ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil, Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wanbier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29.

<sup>228</sup> Idem, p. 31. Preleciona: “O aumento do número das mediações, a consolidação de uma cultura de acordos e, em geral, a atual ênfase posta sobre as ADR significam u progresso realmente empolgante. A instância pública para julgamento tronou-se um dos últimos recursos na Inglaterra”.

<sup>229</sup> Idem, p. 32. “A escolha por vias de solução de conflitos que não as oficiais, tanto por motivos econômicos como por outros quaisquer, é apoiada e patrocinada pelo governo e pela atividade judicial. A nova proposta é que o processo judicial seja considerado como a última opção para os litígios na Inglaterra. O sistema de justiça civil (envolvendo suas quatro principais formas: acordos, mediações, arbitragem e tribunal judicial) envolve uma complexa relação entre interessados privados e normas públicas, com a interação entre mecanismos privados e órgãos públicos, exigindo, também, contato e interação entre os dois lados”.

<sup>230</sup> Idem, p. 346/347.

(*Civil Procedural Rules*) de 1999 ocorreu uma redução em quase 90% de processos que tramitam perante o Poder judiciário<sup>231</sup>.

---

<sup>231</sup> Idem, p. 241.

## 4- A MEDIAÇÃO: UM MEIO PROPÍCIO A PACIFICAÇÃO SOCIAL.

### 4.1 Apontamentos Iniciais

O instituto em questão, sem qualquer sombra de dúvidas, deve ser visto como um imperativo, uma necessidade inadiável para a sociedade contemporânea que cada vez mais recorre a formas propícias de resolução de conflitos.

O Poder Judiciário não comporta mais a crescente litigiosidade, não trazendo assim aos jurisdicionados a tão almejada e perquirida justiça; assim foram criados novos instrumentos com escopo de fazer com que os cidadãos tenham uma adequada repartição da Justiça<sup>232</sup>. Dentre estes se tem a mediação que é vista como um meio eficaz de se superar os litígios surgidos entre partes na sociedade.

Como já afiançado em outro momento, a presente pesquisa não busca estabelecer a mediação como uma fórmula mágica que irá possibilitar por fim a “crise do judiciário”, nem muito menos se busca sustentar que a jurisdição deve ser extinta<sup>233</sup>, mas sim o de apresentá-la como uma forma eficiente, hábil de solucionar determinados tipos de conflitos; devendo-se salientar que a mediação deve ser voltada para conflitos surgidos de relações duradouras, relações estas que já existiam e continuarão a existir pós conflito.

Conforme apontado no capítulo anterior Cappelletti<sup>234</sup> já prelecionava quanto a esta necessidade, ao dispor sobre a justiça coexistencial, justiça esta volvida para a solução de controvérsias entre pessoas com certo convívio, relações que necessitam ser preservadas. Busca-se assim um repensar o modelo tradicional de jurisdição; para tanto se utiliza de experiências permeadas pelo consenso ou acordo

<sup>232</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial*. São Paulo: RT, 2010, p. 242. Sobre as formas de resolução de conflitos adverte: “*A disseminação de órgãos, métodos e instâncias de julgamento fora e além do judiciário estatal não significa, a rigor, uma terceirização ou privatização da justiça, mas antes pode ser vista como uma expansão da própria distribuição da Justiça, numa releitura do próprio conceito de jurisdição, que hoje se depreende da clássica conotação oficial ou majéstica, atrelada à estrutura estatal, para, indo além da fria aplicação da norma ao fato, alcançar o ideal da justa composição do conflito*”.

<sup>233</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Introdução. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina. (coord.) *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 1. Descreve que: “*Importante frisar que a ideia não é sustentar o fim da jurisdição e nem apresentar a mediação como a nova panaceia para a solução de todos os conflitos. Tal interpretação, além de excessivamente simplista, poderia levar a uma distorção do Estado Democrático de direito; o que se pretende é a existência de uma via alternativa, mais apropriada para determinados tipos de conflitos, mas que não pretende (e nem pode) substituir a jurisdição*”.

<sup>234</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). *Processo Civil Contemporâneo*. Curitiba: Juruá, 1994, p. 21

para dirimir conflitos, como nos dizeres de Bolzan<sup>235</sup>: “... que se fale em um novo protótipo que nomeamos jurisconstrução...”.

Thomas khun<sup>236</sup> já asseverava quanto à necessidade de se quebrar paradigmas, e assim a mediação deve ser vista como um novo paradigma posto com o fim de compor as lides surgidas na vida em sociedade. Neste viés se apresenta Oliveira<sup>237</sup>.

Não obstante, deve-se atentar para o fato de que a mediação precisa ser refletida não sob o véu tradicional do chamado processo de conflitos (ou da cultura da sentença<sup>238</sup>), mas sim sob uma nova mentalidade, a do acordo, consenso (cultura da pacificação<sup>239</sup>), a fim de que assim todos possam vir a usufruir da justiça e a ela acessar de forma mais célere<sup>240</sup>.

Vários são os fatores em prol da mediação como a celeridade, baixo custo, uma real eficácia, fomentador da pacificação social, aliado ao fato de se tratar de um instrumento que evita o acirramento dos desgastes sociais, uma vez que a mediação é um método não adversarial que traz como resultado um “ganha-ganha” e não o “perde-ganha” que advêm do processo tradicional. Aliado a todos estes elementos afirma-se que a mediação deve ser vista como um mecanismo de prevenção<sup>241</sup>,

<sup>235</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça – uma questão recorrente. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (coord.). *Estudos sobre a mediação e arbitragem. Vários Autores*. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003, p. 79.

<sup>236</sup> KHUN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 22.

<sup>237</sup> OLIVEIRA, Ângela. Mediações Familiares: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999, p. 139-140. Alerta sobre a visão que se deve ter sobre a mediação, como: “*uma mudança paradigmática e ser promovida como a cultura de humanização de vínculos e de pacificação social, sejam na separação e divórcio, ou em qualquer outro contexto*”.

<sup>238</sup> WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Mauricio Zanoide de (org.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2003, p. 686.

<sup>239</sup> Idem, p. 687.

<sup>240</sup> NETO, Adolfo Braga. Alguns Aspectos Relevantes Sobre a Mediação de Conflitos. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (coord.). *Estudos sobre a mediação e arbitragem. Vários Autores*. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003, p. 19-32. Alerta: “*O paradigma trazido pela mediação trás em seu bojo alguns questionamentos sobre o acesso à justiça e não sobre a justiça ou Poder judiciário, como muitos inicialmente observam. Esse questionamento não é realizado com a pretensão de substituí-lo ou contrapô-lo, mas sim como uma possibilidade de oferecer um procedimento alternativo para que todos sem exceção possam usufruir da justiça mais rapidamente ou queiram ter seu acesso a ele facilitado, desde que possuam efetivo interesse por esta opção. A sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célebre pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado*”.

<sup>241</sup> PINHO, Humberto Bernardina Dalla de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (coord.). *Acesso à Justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005, p. 105-124. O autor se refere à mediação da seguinte forma: “*A mediação é um trabalho artesanal*”, completa afirmando que: “*A sociedade brasileira, de forma geral, ainda enxerga no juiz, e apenas nele, o personagem que encarna, de forma inquestionável, o poder de resolver litígios. Outras figuras como conciliadores, juízes leigos, juízes de paz, integrantes das câmaras de mediação ou câmaras comunitárias, ainda são vistos com certa desconfiança*”.

fazendo com que as partes se interajam e resolvam seus conflitos antes mesmo deles surgirem<sup>242</sup>.

É bastante salutar neste momento frisar que a Constituição da República Federativa do Brasil apresenta como um de seus princípios fundamentais a construção de um Estado Democrático de Direito, local onde se deve valorizar os direitos sociais, individuais, coletivos, dentre outros. Mas não basta a proclamação desses direitos, torna-se necessário a sua efetivação, e estes direitos proclamados somente se efetivarão por meio de certos instrumentos, e dentre eles pode-se apontar a mediação; procedimento que utiliza a participação do cidadão<sup>243</sup> no alcance da solução de seu próprio conflito, e em assim procedendo está ele a participar de sua cidadania. É a mediação um aparato provocador da democracia<sup>244</sup>.

O que se irá buscar neste capítulo é uma análise mais profunda deste instituto, almejando nesta pesquisa a apreciação da mediação como um todo, seja quanto: ao seu conceito, características, espécies, o processo desenvolvido, as suas vantagens e desvantagens, a figura do mediador, bem como uma descrição comparativa do mesmo em relação a outros países que já se utilizam desse mecanismo.

## 4.2 Conceito

Em todo o globo vêm-se estudando de forma mais intensa o instituto da mediação, razão pela qual se poderia elencar uma elevada gama de doutrinadores sobre o tema, mas certo é que a mediação ganhou grande força a partir do último

---

<sup>242</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 89. Afiança que: “Contudo a mediação não é apenas um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, podendo atuar preventivamente, isto é, antes que surja o conflito, no sentido de educar as pessoas para solucionar seus próprios conflitos, promovendo uma mudança nos relacionamentos sociais, e realizando a pacificação social”.

<sup>243</sup> MARTINS, Dayse Braga. A Mediação no Processo de Democratização do Estado. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (coord.) *Estudos sobre a mediação e arbitragem. Vários Autores*. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003, p. 49. Salienta: “O processo de democratização pressupõe a existência de cidadãos ativos. A mediação é, pois, um instrumento de inclusão do cidadão, pressuposto de qualquer democracia”.

<sup>244</sup> FILHO, Mauricio Vasconcelos Galvão; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais Sobre a Mediação Civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 10. Argumentam que: “Além do desenvolvimento da democracia, a mediação também contribui para uma maior celeridade na solução das controvérsias, com aumento da eficácia dos resultados, dentro de um procedimento com diminuição do desgaste emocional e dos dispêndios financeiros, marcado, em regra, pelo sigilo, resultando na criação de ambientes sociais cooperativos e harmônicos, com a manutenção ou restauração da paz social”.

quarto do século XX, tendo Moore<sup>245</sup> apontado vários pontos que ajudaram para seu incremento, destacando-se dois, sendo eles: a um face ao maior reconhecimento dado aos direitos humanos e a participação democrática, uma vez que o indivíduo deve ter o direito de participar e de ter o controle sobre as decisões que afetam a sua vida; a dois em decorrência da insatisfação crescente quanto aos acordos impostos (decisões advindas por meio de processos autoritários que acabam por não refletir o interesse das partes).

A mediação, como demonstrada por Colaiácovo<sup>246</sup>, é vista por diferentes formas, sendo elas: ora como uma técnica por meio da qual as partes conflitantes buscam alcançar um acordo, com a ajuda de um mediador; ora como um processo de negociação assistido por um terceiro escolhido pelas partes, e a este terceiro é dado determinadas funções com escopo de possibilitar o fim do dilema surgido entre os contendores.

Na primeira forma acima descrita a mediação pode ser conceituada como a participação de um estranho, aceito pelas partes em conflito, com poderes restringidos, com a finalidade de trazer uma solução -acordo- para o conflito entre as partes surgido, solução esta que tem que ser aceita de forma bilateral<sup>247</sup>.

Apesar de já ter sido alvo da pesquisa, e assim já afirmado em capítulo anterior, a mediação é percebida por inúmeros estudiosos como um processo, ou seja: um conjunto de atos coordenados de forma lógica no intuito de se alcançar adequados fins<sup>248</sup>, apresentando, por conseguinte, fases e atos que devem ser praticados para se obter o efeito anunciado<sup>249</sup>.

---

<sup>245</sup> MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 34.

<sup>246</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e pratica*. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 66.

<sup>247</sup> MOORE, Christopher W. Op. Cit., p. 28. Conceitua a mediação como: “*A interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões fundamentais, a mediação pode também estabelecer relacionamentos de confiança e respeito entre as partes ou encerrar relacionamentos de uma maneira que minimize os custos e os danos psicológicos.*”

<sup>248</sup> AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas Metodológicas de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 163.

<sup>249</sup> Ibidem.

Algumas das conceituações podem ser oferecidas, como as do estudioso Guillaume-Hofnung<sup>250</sup> que se manifesta quanto à mediação como um processo de comunicação ética capaz de estabelecer ou restabelecer uma relação social.

Serpa<sup>251</sup> por sua vez ressalta em sua conceituação a participação de um terceiro alheio às emoções, fator preponderante para a solução do litígio; assim como Galvão Filho e Weber<sup>252</sup> que salientam a natureza autocompositiva da mediação; e Bacellar que demonstra o caráter aproximatório do instrumento em estudo<sup>253</sup>.

### 4.3 Natureza Jurídica

O até agora exposto leva a afirmação de que a mediação é um método de resolução de conflitos por meio do qual um terceiro –*tertius*– é chamado ao litígio a fim de propiciar a resolução da controvérsia que não foi alcançada diretamente pelos contendores, desta forma vislumbra-se, como será explicado mais a frente, a existência de um terceiro no conflito.

Diante da diversificação da justiça, ocorrida diante da disseminação de métodos e órgãos de julgamento, grande ênfase foi dada aos chamados meios alternativos de solução de conflitos (MACs) que se apresentam por formas autocompositivas ou heterocompositivas. Tendo a doutrina bastante divergência no que tange a qual das formas pertenceria a mediação.

---

<sup>250</sup> GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle. *La Mediation*. Paris: Press Universitaires de France –PUF, que sais-je?, 2007, p. 71. Assim coloca: “... a mediação se define principalmente como um processo de comunicação ética baseado na responsabilidade e autonomia dos participantes, na qual um terceiro-imparcial, independente, neutro, sem poder decisório ou consultivo, com a única autoridade que lhe foi reconhecida pelos mediados – propicia mediante entrevistas confidenciais o estabelecimento ou restabelecimento de relação social, a prevenção ou a solução da situação em causa.” (tradução livre).

<sup>251</sup> SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 1999, p. 90. Apresenta o conceito de mediação como sendo: “um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste aos disputantes na resolução de suas questões. O papel do interventor é ajudar na comunicação através de neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Como agente fora do contexto conflituoso, funciona como um catalisador de disputas aos conduzir as partes às suas soluções, sem propriamente interferir na substância destas”.

<sup>252</sup> FILHO, Mauricio Vasconcelos Galvão. WEBER, Ana Carolina. Op. Cit., p. 19. Entendem como conceito da mediação o seguinte: “Pode-se entender por mediação o instrumento de natureza autocompositiva marcado pela atuação, ativa ou passiva, de um terceiro neutro e imparcial, denominado mediador, que auxilia as partes na prevenção ou solução de litígios, conflitos ou controvérsias”.

<sup>253</sup> BACELLAR, Roberto Portugal. *Juízados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 174. Aduz que a mediação é: “técnica lato senso que se destina a aproximar pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar, por meio de uma conversa, soluções criativas, com ganhos mútuos e que preservem o relacionamento entre elas”.

É a mediação uma forma heterocompositiva a partir do momento em que a solução não advém de uma decisão exclusiva entre partes, mas sim de um acordo decorrente da vontade das partes proporcionado por um terceiro chamado para ajudar nesta composição<sup>254</sup>.

Ressalta-se que a heterocomposição pode se manifestar por meio de várias modalidades ou métodos de aplicação seja a justiça Estatal, seja na chamada justiça parajurisdicional<sup>255</sup>, onde nesta última se utiliza de inúmeras variantes, de acordo com a qualidade das partes, objetivo buscado ou a natureza da matéria.

São justamente os elementos evidenciadores da heterocomposição que se encontram presentes na mediação que irão demonstrar a natureza desta forma de resolução de conflitos. Para tanto se deve salientar que a heterocomposição parajurisdicional apresenta os seguintes componentes: escolha do terceiro pelos interessados; a solução achada é decorrente do consenso entre partes, ou de uma avaliação oriunda do terceiro eleito; a solução encontrada acaba por resolver não só a questão jurídica, mas também social, econômica e outros pontos de divergência<sup>256</sup> existente entre as partes; a solução é voltada para o futuro preocupando-se com a continuidade das relações e por último a decisão não deixa resíduos, encerrando a pendência entre contendores – características que são encontradas na mediação-.

#### 4.4 Características:

Face aos estudos desenvolvidos sobre a mediação até a presente data pode-se abstrair a existência de alguns elementos característicos do instituto que serão desenvolvidos de per si nos parágrafos abaixo.

Há de se apontar alguns, mais comumente anunciados, sendo eles: a existência de um terceiro, a voluntariedade, a imparcialidade, seu caráter técnico - científico, a confidencialidade, a flexibilidade, a consensualidade e participação ativa.

---

<sup>254</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. Cit., p. 242. Afirma quanto à heterocomposição: *“Portanto, a heterocomposição caracteriza-se pelo fato de a resolução da controvérsia ser alcançada, não diretamente, pelos próprios interessados (ainda que por indução de facilitadores), mas pelo consenso em submeter a pendência a um Tertius, um interveniente, que tanto pode ser um órgão judicial ou um órgão paraestatal”*.

<sup>255</sup> Idem, p. 263.

<sup>256</sup> OLIVEIRA, Euclides Benedito. *O Percurso Entre o Conflito e a Sentença nas Questões de Família*. Revista do Advogado (AASP), n. 62, mar, 2001, p. 101 - 108. Na página 107 descreve que: *“Contra a lógica da força, advinda de uma solução ditada por sentença judicial, e quando impotente a lógica da conciliação, advinda de acordo sem enfrentar nem prevenir suas causas mais profundas, surge a lógica da mediação, que busca o ponto de equilíbrio, mediante o auxílio de terceira pessoa, para que as próprias partes, conscientes e responsáveis, encontrem uma solução que lhes garanta condições para projeção de um futuro saudável e feliz”*.

A participação de um terceiro, como característica da mediação, deve ser analisada como a participação de um elemento estranho a relação conflitual e que não possua qualquer identificação com as partes presentes na mediação, podendo ser pessoa física ou jurídica.

A voluntariedade se manifesta devido ser a mediação um método propício de solução de controvérsias, onde a consensualidade é manifesta. Desta feita exige-se que as próprias partes venham a escolher e/ou aceitar o terceiro elemento, no caso o mediador. A voluntariedade, assim, se apresenta no momento da escolha do mediador pelas partes envolvidas.

Já a imparcialidade está presente na figura do mediador, pessoa esta escolhida pelas partes em conflito, como visto no parágrafo anterior, e que ao desenvolver sua atividade de mediador assim deverá agir. A mediação somente terá validade<sup>257</sup> se for permeada pela conduta imparcial do mediador.

Ainda quanto à imparcialidade há de se asseverar que não se pode falar em neutralidade<sup>258</sup>, pois esta inexistente, haja vista que apesar de ser imparcial e independente a intervenção deste terceiro na solução do conflito, é ela modificadora da situação bem como consequência de toda a vivência pessoal e profissional do mediador, que é pré-existente à contenda apresentada.

Outrossim, há de se apontar que a mediação teria que apresentar um caráter técnico - científico, ou seja, que a terceira pessoa a ser escolhida pelas partes a fim de compor o litígio deveria ter uma capacidade técnica própria, voltada para a prevenção ou recomposição do conflito. Há de se ressaltar neste momento a existência de dois posicionamentos doutrinários pátrios: um no sentido de que somente uma pessoa com formação especializada é que poderia exercer a atividade de mediador (posição chamada de legalista). Em outro sentido encontra-se a posição finalista que entende não ser necessária a formação em curso específico, sob pena de se estar criando um empecilho ao processo de mediação. O que o

---

<sup>257</sup> FILHO, Mauricio Vasconcelos Galvão. WEBER, Ana Carolina. Op. Cit., p. 29. Sobre a imparcialidade esclarece que esta característica é elemento de validade da mediação ao dispor que: *“De início, opina-se por constituir a imparcialidade requisito de validade, pois não sendo o mediador imparcial não se poderá reconhecer a validade de qualquer eficácia, mas parece não haver dúvida de que o ato decorrente da mediação terá existência”*.

<sup>258</sup> SUAREZ, Marines. *Mediación, Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996, p. 46. Coloca sobre a neutralidade na mediação: *“A neutralidade é um meio. O mediador deverá atuar de maneira imparcial e equidistante durante todo o processo, como se fosse pedra e sem seus valores, preconceitos e crenças”*. Demonstrando que se trata de um exercício de isenção, um esforço a ser buscado a fim de que a sua intervenção venha a alcançar a neutralidade necessária.

mediador deve ter para que possa desenvolver esta atividade, para esta corrente, é bom senso, direcionamento reto e vivência para se chegar ao fim almejado pela mediação que é a paz social<sup>259</sup>.

A confidencialidade, por sua vez, deve ser avaliada sob dois enfoques: primeiro quanto ao fato de estar o mediador protegido pelo segredo profissional; e por outro lado no que diz respeito ao sigilo a ser dado pelo mediador quanto às informações recebidas no decorrer de sua função, não podendo retransmiti-las a outra parte, ou a terceiros alheios ao litígio.

Outra característica presente no instituto é a da flexibilidade, onde o mediador possui grande margem de atuação, liberdade para fixar regras ao processo, ficando atrelados apenas alguns princípios. Ao mediador é oferecida a flexibilidade<sup>260</sup> para estipular caminhos, prazos, quantidade e tipos de reuniões e o local a ser utilizado. Salientando que o direcionamento a ser dado pelo mediador será feito de acordo com a especificidade de cada caso e de cada parte envolvida, bem como levando em conta a sua própria experiência.

A consensualidade trata justamente do ponto comum em que as partes em conflito devem chegar, a solução da lide deve advir do consenso entre elas, em que devem sopesar as vantagens e perdas que poderão vir com o acordo, e ao se sentirem satisfeitas finalizarem a negociação. O acordo deve ser “fruto de sua própria consciência”<sup>261</sup>.

E por último, como até mesmo uma continuidade do elemento anterior, tem-se a caráter participativo das partes conflitantes, em que estas sim é que devem agir de forma ativa para a consecução do acordo, e não o mediador –que deve ter uma conduta passiva. É nos dizeres de Colaiácovo: “*um mecanismo que permite a*

---

<sup>259</sup> FILHO, Mauricio Vasconcelos Galvão. WEBER, Ana Carolina. Op. Cit., p. 27. Ressalta: “*Há de se exigir que o mediador seja pessoa idônea, de boa-fé, que goze de confiança das partes, que possua experiência na situação de fato ou de direito subjacente ao litígio de forma a criar a possibilidade de gerar ou conduzir as partes a uma conduta que se direcione a solução consensual da questão tratada, sendo esta obtida através da utilização dos diversos meios lícitos e legítimos de modo a levar as partes ao fim almejado, tendo como objetivos primordiais à obtenção do consenso, a restauração do equilíbrio in abstracto e a paz social*”.

<sup>260</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 95.

<sup>261</sup> DA SILVA, João Roberto. *A Mediação e o Processo de mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004, p. 17. Coloca sobre a consensualidade na mediação: “*Na mediação ocorre a presença de um terceiro, mediador, que não busca interesse algum, nem decide conflito nenhum. Serve este apenas de meio de locomoção do diálogo das partes, utilizando-se de técnicas que facilitarão o entendimento mútuo de interesse de cada qual, resultando com o acordo firmado entre as partes. Mister se faz expor que este acordo pactuado entre as partes é fruto de sua própria consciência, pois como informado, o mediador apenas auxilia na discussão, não decidindo nada*”.

*participação ativa dos indivíduos na busca de uma solução para os seus conflitos”*

262

#### 4.5 Modalidades

No decorrer do estudo deste instituto observa-se que existem várias classificações quanto a espécies de mediação dada tanto por doutrinadores pátrios quanto estrangeiros; contudo certo é que estas modalidades serão determinadas de acordo com as características específicas a serem utilizadas, com v.g. quanto à qualidade dos mediadores (que nos trás a mediação judicial ou extrajudicial).

Pode-se, portanto, apontar algumas espécies de mediação, como: mediação institucional e cidadã, judicial e extrajudicial (processual e extraprocessual segundo alguns), mediação prévia e incidental, e mediação ativa e passiva.

Na preleção de Six<sup>263</sup> a mediação será institucional e cidadã, existindo estas modalidades em decorrência da origem da mediação, sendo ela institucional quando criada por órgãos governamentais (onde os mediadores são membros dos tribunais), ao passo que a cidadã surge de forma natural no próprio tecido social (sendo mediadores pessoas da própria comunidade e por eles mesmos escolhidos)<sup>264</sup>.

Quanto à ótica da qualidade dos mediadores o instituto oferece duas espécies, sendo elas: a mediação judicial (processual) e extra-judicial (extra-processual)<sup>265</sup>. A extra-judicial ocorrerá no seio social sem a participação do judiciário, ou seja, o método de resolução de conflitos irá se desenvolver sem qualquer ingerência do aparelho judicial, se subdividindo em profissional e não profissional. A profissional se encontra bastante difundida em vários países, enquanto que no Brasil apenas se inicia. Já a não profissional surge de forma

<sup>262</sup> COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. Op. Cit., p. 71.

<sup>263</sup> SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradutores Águida A. Barbosa, Eliana R. Nazareth e Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 56.

<sup>264</sup> VEDANA, Wilson Marcelo Malchow. O Perfil da Mediação Comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003, p. 264. Sobre a mediação comunitária expõe que: “Ao resolver os seus conflitos sem o auxílio do judiciário, a comunidade torna-se menos dependente do assistencialismo estatal, aumenta sua coesão interna e promove o empoderamento de seus membros, pela noção de que eles mesmos podem resolver os seus conflitos. A pacificação social, uma das principais finalidades do Estado, é então exercida diretamente pelos cidadãos. Essa prática representa a possibilidade do exercício direto da cidadania, uma vez que garante aos membros da comunidade o direito de acesso à justiça ao mesmo tempo em que ensina o desempenho de seus deveres como cidadãos”.

<sup>265</sup> TARGA, Maria Inês Correa de Cerqueira César. *Mediação em Juízo*. São Paulo: LTR, 2004, p. 33.

espontânea na coletividade, como no caso de pais que solucionam conflitos surgidos entre irmãos.

A outra espécie de mediação, a judicial, é desenvolvida sob a responsabilidade do judiciário, local onde se viabiliza o consenso. Esta espécie de mediação também proporciona uma subdivisão sendo ela em endoprocessual e paraprocessual. A primeira ocorrerá em diversos procedimentos, uma vez que segundo Targa<sup>266</sup>, se assemelha a outros institutos; já a segunda, por sua vez, apresenta as formas de mediação prévia e incidental. A prévia -que é facultativa- existirá quando uma das partes, se sentindo lesionada, aciona o Judiciário a fim de que proceda ao chamamento da outra parte e daí provenha uma tentativa de mediação, ocorrendo antes da instauração de qualquer procedimento contencioso. De forma inversa ocorrerá a mediação paraprocessual incidental -que é obrigatória-, onde já se tem instaurada a demanda perante o judiciário, surgindo a obrigação de se proceder a uma tentativa de consenso –mediação- no transcurso do processo.

Por fim, a de se demonstrar as modalidades de mediação denominadas de ativas e passivas, nomenclaturas estas decorrentes da forma de participação do terceiro – mediador. Assim, se a postura do mediador dentro da busca do consenso se apresentar de forma ativa, estará ele não propondo soluções, mas utilizando de condutas persuasivas, ou até mesmo pressionando as partes. Ao contrário se tem a mediação passiva, existente quando o mediador não se porta de forma pró-ativa, mas sim apenas como um facilitador, um ouvinte e observador<sup>267</sup>.

#### 4.6 Procedimento

Mister, nesta ocasião, proceder a uma explanação do procedimento que envolve a mediação, com intento de melhor compreendê-lo.

Antes de qualquer coisa, é de bom tom que se deixe claro que, apesar das características já anteriormente explicitadas da consensualidade, flexibilidade e informalidade que permeiam este método de resolução de conflitos, há a necessidade de se seguir um procedimento; pois somente com a adoção de um

---

<sup>266</sup> Idem, p. 35.

<sup>267</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 99. Sintetizando quanto às espécies de mediação, afirma: “... há várias espécies de mediação, podendo ser: institucional, cidadã (comunitária), extraprocessual (extrajudicial) ou processual (judicial), subdividindo-se em endoprocessual e paraprocessual”.

determinado procedimento é que se pode trazer eficiência a ele, bem como proteger determinados direitos dos participantes.

Portanto a mediação, como forma de resilição de conflitos que é, somente obterá sucesso em sua empreitada caso venha a se ater a um procedimento com certas etapas a serem seguidas, em conjunto com o cuidado que se deve ter para com a preservação de direitos e garantias das partes que nela estarão inseridas.<sup>268</sup>

Deveras importante a observância dessas duas exigências, tanto assim o é que a doutrina contrária a adoção das formas de resolução de conflitos pelo consenso, trás como um de seus alicerces exatamente a suposta presunção de uma falta de observância dos direitos e garantias das partes no procedimento da mediação, neste sentido se manifesta Fiss<sup>269</sup>.

Cabe advertir ainda, que não há unanimidade quanto à forma de realização e de etapas no procedimento da mediação, havendo grande variação de acordo com a modalidade de mediação adotada (judicial ou extrajudicial), bem como ocorre a mutação de um país a outro<sup>270</sup>.

Não há uma forma rígida a se seguir no procedimento de mediação, mas torna-se indispensável sua organização a fim de se conseguir um melhor funcionamento.

Almeida<sup>271</sup> ainda pontua que no Brasil ainda existe um aspecto dificultador no que tange a mediação, sendo ele a falta de conhecimento sobre o instituto por parte do cidadão, razão pela qual se torna necessário que o mediador proceda a uma instrução aos participantes do que seja a mediação.

Passando a explicar o procedimento da mediação em si, tem-se certo que o mesmo deva possuir dois grandes estágios<sup>272</sup>, consistindo em uma fase de pré-

---

<sup>268</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Da Mediação Prévia. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 156. Acrescenta: “A escolha desse procedimento deve, destarte, atender a essas duas exigências, quais sejam, eficiência na obtenção do resultado esperado e preservação da garantia fundamental dos participantes”.

<sup>269</sup> FISS, Owen. Contra o Acordo. In: *Um Novo Processo Civil*. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT. 2004, p. 122. O doutrinador é contrário a adoção da política do consenso (acordo) entendendo que somente por intermédio da jurisdição é que se pode resolver os conflitos surgidos na sociedade.

<sup>270</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 106.

<sup>271</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Op. Cit., p. 156.

<sup>272</sup> MOORE, Christopher W. Op. Cit., p. 35. Expõe o doutrinador quanto ao modelo de mediação, e sobre ele afirma que o processo de mediação deve apresentar estágios, estágios estes que devem ser divididos em duas grandes categorias. Uma primeira chamada de pré-negociação realizada antes de se dar início a mediação propriamente dita (que é a segunda), sendo que esta última irá se subdividir em várias sessões.

mediação (pré negociação ou fase preliminar) e o estágio da mediação propriamente dita.

#### 4.6.1 Pré-Mediação

Em um primeiro momento, como visto acima, será especificado a fase preliminar, também chamada de pré-mediação ou pré-negociação. Será neste período, considerado de suma importância<sup>273</sup> para o perfeito transcurso da mediação, o primeiro contato das partes com o procedimento – o que no Brasil deve ser feito com maior cautela que em outros países como asseverado acima-.

Na fase da pré-mediação o mediador além de se apresentar, deverá fazer uma breve explanação do procedimento, instruindo os participantes sobre o instituto e seu objetivo, assim como o de informar sobre o seu papel no procedimento. Trata-se de uma fase em que o mediador irá construir credibilidade para com os participantes, o que foi chamado de estabelecimento de vínculo entre as partes e mediador por Moore<sup>274</sup>. Ainda nesta fase já se inicia o processo de estímulo às partes de se verem não mais como antagonistas, mas já os estimulando ao ideal de cooperação<sup>275</sup> para a resolução da contenda.

Ao final desta primeira fase entende alguns doutrinadores<sup>276</sup> a título de recomendação, que deverá haver uma formalização da concordância das partes em participar do procedimento, por meio de um termo próprio. Salienta-se que este termo é mera orientação e não um requisito essencial de validade para o procedimento.

#### 4.6.2 Da Mediação propriamente dita

Esse estágio será composto por várias sessões, e como já afiançado anteriormente, não há uma uniformidade quanto ao número de sessões e a matéria de cada uma delas, ou seja, ao conteúdo de cada uma das sessões; mas certo é

---

<sup>273</sup> NETO, Adolfo Braga. Op. Cit., p. 19-32. Relata que: “É um momento importante, porque propicia a construção de uma abordagem apropriada com as partes, que facilitará o nascimento de sua confiança no procedimento, para posterior transferência desta confiança para o mediador”.

<sup>274</sup> MOORE, Christopher W. Op. Cit., p. 36.

<sup>275</sup> GARCEZ, José Maria Rossani. Negociação. *ADRS. Mediação, Conciliação e Arbitragem*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004, p. 45-46.

<sup>276</sup> SERPA, Maria de Nazareth. Op. Cit., p. 180.

que este momento da mediação é marcado por várias sessões com escopo de justamente solucionar o conflito.

A primeira sessão será pautada pela apresentação das partes em conflito e pela investigação a ser realizada pelo mediador. Ao início será dada a oportunidade às partes de se apresentarem e logo em seguida expõem suas posições sem qualquer tipo de interpelação. Ao mesmo tempo surge o momento para o mediador investigar, ou seja, de forma bem passiva, passar a ouvir as partes e das várias formas de comunicação (sejam verbais ou não verbais) conseguir extrair conhecimento sobre cada uma das partes, sejam quanto a suas tendências, expectativas e objetivos a serem conseguidos por intermédio da mesma<sup>277</sup>.

Em uma fase seguinte cabe ao mediador uma tarefa muito árdua, mas de crucial importância para o desenrolar da mediação, que é a descoberta dos reais interesses dos mediados; é o descortinar do verdadeiro interesse existente por de trás daquela posição apresentada inicialmente pelas partes. Conforme demonstrada pela doutrina as posições iniciais que são prestadas pelas partes tendem a se mostrar contrárias a um possível acordo, sendo então de extrema relevância a atuação do mediador neste momento.

Com intuito em alcançar a real posicionamento dos conflitantes tem o mediador uma variável de técnicas capazes de provocar as partes a se manifestarem e conseqüentemente virem a revelar os seus verdadeiros interesses. E neste sentido vale ressaltar os ensinamentos de Pinho<sup>278</sup> que utilizando das técnicas da *Harvard Law School* (*looping*, *rephrasing* e *reframing*<sup>279</sup>) indica-as como os instrumentos necessários para a consecução do objetivo do mediador. Momento em que deve o mediador realizar diversas perguntas aos mediados, bem como refazê-la de forma diversa ou realocar o conflito. Outras técnicas podem ser

---

<sup>277</sup> NETO, Adolfo Braga. Op. Cit., p. 19-32. Descreve sobre a etapa o seguinte: “Nesta etapa, é fundamental que o profissional coordenador do procedimento já aporte consigo diversas técnicas e consiga bem definir a controvérsia, as posições e, sobretudo os interesses e necessidades dos mediados. Esta etapa é fundamental para que o mediador incentive a cooperação e desperte a confiança dos mediados, pois sem elas não poderá dar andamento ao procedimento”.

<sup>278</sup> PINHO, Humberto Bernardina Dalla de. Op. Cit., p. 105-124

<sup>279</sup> *Looping*, *rephrasing* e *reframing* são técnicas fomentadas pela *Harvard Law School* e colocadas a disposição do mediador a fim de que ele possa de fato elucubrar a real intenção da parte em um conflito, pois como visto nem sempre o motivo apresentado é o real. O *looping* seria a possibilidade de se fazer tantas perguntas quanto forem necessárias, o *rephrasing* seria a possibilidade de se refazer a pergunta de forma diferente e o *reframing* é a possibilidade de se colocar a pergunta em outro contexto.

utilizadas como a *caucus*<sup>280</sup>. Ressalta-se que estes instrumentos devem estar à disposição do mediador e a adoção dos mesmos caberá a este terceiro, de acordo com a necessidade do conflito, sempre pautado pela escuta das partes.

Em continuidade ao método se passará a sessão referente à criação de opções que porventura poderão ser adotadas ou não pelas partes, entretanto, deve-se atentar que somente se poderá passar para esta etapa da mediação quando o mediador tiver conhecimento exato de tudo e todos naquela caso apresentado<sup>281</sup>.

Assim estando se iniciará esta nova sessão em que deve o mediador agir de forma a estimular as partes a apresentarem várias opções para a solução do litígio, mesmo soluções que pareçam infactíveis, incoerentes ou contraditórias para as partes, podendo utilizar para tanto de outro instrumento denominado de *brainstorming*<sup>282</sup>. Como descrito por Braga<sup>283</sup> este período exige muita criatividade por parte do mediador fazendo com que ele tenha uma conduta ativa a fim de provocar os mediados a encontrar opções ao conflito, em que quanto maior o número de opções, mais fácil se chegará à solução.

Assevera-se que neste momento não cabe proceder a críticas das opções demonstradas, nem muito menos o tempo de se decidir qual a ser adotada, mas sim, como acima enunciado, tempo de se apresentar opções, caminhos possíveis a se adotar. Neste ponto muita discussão existe quanto à possibilidade do mediador apresentar opções, existindo posicionamentos plenamente favoráveis como no caso de Braga<sup>284</sup> que esclarece que deve também as partes (mediados) apresentarem opções, não ficando assim apenas atrelado ao mediador o exercício da criatividade. E outros no sentido de que a função de indicar opções é própria das partes e não mediador, mas nada impede que ele também as apresente, como colocado por

---

<sup>280</sup> *Caucus* é outra técnica a ser utilizada pelo mediador a fim de descobrir a real intenção. É também chamada de sessões privadas, onde é dada a oportunidade às partes, de forma isolada, virem a desabafar, soltar as emoções contidas e desta forma de fato deixar vir a tona certas questões. Salienta-se que tal procedimento é um tanto questionado por parte da doutrina em face da alegação de que poderia quebrar a imparcialidade do mediador. Assim observa-se que a sua adoção deve sempre ser permeada pelo equilíbrio a fim de se não perverter uma das características própria da mediação que seria a imparcialidade.

<sup>281</sup> NETO. Adolfo Braga. Op. Cit., p. 19-32. Aponta: “*A próxima etapa só poderá ser iniciada pelo mediador quando perceber que bem conhece a realidade daquelas pessoas, os fatos, as respectivas visões dos mesmos e toda a estrutura que os levaram a gerar o conflito*”.

<sup>282</sup> O *brainstorming* é um instrumento que faz provocar as partes a expor várias idéias que podem levar a solução do conflito, onde todas as opções apresentadas devem ser anotadas de forma visível às partes, para que estas *a posteriori* possam discuti-las.

<sup>283</sup> NETO. Adolfo Braga. Op. Cit., p. 67.

<sup>284</sup> *Ibidem*.

Serpa<sup>285</sup> ao dizer que o mediador pode sugerir soluções já adotadas em outros procedimentos.

Antes de iniciar de fato a escolha por uma das opções até então apresentadas, mister é que já se proceda a exclusão daquelas que forem analisadas e consideradas realmente inviáveis<sup>286</sup> pelas partes com objetivo de não procrastinar em demasia o procedimento e causar maiores desgastes na instrução da sessão – o que viria de encontro com a característica da cooperação entre partes, tão basilar a mediação.

A partir deste momento inicia-se uma nova etapa que é a escolha da opção, onde o mediador após relembrar a cogente cooperação entre mediados e a busca do interesse comum, passa a auxiliá-los na escolha, entre as várias opções fomentadas, daquela que melhor lhes satisfaçam<sup>287</sup>. Para esta escolha deverá se proceder: a avaliação das opções colocadas, revisão dos interesses das partes, estimar as satisfações das partes diante de cada opção apresentada e calcular o custo benefício das opções. Somente depois é que se irá providir a barganha<sup>288</sup> – quando se apresentará propostas e contraproposta- para finalizar o acordo.

Impende aclarar que deve o terceiro –mediador- agir neste período sempre no sentido de manter as partes em igualdade de verbalização com o fito de se evitar possíveis imposições; interpelando sempre que um dos mediados tentar assim proceder (com uma postura adversarial e não cooperativa como deve ser)<sup>289</sup>. Do mesmo modo deve se preocupar com a compreensão das partes quanto a cada uma das opções propostas, podendo solicitar que a parte propositora esclareça novamente a opção não compreendida. Salientando que para sanar estas duas intercorrências acima descritas poderá o mediador utilizar do mecanismo de uma sessão a parte, que poderá ser privada com o mediado relutante, indagando-o sobre a sua postura<sup>290</sup>, ou no segundo caso com uma sessão conjunta.

<sup>285</sup> SERPA, Maria de Nazareth. Op. Cit., p. 196.

<sup>286</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Op. Cit., p. 162. Pontua no sentido de que: “Com a exclusão das opções inexecutáveis, cabe ao mediador incitar os participantes na criação de novas soluções a partir daquelas já indicadas, através da mescla das ideias. Essa tarefa tem o intuito de aprimorar o que fora sugerido inicialmente. Terminada essa fase, os participantes estão aptos para negociar”.

<sup>287</sup> FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alyson. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. San Francisco: Josey Bass Inc. Publishers, 1984, p. 39. Colocam que a atividade do mediador neste momento é a de questionar as partes qual das opções é a que lhe iriam satisfazer. “The mediator’s task is to reframe this bargaining to ask the question: wich option Will Best meet everyone’s needes?”

<sup>288</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 107.

<sup>289</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Op. Cit., p. 162.

<sup>290</sup> FOLBERG, Jay. TAYLOR, Alyson. Op. Cit., p. 117.

A preparação do acordo ocorrerá por meio da “construção conjunta do termo final”<sup>291</sup> que constará tudo que as partes vieram a adotar e que tenham aceito como solução satisfatórias à suas necessidades e interesses.

Por derradeiro, se chegando efetivamente ao acordo, ou seja, ao consenso, nele deve constar de forma clara os objetivos alcançados e os seus valores, sendo escrito –preferencialmente- com as expressões empregadas pelas próprias partes e de forma bem simples. Tem-se assim o termo final em que os componentes admitem os compromissos para a superação da contenda. Este termo que recebe a denominação de termo de mediação deve ser redigido sem expressões complicadas face a necessidade de futuro entendimento pelas próprias partes quando da observância de seus compromissos.

A título de explicação, como em qualquer negociação, deve ficar assentado que é possível que não se chegue a um ajuste total, momento em que se fará um termo parcial –da parte a que se teve acordo- e optar, quanto a parte ainda não dirimida, por uma nova mediação ou pela utilização de outro mecanismo de solução de conflito. Crível ainda que nem se chegue a qualquer ponto em comum, ocorrendo assim o impasse<sup>292</sup>.

Muito se indaga quanto a duração do procedimento da mediação, que se apresenta muito mais meticoloso do que outros como a conciliação; sendo certo que a resposta para tanto não é pacífica, uma vez que muitos por considerá-lo um processo marcado pela rapidez, em contrapartida se forem observar sua característica de consensualidade, acabará por ser um procedimento mais demorado, ficando ao talante das partes a sua permanência.

#### **4.7 Proficiências**

Ponto bastante aventado pela doutrina que se aprofunda no tema refere-se a análise das vantagens e possíveis desvantagens na adoção desta forma de resolução de conflitos. A análise comparativa com o processo judicial a todo momento é feita, e assim já se procedeu em outro momento, não sendo este o objetivo agora buscado.

---

<sup>291</sup> NETO, Adolfo Braga Op. Cit., p. 67.

<sup>292</sup> ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. Op. Cit., p. 163. Manifesta-se: “Para maior segurança das partes e até por uma questão de facilitação da memorização do que ficou acordado, mormente nos casos de relação continuada, deve ocorrer, na última etapa do procedimento a formalização do acordo”.

Oportuno é demonstrar as factíveis vantagens trazidas ao Estado e a sociedade a adoção deste procedimento, o que se passará a expor nas linhas abaixo.

Muitas são os benefícios que podem ser enumerados com a adoção da mediação, sendo eles: 1) a busca pelo real interesse e motivo dos participantes naquela situação fática apresentada; 2) ser um método objetivo, local onde se buscar fazer a parte refletir de forma objetiva sobre as alternativas existentes para o acordo; 3) a duração razoável do procedimento é breve como nos dizeres de Amaral<sup>293</sup>, 4) disponibilidade das partes, que podem abandonar o mesmo a qualquer momento; 5) ser um método econômico<sup>294</sup>; 6) marcado pela confidencialidade (entre as partes e com relação à sociedade; 7) um maior domínio sobre o resultado e a metodologia, já que a mediação fornece às partes a possibilidade de elas mesmas solucionarem a contenda.

Aponta-se como vantagem a informalidade ou flexibilidade<sup>295</sup>, em que a mediação não se prende a regras rígidas a serem seguidas, o que leva a existência de um leque de opções quanto ao modo a se solucionar o conflito.

Sem qualquer sombra de dúvida um dos maiores benefícios da mediação, quiçá o maior, é o fato de que este método trás ganhos para ambas as partes. Não há de se falar em ganhadores e perdedores na mediação, mas somente ganhadores, as partes interagem, cooperam e chegam a uma solução que atenda os interesses e necessidades dos litigantes. Desta forma, as partes cedem e acabam atingindo ganhos recíprocos, o que leva a uma maior preservação das relações interpessoais. É identificado por Slaikeu<sup>296</sup> como um método de resultado de “ganho-ganho”.

---

<sup>293</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 109.

<sup>294</sup> MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146. Ao dispor sobre a economia da mediação diz que justamente um dos destaques da mediação é no que tange a economia financeira e de tempo. Sendo os conflitos resolvidos na mediação de forma mais célere o que levar a ocorrer uma redução significativa dos custos.

<sup>295</sup> CAIVANO, Roque J.; Gobbi, Marcelo; PADILHA, Roberto E. *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para La abocacia moderna*. Buenos Aires: ad-Hoc, 2006, p. 121.

<sup>296</sup> SLAIKEU, Karl A. Op. Cit., p. 26.

A título de finalização deste tópico, é de suma relevância trazer os ensinamentos de Boaventura de Souza Santos<sup>297</sup>, dando-se foco a três questões por ele exposta no que diz respeito às vantagens da mediação, quais sejam: uma maior abrangência do tema em conflito na mediação, uma maior participação social e por fim um meio profícuo à solidariedade.

A primeira foi muito bem explanada em sua obra *O discurso e o poder*<sup>298</sup>. Nela o autor, no que diz respeito ao alcance do método em estudo, afirma que a mediação efetivamente trata do conflito em sua integralidade, alcançando os reais interesses das partes e os aspectos do dilema. Há uma análise abrangente e não meramente superficial do conflito como ocorre no modelo tradicional de justiça.

A democracia se faz latente na mediação, proporcionando uma inserção social, onde as partes acabam por ter maior acesso à justiça, consciência de seus direitos, além de ser o método que torna possível a solução do conflito pelas próprias partes em diálogo<sup>299</sup>.

Já em outra obra: *A crítica da Razão indolente: contra o desperdício da experiência*<sup>300</sup>, demonstra a vantagem da mediação quanto a ser um método que propicia a solidariedade, o que seja: o ato de provocar as partes a compreenderem o todo e não apenas a sua posição, que consigam enxergar, por meio do diálogo, os interesses e necessidades alheias e assim, conseguirem a paz social.

#### 4.8 Ensaio Internacionais

A título de continuidade a pesquisa desenvolvida, sempre oportuno é o estudo com o viés comparativo com objetivo a demonstrar o surgimento, desenvolvimento e resultados obtidos em outras nações. No caso da mediação não é diferente, uma

---

<sup>297</sup> Mister ressaltar neste momento o estudo feito pelo autor nos aglomerados da cidade do rio de Janeiro nos anos 70, o qual intitulou de *Pasárgada*. Neste estudo procedeu a uma análise comparativa entre o direito posto pelo estado e o direito exercido pelas associações de moradores da região na solução dos conflitos. *Pasárgada* era o direito em que se baseavam os moradores, utilizando da mediação (uma solução com dois ganhadores), ao contrário do estatal (adjudicação) que dava a um o direito e ao outro a perda.

<sup>298</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 20-27.

<sup>299</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 113. Afirma que a mediação não deve ser vista apenas como um instrumento de pacificação social, mas também como um caminho para o exercício da cidadania que provocará por sua vez a uma emancipação individual e social da comunidade. Salienta: “*Enfim, é um instituto que privilegia os princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana, previstos no artigo 1º da Constituição Federal*”.

<sup>300</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000, p. 80-83.

vez que grande força passou a ter a partir da segunda metade do século XX nos países ocidentais, sendo assim adotado, o que muito agrega para o estudo e utilização no Brasil, haja vista a sua falta de regulamentação neste último país.

Para tanto será procedida análise da mediação em países europeus –como Inglaterra e França- bem como em países sul-americanos como a Argentina.

#### 4.8.1 Na Inglaterra

As ADR's (*alternative disputes resolutions*) tornaram-se muito populares<sup>301</sup> neste país, sendo adotadas das mais variadas formas; apresentando-se como as principais alternativas à resilição de conflito dentro das cortes inglesas as seguintes: negociação entre as partes (acordos), a mediação ou conciliação e por derradeiro a arbitragem.

Como afirma Andrews<sup>302</sup> a mediação é vista como uma das melhores formas de se chegar a um acordo; local onde as partes em conflito poderão chegar a uma conclusão consensual.

Neste país os acordos podem acontecer de quatro maneiras distintas, com a participação de mediadores ou sem a participação de mediadores. Os acordos não mediados ocorrem antes do início de qualquer tipo de procedimento a fim de se evitá-los, ou durante os procedimentos, sendo que nestes casos os procedimentos terão como decisão não um julgamento de mérito, mas sim o acordo. Por outro lado se tem os acordos mediados que se darão também antes do processo, ou após processo iniciado.

A doutrina inglesa enaltece as vantagens na adoção de tal método, como citado por Spencer e Brogan<sup>303</sup> sendo elas: a confidencialidade, a eleição do mediador, a economia de tempo, a economia de dinheiro, flexibilidade, a escolha da opção a ser adotada, a cooperação e no caso a adoção de uma medida justa e amigável, sendo um processo não adversarial.

---

<sup>301</sup> ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wanbier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 261. Diz: “*Tem ocorrido um aumento notável da popularidade e importância da mediação. Apesar de alguns participantes entenderem a mediação como um sinal de fraqueza, este preconceito está acabando. Litigar perante as cortes está se tornando a última opção, sendo hoje as cláusulas de mediação comuns*”.

<sup>302</sup> Idem, p. 260.

<sup>303</sup> D.Spencer; M. Brogan. *Mediation: Law and Practice*. London: Cambridge UP, 2006, p. 84

A cultura pelos métodos alternativos de fato vem crescendo em grande escala na Inglaterra, tendo práticos experientes daquele país, como o Senior Robert Turner<sup>304</sup> assim se posicionado. No mesmo sentido a *Law Society* da Inglaterra e País de Gales<sup>305</sup>.

Asseveram, desta forma, no sentido de que a mediação é um valioso substituto par a Justiça Estatal nos dias atuais e para tanto são apresentadas várias justificativas quanto ao aumento da procura pela mediação, como: a justiça das cortes é arriscada, demorada, cara e fomenta as adversidades (ao se ter um único vencedor), bem como são elas destituídas da participação direta das partes. Características estas que se apresentam de forma completamente contrárias na mediação.

#### 4.8.2 Na França

As formas de resilição consensual de conflitos neste país têm sua origem bastante remota, estando presentes deste a época do *Ancien Régime*, perdurando por vários séculos até um momento de extinção, fato que ocorrerá no início da segunda metade do século XX – mais precisamente no ano de 1958-.

Com o passar dos anos e a difusão das ADR'S pelo mundo como um todo, a França retomou com força a prática destes métodos, sendo a década de 80 considerada como uma década consagrada à mediação naquele país, conforme Six<sup>306</sup>. Esclarecendo o autor que em seu país a mediação apresenta inúmeras facetas, sendo elas: a mediação familiar, penal, social, administrativa, cultural e empresarial.

A mediação se apresenta das mais variadas formas e em todos os lugares. Como dito acima, por se tratar de um instituto bastante desenvolvido neste país, ela se demonstra como uma mediação institucional (também chamada de judicial) ou uma mediação cidadã (extrajudicial). Na primeira, a mediação é judicial, sendo os mediadores pessoas existentes nos órgãos públicos, podendo ser adotada em

---

<sup>304</sup> Robert Turner é um juiz que se aposentou no ano de 2007 na Inglaterra (*Queen's Bench Division*). Tratando-se de pessoa muito experiente que estabeleceu que o processo perante os tribunais deve ser entendido como uma última opção, e que os acordos devem ser perquiridos sempre.

<sup>305</sup> ANDREWS, Neil. Op. Cit., p. 272. Onde a *Law Society* no ano de 2005 veio a emitir: "...uma sugestão de práticas recomendando no sentido de que os advogados devem considerar rotineiramente se as ações de seus clientes podem ser substituídas por ADR".

<sup>306</sup> SIX, Jean-François. Op. Cit., p. 11.

questões cível, penal, e administrativa. De outro lado se tem a mediação cidadã ou comunitária, também largamente utilizada<sup>307</sup>, onde os mediadores por sua vez são pessoas que surgem de forma instintiva nos grupos sociais, face às necessidades que surgem no seio social.

Neste país a mediação se encontra devidamente regulamentada tanto na seara penal quanto na seara civil. A mediação penal encontra-se instituída por meio da Lei n. 93-2 de 04 de janeiro de 1993, já a civil fora criada pela Lei n. 95-125 de 08 de fevereiro de 2005.

No que tange a mediação civil deve-se atentar que a lei que a criou veio dispor sobre a organização das jurisdições e ao processo, e, por conseguinte instituiu a conciliação e mediação judicial. Mais precisamente no artigo 21 a 25 da referida lei (n. 95-125)<sup>308</sup> ficou estipulado que deverá o juiz designar um terceiro, desde que haja concordância das partes e em acatamento as regras, a fim de que este terceiro busque uma conciliação prévia ou mediação (não permitindo nos casos de separação e divórcio). Salientando-se que esta mediação poderá ocorrer em qualquer fase do processo sempre com escopo de se atingir um acordo entre os litigantes. Ao final, após acordo fechado, este será submetido ao juiz a fim de que se dê força executiva a ele.

Ainda quanto à mediação civil é muito importante destacar que cerca de um ano e meio depois foi editado o Decreto n. 96.652 de 22 de julho de 1996 que regulamentou a lei acima, criando um capítulo específico sobre a mediação em seus artigos 131-1 a 131-15, reafirmando o objetivo do mediador, qual seja o de trazer ou pelo menos tentar trazer uma solução ao conflito surgido entre partes por meio de um procedimento negociado. Neste sentido esclarece Gorchs<sup>309</sup> que na mediação o não deve este terceiro propor uma solução, mas sim ajudar as partes a achá-la, devendo trabalhar sobre o conflito.

Por sua vez, a mediação penal tratada em outra lei (a de nº 93-2), como mencionada acima, buscando resgatar a prática já anteriormente exercida pelos juízes de paz à época, passou a prever a partir de então a possibilidade de se utilizar da mediação, desde que exista concordância entre as partes, antes mesmo

---

<sup>307</sup> AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. Op. Cit., p. 134.

<sup>308</sup> Idem, p. 130.

<sup>309</sup> GORCHS, Béatrice. *La Médiation Dans Le Procès Civil: sens et contresens. Essai de mise en perspective Du conflit e Du litige*. In: Revue Trimestrelle de Droit Civil, n. 3. juillet/sept, 2003, p. 409/425.

de se propor a ação penal. Cabendo ressaltar que este instituto somente deve ser utilizado diante de divergências não graves<sup>310</sup>.

A experiência francesa conhecida por *médiation de quartier*<sup>311</sup> é de suma importância para o desenvolvimento desta pesquisa, pois aquela atividade, tratada como uma mediação extrajudicial utilizasse de mediadores voluntários existentes no entorno da região em que se apresenta o conflito, se preocupando em solucionar diferenças consideradas de menos importância como fatos ligados a barulhos excessivos, violências de pequena monta, ou de atos contra o patrimônio de pequeno valor, que a princípio não são relevantes para o Estado, mas que podem trazer num futuro próximo uma litigiosidade mais acirrada ou desgastante<sup>312</sup>.

Bensimon e Choiseul<sup>313</sup> destacam a imprescindibilidade da mediação como um método voltado para a solução de litígios, podendo ser utilizado em vários campos seja criminal, civil, empresarial. Ressaltando estes autores sobre as vantagens na utilização deste instrumento para o alcance da justiça; apontam como vantagens: que se trata de um procedimento onde existe um diálogo direto onde se discute de fato o conflito, um processo rápido, livre (com flexibilidade), discreto e eficaz.

#### 4.8.3 Na Argentina

Apresenta-se muito interessante a evolução da mediação no país vizinho ao Brasil, onde a iniciativa da adoção deste método de resolução de conflitos teve origem no Poder Judiciário, que posteriormente contou com a colaboração do Poder Executivo.

Magistrados argentinos após conhecimento das ADR's (*alternative dispute resolutions*) in *loca*, após visita aos Estados Unidos, tiveram a iniciativa de propor ao

---

<sup>310</sup> AMARAL, Maria Therezinha. Op. Cit., p. 129. Quanto a mediação penal descreve a autora que ela visa “regularizar algumas situações, pondo fim às diferenças menos graves entre pessoas que vivem juntas, bem como atendendo de forma imediata às expectativas das vítimas”.

<sup>311</sup> Idem, p. 128.

<sup>312</sup> BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La Médiation: problèmes politiques et sociaux*. Paris: Paris, 2002, p. 32. No que diz respeito aos fatos em conflito alvo dessa espécie de mediação nos preleciona que cuida de “litígios muito pouco importantes para dar lugar a um processo judicial, mas suficientemente sérios para nos desgastar a existência se os deixamos continuar”.

<sup>313</sup> BENSIMON, Stephen; CHOISEUL, Raynald de. À Quoi Sert La Médiation?. In: BENSIMON. Stephen; LAMPEREUR, Pekar. *La Médiation Modes d'emplo?i*. Paris: A2C Médias, 2007, p. 12-28.

ministro da justiça de seu país a criação de uma comissão de mediação a fim de elaborar projeto de lei sobre esta forma de resolução de conflitos.

Durante alguns anos foi debatido o tema, bem como realizado experiência por meio de um projeto piloto (através de resolução<sup>314</sup> específica), que ao seu final acabou por trazer a lei n. 24.573 de 1995 consagrando de vez a mediação na Argentina<sup>315</sup>.

Esta lei passou por algumas regulamentações, sendo que hoje existe naquele país mediações prévias e obrigatórias, bem como ficou determinado que não poderá ser aplicada em determinados conflitos, como: penais, separação e divórcio, filiação e pátrio poder.

A lei supra mencionada – que institui a mediação - prescreve de forma bem clara quanto ao procedimento a ser desenvolvido na mediação, com suas etapas, prazos e características; tratando também da questão dos mediadores, ressaltando quanto a este último tema a necessidade de ser bacharel em direito e capacitação específica para ser um mediador<sup>316</sup>.

Como em qualquer outro país calorosos debates surgiram quanto a um ou outro ponto da lei que estabeleceu a mediação, destacando-se, dentre as várias questões suscitadas, a da obrigatoriedade da mediação<sup>317</sup> e da possibilidade de escolha do mediador pela parte requerente<sup>318</sup>.

Segundo Amaral<sup>319</sup> o modelo argentino que apresenta duas espécies de mediação: uma privada –que é voluntária- e outra oficial – que é obrigatória- devem servir de modelo para os outros países da América Latina.

#### 4.9 No Brasil

<sup>314</sup> Trata-se da resolução n. 983 de 1993 que colocou em execução o centro de mediação, centro este do qual participaram instituições judiciais da Argentina, perduram por quase dois anos.

<sup>315</sup> ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena I.; JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalm, 1996, p. 13-24.

<sup>316</sup> Op. Cit. p. 119

<sup>317</sup> CAIVANO, Roque; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. Op. Cit., p. 305.

<sup>318</sup> Idem, p. 310

<sup>319</sup> Op. Cit., p. 121. Aduz que: “Neste país, a mediação encontra-se, há mais de uma década, institucionalizada no seio da sociedade, tendo-se convertido em modelo de implantação da mediação na América latina”.

Esta forma de solução de conflitos vem sendo desenvolvida de forma lenta<sup>320</sup> no Brasil, certo é que já existe aplicação e previsão legal na seara trabalhista, no entanto, quanto às demais áreas do Direito não há qualquer legislação que a regulamente.

O legislador pátrio, por meio da deputada Zulaiê Cobra, propôs um projeto de lei a fim de efetivamente institucionalizar a mediação, tendo a proposta legislativa recebido a numeração 4.827-C de 1998. Contudo no decorrer de vários anos, após receber parecer favorável quanto a sua constitucionalidade (formal e material) pela comissão de constituição, justiça e cidadania, veio a receber substitutivos, dentre eles o da retirada da mediação no que tange ao âmbito penal, ou seja, vedando assim esta forma de solução propícia de conflitos quanto à matéria criminal. Nos dias atuais o projeto encontra-se fora de pauta, portanto praticamente esquecido.

Ante o exposto no parágrafo anterior ficou evidenciado que o projeto de lei na forma como se encontra nos dias atuais se direciona a apenas uma mediação civil, deixando de lado as questões de natureza penal, a ser definida em outra legislação.

Não é o objeto desta pesquisa o projeto de lei em análise neste tópico, contudo será feita algumas ponderações sobre ele, apenas a título de maior entendimento. Vê-se que os quarenta e sete artigos do projeto de lei 4.827-C, como apontado pela doutrina, especificam bem o instituto da mediação apresentando seus contornos no país.

O artigo 2º<sup>321</sup> do projeto de lei define a mediação pondo em destaque a sua imparcialidade e a posição do mediador na solução como terceiro que não decide, mas sim facilita, promove a resolução da contenda, ou até mesmo a previne.

No que diz respeito ao mediador observa-se que este poderá ser judicial ou extrajudicial<sup>322</sup>, sendo que no primeiro caso deverão ser advogados com capacidade específica para tanto, além de registro de mediador<sup>323</sup>; já quanto aos extrajudiciais

---

<sup>320</sup> Filho, Mauricio Vasconcelos. Op. Cit., p. 10. Diz: *“Para demonstrar a seriedade e complexidade do desenvolvimento do estudo da mediação no Brasil e, por consequência, da tentativa de normatização e disciplina da matéria no âmbito civil, vale relatar que o Projeto de lei de mediação vem tendo longa tramitação, tanto perante a Câmara dos Deputados, quanto no Senado Federal, partindo de um projeto de lei inicialmente com poucos artigos, para o atual com 47 (quarenta e sete) artigos, os quais são compostos, por vezes, por diversos parágrafos e incisos, num verdadeiro Sistema de Regulamentação da Mediação civil.”*

<sup>321</sup> O artigo 2º assim se apresenta: *“A atividade técnica exercida por terceiro imparcial que, escolhido ou aceito pelas partes interessadas, as escuta, orienta e estimula, sem apresentar soluções, com o propósito de lhes permitir a prevenção ou solução de conflito de modo consensual”.*

<sup>322</sup> Artigo 10. *“Os mediadores serão judiciais ou extrajudiciais”.*

<sup>323</sup> Artigo 11. *“São mediadores judiciais os advogados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas, capacitados, selecionados e inscritos no registro de mediadores”.*

poderão ser qualquer pessoa capaz e que tenha reputação ilibada e certa experiência ou formação técnica para tanto, e que também deverão estar inscritos no registro de mediador<sup>324</sup>.

Ainda quanto ao mediador declara o projeto de lei que deverá ser sua atividade remunerada, bem como poderá se declarado impedido ou suspeito nos termos do artigo 134 e 135 do Código de Processo Civil pátrio<sup>325</sup>, e as características de sua função, devendo sua atividade ser permeada pela imparcialidade, autonomia, capacidade, diligência e confidencialidade<sup>326</sup> (características que já foram analisadas nesta pesquisa quando do estudo da mediação como um todo).

Importante se destacar a postura adotada pelo projeto de lei quanto à figura do mediador, devendo este se apresentar diante do conflito em resolução com uma posição passiva e não ativa<sup>327</sup>, demonstrando a busca do legislador por uma mediação mais real, baseada nas características da imparcialidade e neutralidade do mediador. O que veio de encontro com uma tradição já sedimentada no país quanto à figura do conciliador – outra modalidade de resolução alternativa de conflito- que neste caso é dever dele propor e sugerir às partes soluções para se chegar a um acordo.

A previsão legal em discussão demonstra as espécies de mediação que poderão ser adotadas no país, sendo elas variáveis de acordo com a ótica a ser observada, facultando as hipóteses de ser a mediação judicial ou extrajudicial (ao se observar a qualidade do mediador) e prévia ou incidental (ao se observar o momento da instauração)<sup>328329</sup>.

<sup>324</sup> Artigo 12. “São mediadores extrajudiciais aqueles independentes, selecionados e inscritos no respectivo registro de mediadores, na forma desta lei.”

<sup>325</sup> Neste sentido encontra-se o artigo 21 do projeto de lei em seu caput: “Aplicam-se aos mediadores ou co-mediadores os impedimentos previstos nos artigos 134 e 135 do código de Processo civil”.

<sup>326</sup> Artigo 14. “No desempenho de suas funções o mediador deverá proceder com imparcialidade, independência, aptidão, diligência e confidencialidade, salvo, no último caso, por expressa convenção da partes”.

<sup>327</sup> HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. In : PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 137-138. No que diz respeito à mediação passiva coloca que: “*Todavia o legislador pátrio, ao regular a mediação, filiou-se claramente à figura do mediador passivo, consoante se extrai do artigo 2º do projeto de lei de mediação, ao vedar a apresentação de solução pelo mediador.*”. Continua a autora: “*No artigo 24, ratifica o legislador a adoção da postura passiva do mediador, proibindo-o de apresentar sugestão ou recomendação sobre o conteúdo do acordo, inclusive no que concerne às cláusulas e condições, que devem ser formuladas exclusivamente pelas partes. Ficam vedados, ainda, a instrução e o aconselhamento técnicos, inclusive a assessoria jurídica*”.

<sup>328</sup> AMARAL. Maria Therezinha. Op. Cit., p. 136.

No que diz respeito à qualidade do mediador, não há muito que se explicar, haja vista ser uma divisão clara, ao se adotar um mediador no método de resolução de conflitos que seja judicial ou extrajudicial (conforme artigos 10 a 12 do projeto de lei já anteriormente descritos).

Quanto ao segundo viés têm-se a mediação prévia e incidental. A primeira se encontra no artigo 32<sup>330</sup> sendo ela desempenhada em momento anterior à realização de uma demanda frente ao Poder judiciário. Nesta espécie não existe uma regra geral, admitindo-se uma solicitação informal do interessado, onde o procedimento será estabelecido pela instituição especializada ou independente por meio de uma simples comunicação. Contudo deve-se atentar para o fato de que algumas etapas carecem ser obedecidas, o que irá variar de acordo com a instituição mediadora<sup>331</sup>.

Por outro lado se tem a segunda -mediação incidental-, consistindo naquele procedimento a ser utilizado quando já em curso o processo judicial que irá ocorrer

Tema bastante controvertido que se apresenta no projeto de lei diz respeito à obrigatoriedade na mediação incidental. Existindo posicionamentos em prol e outros contrários a obrigatoriedade da mediação prevista no artigo 34 do projeto de lei em análise<sup>332</sup>. Tendo Pantoja<sup>333</sup> ressaltado que a versão inicial do projeto de lei em questão, a Deputada Zulaiê Cobra tinha previsto como um método facultativo, ou seja, ficaria a critério das partes em conflito adotá-lo caso se convencessem nesse sentido.

No tocante aos partidários da obrigatoriedade da mediação coloca-se o entendimento de que não se estaria a obrigar o acordo em si, mas sim uma tentativa de mediação. Utiliza, ainda, como ponto forte de sua sustentação a alegação de que a obrigatoriedade se faz necessária a fim de que se possa criar uma cultura no país quanto à adoção de mecanismos alternativos de resolução de conflitos<sup>334</sup>, enfim,

---

<sup>329</sup> Artigo 3º. “A mediação paraprocessual será prévia ou incidental, em relação ao momento de sua instauração, e judicial ou extrajudicial, conforme a qualidade dos mediadores”.

<sup>330</sup> Artigo 32. “A mediação prévia extrajudicial, a critério dos interessados ficará a cargo de mediador independente ou daquele ligado à instituição especializada em mediação”.

<sup>331</sup> ALMEIDA, Diogo de Assumpção Rezende. Op. Cit. p. 183.

<sup>332</sup> Artigo 34. “A mediação incidental será obrigatória no processo de conhecimento, salvo nos seguintes casos: ...”.

<sup>333</sup> PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 185.

<sup>334</sup> MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2004, p. 19.

proceder como um estímulo<sup>335</sup> a sua prática. Para tanto procedem a uma análise comparativa com outros países como Estados Unidos (mediação mandatória) e Argentina (obrigatória)<sup>336</sup> que já tem a mediação prevista em lei e a adotam em forma imperativa.

De outro lado os críticos à obrigatoriedade assentam que caso assim se proceda uma vez mais se estará levando o conflito para os ditames estatais, desconfigurando o próprio instituto da mediação que é baseado no consenso<sup>337</sup> e não no mandatório; o que vem a demonstrar o ainda presente enraizamento da cultura nacional quanto à jurisdição estatal - ao qual não parece conseguir se desvencilhar<sup>338</sup>-. Ponto este enfatizado por Watanabe<sup>339</sup> ao dispor que tanto na prática processual do país quanto na própria formação acadêmica dos futuros operadores do direito ainda se encontra voltada para a solução contenciosa das lides por meio de um processo judicial.

Aliado ao fato acima, se apresenta a argumentação de que a mediação não deve ser utilizada para todo e qualquer conflito, como disposto na legislação em formação, mas sim a certas controvérsias, como já anteriormente afirmado neste trabalho. Tendo Serpa prelecionado que a mediação é adequada para: os conflitos interpessoais - cuja relação precisa ser preservada-, nas lides de natureza emocional e psicológica e não exclusivamente jurídica, e nas que sobrepõe questões fáticas e não de direito<sup>340</sup>.

Não há que se aplicar a mediação de forma impositiva, mas a opção deste instituto deve ser voluntária, pois se assim não o for as partes não se sentirão livres

---

<sup>335</sup> PANTOJA, F.M. Op. Cit., p. 194. Pondera: “*À primeira vista, a imposição parece um meio eficiente para difundir o instituto e torná-lo usual à sociedade, aos advogados e aos juízes. Sem a ordem judicial, decerto poucos litigantes buscariam a mediação para solucionar seu conflito, já que se trata de um método pouco disseminado no país e verdadeiramente desconhecido para grande parcela da sociedade*”.

<sup>336</sup> AMARAL, Maria Therezinha. Op. Cit., p. 139. Defendendo a obrigatoriedade coloca: “*Enfim, a posição mais acertada parece ser a que defende a obrigatoriedade da mediação, ainda que por determinado prazo, para que seja definitivamente implantada a cultura da resolução não-adversarial de conflitos no Brasil. Na Argentina, como já visto, os programas de mediação têm obtido bastante êxito, em razão da obrigatoriedade do instituto, que propiciou que a sociedade e os advogados em geral se acostumassem com esse novo método de composição de controvérsias*”.

<sup>337</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. A Mediação: o mediador, a justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angel (coord.) *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999, p. 114. No sentido contrário a obrigatoriedade esclarece que: “*A mediação deve ser sempre um meio privado de resolução de conflitos sendo sempre eleitos, técnica e profissional, pela livre vontade das partes*”.

<sup>338</sup> PANTOJA, F. M. OP. Cit., p. 196.

<sup>339</sup> WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 685.

<sup>340</sup> SERPA, Maria de Nazareth. Op. Cit., p. 101.

para negociar; onde a coerção acaba por obstaculizar a indispensável comunicação que deve estar presente na mediação<sup>341</sup>.

Como acima afirmado a mediação vem galgando seu espaço no país, de forma lenta, mas vem; sendo que vários fatores dificultam para uma maior propagação do tema, sendo apontados por Dalla<sup>342</sup>. três pontos de resistência que se destacam, sendo eles: a desinformação generalizada sobre o instituto, o apego a figura do juiz como o único capaz de solucionar conflitos no país e por fim a ausência de normatização e sistematização da mediação.

---

<sup>341</sup> GOLDSBERG, Stephen B; SANDER, Frank E; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah R. *Dispute Resolutions – negotiation, mediation, and other processes*. New York: Aspen Publishers, 2003, p. 390-392.

<sup>342</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Disposições Finais. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.). *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 248-249.

## 5 JUSTIÇA RESTAURATIVA E MEDIAÇÃO PENAL

### 5.1 Noções Introdutórias: o (Re) Nascer de uma Justiça Penal.

Não existem dúvidas quanto ao aumento da litigiosidade face ao Estado democrático de direito instaurado a partir da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, nem mesmo há que se olvidar do latente sentimento de insegurança que se instalou e se apresenta em uma crescente no tecido social contemporâneo. Revela-se que o panorama agora enunciado não é exclusividade deste país, mas comum a todos os povos, onde, diuturnamente, vivencia-se uma explosão de criminalidade e violência estampada em todos os meios de comunicação.

Em face deste conturbado cenário e toda a sua complexidade surge o imperativo de se buscar um aperfeiçoamento do sistema judicial, não devendo a sociedade ficar a mercê de um único formato de resposta ao crime<sup>343</sup>, mas sim de variadas formas que permitam aos jurisdicionados obterem respostas aos seus anseios.

Para tanto se apresenta nos dias hodiernos a propagação e prática de meios de justiça restaurativa, oferecendo-se como uma resposta plausível a certos tipos de crimes ocorridos; crimes estes que hoje dentro de um sistema penal desalentador<sup>344</sup> acabam por cair no esquecimento, gerando ainda mais um senso de impunidade junto à sociedade como um todo. Neste sentido coaduna Nuria Beloso Martín<sup>345</sup>.

---

<sup>343</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; R, Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005, p. 19. Esclarece o autor que “*É preciso avançar para um sistema flexível de justiça criminal, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos, num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema multi-portas que ofereça respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade. É chegada a hora de pensarmos não apenas em fazer do direito penal algo melhor, mas algo melhor do que o direito Penal, como pedia Radbruch*”.

<sup>344</sup> Idem, p. 19.

<sup>345</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. Sistemas de Resolución de Conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas. In: *Estudios Sobre Mediación: La ley de mediación familiar de Castilla y Leon*. Valladolid: Junta de Castilla y Leon, 2006, p. 51-52. . Apresentou que a justiça em sua forma atual encontra-se completamente sobrecarregada, não conseguindo obter, desta feita seus objetivos. Tendo então surgido nos Estados unidos da América as ADR por meio do movimento *critical legal studies*, originado na universidade de Havard, onde se buscou um maior realismo jurídico e um embate ao sistema judicial estatal firmado. Ressaltando a doutrinadora que diante deste panorama: “*deveria surgir mecanismos que intentam resolver disputas principalmente à margem dos tribunais ou mediante meios não judiciais*”.

Esta falta de efetividade se materializa por meio de inúmeros fatores como o inchaço da justiça penal, a demora dos julgamentos por parte do órgão julgador -que trazem por sua vez a prescrição-, e, por fim, quando esta última não ocorre, o provimento jurisdicional ofertado de forma tardia, acaba por não cumprir com seu objetivo que é o de retribuir ou prevenir o delito<sup>346</sup>.

Aliado ao exposto, uma pergunta torna-se imprescindível: o que se deseja com o sistema criminal pátrio? Indagação que leva a afirmação de De Vitto<sup>347</sup>: “*uma nação de jaulas ou uma nação de cidadãos*”. Alerta, desta feita, que há de se mudar a visão comum que se tem sobre a prisão -e por decorrência a sua banalização-, que segundo o autor em nada contribui para a diminuição da criminalidade, uma vez que o sistema penal que fomenta o cárcere não tem qualquer demonstração de sua efetividade quanto à solução dos conflitos surgidos.

Como todo sistema, o penal tem que passar por uma evolução<sup>348</sup>, assim deve-se observá-lo sob um prisma pautado na pacificação social, deixando de lado deste modo a simples ideia de um mecanismo direcionado para a retribuição. Neste sentido apontam vários doutrinadores nacionais, dentre eles destacam-se Greco<sup>349</sup> e De Vitto<sup>350</sup>.

---

<sup>346</sup> GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação da Liberdade*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 358. No que tange ao sistema atual salienta: “*o processo penal, de qualquer modo, é angustiante. Na atualidade, em muitas infrações penais, principalmente aquelas consideradas de menor potencial ofensivo, como as pequenas lesões, os crimes contra a honra (calúnia, injúria ou difamação) etc., o que a vítima mais deseja é um pedido de desculpas, um pedido de perdão por parte do ofensor.*”. Conclui: “*Na maior parte dos casos, a vítima se veria satisfeita tão somente com a reparação do prejuízo por ela experimentado, causado pelo autor da infração penal. Não lhe interessa, via de regra, a privação da liberdade daquele que praticou o fato que lhe causou prejuízo, mas sim a sua efetiva reparação*”.

<sup>347</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. *Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos*. In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; e R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005, p. 41.

<sup>348</sup> AZEVEDO, André Gomma. O Componente da Mediação Vítima - Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; e R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005, p. 136. Assevera: “*Como parte dessa evolução, buscaram-se novos (e eficientes) mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um mecanismo retributivo mais eficiente, mas também voltado a ressocialização, prevenção, redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito*”.

<sup>349</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 369. Assim pontua: “*Constatamos que está se difundindo a ideia de agregar ao Direito Penal uma função social distinta da de ser um instrumento exclusivamente punitivo: a de ser um instrumento de pacificação (ou melhor, de repacificação), atendendo melhor aos direitos e interesses da vítima e favorecendo a situação do imputado. Esse pensamento tem suas raízes na concepção que vê em muitos delitos mais um conflito que uma infração penal e, por isso, busca priorizar mais a solução desse conflito entre as partes do que propriamente o castigo pelo descumprimento da lei*”.

<sup>350</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Op. Cit., p. 42. “*Desta forma, é importante assentar que a pena não pode ser vista como um fim em si mesmo, como o é por grande parte da população, mas que deve ser voltada à pacificação das relações sociais. Neste sentido, pouco resultado prático tem sido colhido no sentido de dotar o processo penal de meios de representar uma intervenção efetiva e eficaz em conflitos que se exterioriza por meio do crime*”.

Mister identificar neste momento da pesquisa um padrão penal de reação ao delito que se demonstre consonante ao escopo da paz social, onde para tanto se utilizará de uma classificação própria apresentada por Antônio Garcia Pablos de Molina<sup>351</sup>.

Assevera o autor sobre a existência de três modelos modernos de reação ao delito, sendo eles: o modelo dissuasório, o modelo ressocializador e o modelo integrador.

O primeiro arquétipo – dissuasório - se caracteriza pela importância dada somente a um único elemento: a pretensão punitiva do Estado; afirmando que a simples função punitiva da pena é suficientemente apta a desestimular uma conduta delituosa. Nele não há que se preocupar com outros conteúdos como a satisfação da comunidade e/ou da vítima, podendo ser reduzido a uma única mensagem: a intimidação<sup>352</sup>.

Por outro lado se tem o sistema ressocializador que volta os olhos para outro ponto: o infrator; tendo por preocupação dar a reação penal uma função reabilitadora ao agente da conduta delituosa, o que fora realçado por Molina<sup>353</sup> ao se expressar que assim se estaria “... agregando à resposta estatal um valor de utilidade para o infrator...”. Entretanto, o ponto principal deste sistema, que é a ressocialização, ainda é alvo de várias críticas<sup>354</sup> face à imprecisão do mesmo, sendo certo que foi um grande avanço, mas que precisa ser mais bem esclarecida.

Por fim o método integrador, considerado pelo autor como o “mais ambicioso plano de reação ao delito”<sup>355</sup> haja vista o fato de que este método se direciona para

<sup>351</sup> MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia – Introdução aos seus Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Revisto dos Tribunais, 1997, p. 393.

<sup>352</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Op. Cit., p. 42. Coloca que o sistema dissuasório se volta: “... tão somente a sociedade e põe em relevo a pretensão punitiva do Estado, caracterizando-se por buscar cobertura normativa completa e sem fissuras, com órgãos persecutórios bem aparelhados, e clara tendência intimidatória.”

<sup>353</sup> MOLINA, Antônio Garcia Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. Op. Cit., p. 398. Aponta: “O ideal ressocializador deixará de ser um mito e um lema vazio de conteúdo quando, depois do oportuno debate científico, seja alcançado um elementar consenso em torno de três questões básicas: quais objetivos concretos podem ser perseguidos em relação a cada grupo ou subgrupo de infratores, quais os meios e técnicas de intervenção são válidos idôneos e eficazes em cada caso e quais os limites não devem ser superados jamais em qualquer tipo de intervenção”.

<sup>354</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral I*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 170-172. Quanto às críticas esclarece que o sistema apresenta algumas limitações. Apontando dentre elas: que o sistema gera uma inicial aniquilação da pessoa e sua personalidade pois ficaria completamente recluso no início e após uma readaptação gradual seu regime vai afrouxando a espécie de regime sob a alegação de uma aparente “boa conduta” do infrator/condenado. Outra grande crítica ao sistema seria de que estabelece de formas rígidas as etapas da progressão do regime da pena, a falsa admissão das regras de disciplina a serem imposta pela unidade prisional, dentre outras mais.

<sup>355</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Op. Cit., p. 43.

a sociedade como um todo, ou seja, em pacificar as relações sociais que porventura apresentaram uma situação conflituosa, buscando, desta feita, apaziguar todas as partes envolvidas no problema criminal, sendo elas: infrator, vítima e demais membros da sociedade; e não apenas em um ou outro ponto como os métodos acima; em última análise: *“pugna pela restauração de todas as relações abaladas”*<sup>356</sup>.

Sem a menor sombra de dúvida o modelo integrador trás uma gama enorme de vantagens para todos os membros envolvidos na lide criminal, e esta afirmação pode se materializar a partir do fato da participação de todos os cingidos na solução da contenda, o que foi acima descrito como uma democratização do processo.

A materialização, logo acima mencionada, se dará por meio da mediação, onde todos os participantes terão observados seus direitos fundamentais, desde o infrator até a vítima, atuação que será pormenorizada mais a frente neste trabalho.

Ao dispor que todos saem ganhando com a adoção deste método de justiça restaurativa, deve-se apontar de forma individualizada cada uma, para melhor compreensão de todos; e é o que será anotado nas próximas linhas.

No que tange a vítima, que sempre foi relegada no atual sistema repressivo penal, uma vez que a vítima sempre foi tratada dentro da política criminal com uma forte conotação de neutralidade. A criminologia moderna aponta para uma maior preocupação que se deve dar às vítimas da criminalidade, onde assinalam para uma maior mobilização social em prol da vítima<sup>357</sup>. Desta feita o modelo de justiça restaurativa apresenta claros benefícios para a vítima tendo em vista que passa ela a ter um papel de ampla importância no que diz respeito à resposta estatal ao crime, sempre procurando desagrar o dano sofrido, bem como a minimização das consequências do crime. Isto tudo porque a vítima terá participação na efetivação processual.

Já quanto ao infrator, diante deste método, não ficará ele protegido pelos mecanismos-estratégias procedimentais hoje existentes, o que o torna também distante do fato delituoso por ele causado (isto nos moldes atuais); muito pelo contrário terá participação direta e efetiva na solução da contenda a partir do

---

<sup>356</sup> Ibidem.

<sup>357</sup> PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. *Manual Esquemático de Criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74. Neste sentido aponta que: *“O direito penal moderno sofreu um forte golpe em seu parâmetro de observação da vítima com neutralidade. A neutralização da vítima é cada vez mais afetada pelos anseios sociais que a empurram para um papel de maior relevância no processo penal”*.

momento em que irá se comprometer em adotar medidas reparadoras aos danos sofridos pela vítima diante de sua conduta; assim estará o infrator enfrentando de forma direta o problema, o que lhe trará um maior “amadurecimento pessoal”<sup>358</sup>.

Em um terceiro plano, o da sociedade, o método ora em análise é uma demonstração real e pura de se chegar a uma solução que de fato venha ser considerada a mais adequada ao tecido social hodierno. Assim se pode afirmar face a dois grandes fatores: a um pelo fato de que serão as próprias partes em conflito que trarão solução a contenda (uma solução negociada e paramentada no comprometimento das próprias partes); e a dois pela diminuição do desgaste gerado entre a decisão jurídica apresentada ao caso e a derrota do culpado – trazendo, por fim, a paz social ao litígio-<sup>359</sup>.

A título de finalização desta parte há de se salientar que o mundo contemporâneo já constatou a ideia de um direito penal agregado por uma função social e não apenas um instrumento punitivo, como nos dizeres de Nuria “a de ser um instrumento de pacificação ou repacificação”<sup>360</sup>. Destarte, o direito penal deve visualizar em alguns delitos uma ideia de conflito e não de infração penal por si só, e como mecanismo de solução deste ato deve procurar a resolução conflitual entre partes e não simplesmente propor um castigo diante do descumprimento da lei<sup>361</sup>.

## 5.2 A Justiça Restaurativa

Dando alargamento a figura da justiça restaurativa, neste tópico se passará a fazer apontamentos sobre a sua origem, conceito, elementos, princípios, proceder-se-á a uma análise comparativa com a justiça convencional, além de se abordar outros pontos importantes, sempre com a finalidade de melhor trazer compreensão ao mote sob estudo.

<sup>358</sup> DE VITTO, Renato Campos Pinto. Op. Cit., p. 43.

<sup>359</sup> Idem, p. 44 Aduz: “*A justiça restaurativa, na acepção adotada para o presente artigo, representa a aplicação prática desse modelo, que, em termos teóricos, é o que mais se aproxima do que se deve esperar da intervenção do Estado em reação ao fenômeno delitivo: uma tentativa de conciliar as justas expectativas da vítima, do infrator e da sociedade*”.

<sup>360</sup> BELLOSO MARTÍN, Nuria. Mediación Penal de Menores. In: *Estudios sobre a Mediación: La ley de mediación familiar de Castilla y Leon* (coord. Nuria Belloso Martín). Valladolid: Indipress, 2006, p. 297.

<sup>361</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 370. Ressalta: “*A ideia de reparação da vítima, como a alternativa à imposição da pena, apresenta-se como a terceira via do direito Penal e, inclusive, afirmar-se que cumpre melhor os fins da pena, pois soluciona o conflito mediante a reposição do estado anterior ao delito, o que satisfaz a consciência jurídica coletiva e consegue que o infrator –ao reparar o dano- reconheça o valor do bem jurídico que lesionou e tenha oportunidade de reintegrar-se socialmente*”.

### 5.2.1 Origem

Essa nova concepção de justiça teve a sua origem por meio dos chamados programas de conciliação vítima-ofensor nos idos da década de 1970 nos Estados Unidos da América e Canadá. No primeiro país este programa foi se desenvolvendo por diversas regiões do país, dentre eles Ohio, São Francisco e Nova Iorque, sendo que neste último é que se formou o primeiro modelo operativo de mediação. Por sua vez, no Canadá, mais precisamente em Ontário, a mediação penal buscou por meio da justiça restaurativa a prevenção de crimes.

Somente, contudo, há duas décadas é que a expressão justiça restaurativa de fato veio a ganhar ênfase, sendo primeiramente utilizada no congresso internacional de criminologia ocorrido na cidade de Budapeste no ano de 1993. A partir deste instante foi se desenvolvendo no decorrer dos anos, recebendo cada vez mais simpatizante por meio das palestras que iam se realizando pelo mundo afora, podendo-se citar as conferências de Adelaide (na Austrália em 1994), de Amsterdam (na Holanda em 1997) e de Montreal (no Canadá em 2000) <sup>362</sup>.

Como afirmado já anteriormente este novo paradigma de justiça, surgido em contraposição a tradicional justiça retributiva, trás um viés diferenciador quanto à punição criminal, onde se irá censurar a conduta criminal não por meio de castigos, que nos dias atuais são tradicionalmente usados, mas sim por via de respostas socialmente construtivas <sup>363 364</sup>.

---

<sup>362</sup> Idem, p. 372.

<sup>363</sup> TAMARIT SUMILLA, J. M. La Mediación Reparadora em La Ley de Responsabilidad Penal Del Menor. In: J. Gonzalez Cussac; J. M. Tamarit Sumall; J. J. Gomez Colomer (coord.). *Justitia Penal de Menores y Jóvenes (análisis sustantivos y procesal de la nueva regulación)* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 50.

<sup>364</sup> Idem, p. 51. A título de ilustração na década de 70 as mediações, já com ares de restauradoras, se apresentavam como reuniões, ou encontros em que os facilitadores presentes provocavam a vítima a se manifestar no sentido de demonstrar o impacto sofrido com o crime, ao mesmo tempo em que fazia o infrator apresentar explicações para a vítima. Já na nova Zelândia essas reuniões ainda tinham a participação de familiares e outras pessoas ligadas às partes, conforme tradição maior.

Scuro Neto<sup>365</sup> trás a baila justamente esta necessidade de mudança, ao dizer que se deve alterar o sistema tanto no seu foco quanto na sua missão. Há de se buscar uma justiça “dirigida por valores”<sup>366</sup>. Uma justiça voltada para o reconhecimento, ou seja, a busca de uma justiça que consiga enquadrar os sentimentos das partes à decisão (acordo) final a ser atingida:

Destarte, torna-se imperativo a mudança a fim de se alcançar um bem maior para a sociedade.

### 5.2.2 Conceito

A doutrina mundial proporciona uma extensa conceituação de justiça restaurativa, sendo que algumas delas serão selecionadas para melhor esclarecimento do tema.

O tema não é dos mais fáceis haja vista que o método em estudo – justiça restaurativa- ainda é tratado como um novo arquétipo de justiça, fazendo com que a sua conceituação não seja algo conclusivo, definitivo, ou melhor dizendo única - não há de se falar em unicidade quanto à conceituação do tema-.

Uma forte referência bibliográfica sobre a conceituação pode ser encontrada em Howard Zehr<sup>367</sup> por meio de sua obra quando dispõe que para entender a justiça restaurativa torna-se obrigatório o uso de lentes diversas das que costumeiramente se usam. Parte da idéia de que o crime deve ser entendido como uma violação na relação existente entre partes (infrator/vítima/comunidade), e a partir de então, a fim de restaurar a relação social rompida, descobrir as necessidades e obrigações advindas desta conduta delituosa; para logo em seguida encorajar as partes envolvidas, por meio da justiça, a chegarem a um consenso.

---

<sup>365</sup> NETO, Pedro Scuro. Palestra Proferida no Seminário Internacional Justiça Restaurativa: um caminho para os Direitos Humanos? Instituto de Acesso à Justiça (Brasil) / Justice (Inglaterra). Porto Alegre, 29-30 out., 2004, p. 05-06. Afirma o autor: “*Em verdade, mudar significa alterar a essência da abordagem do sistema, adotar agendas mais ambiciosas, ousadas, delineadas explicitamente para promover mudanças primeiramente, no foco do sistema, nas formas tradicionais de responder ao crime e aos múltiplos problemas decorrentes. Exige dar lugar à adequada capacitação da sociedade para responder a malfeitos e conflitos, reparar danos infligidos, reintegrar vítimas e infratores, e, estabelecer as bases de uma segurança pública sustentável.*” Continua: “*Mudar exige, em segundo lugar, alterar a missão do sistema, para que este seja conduzido não mais por políticas ou reformas, mas por prioridades fundamentadas em valores. Finalmente, mudar quer dizer alterar o modo corrente de interação no seio do sistema e deste com os usuários e a população em geral – diminuir a dependência em relação à lógica burocrática e confiar cada vez mais em consenso e participação transformando profundamente a experiência de todos e cada um com o sistema de justiça.*”

<sup>366</sup> Idem, p. 4.

<sup>367</sup> ZEHR, Howard. *Changing Lenses: a new focus for crime as justice*. Scottdale: Harold Prace, 1990, p. 46.

Desta feita busca fazer com que as partes centrais do processo por meio do diálogo consigam enxergar as suas respectivas responsabilidades ante a conduta praticada; consigam atender as demandas advindas da ofensa (achando a cura); em suma alcancem “um resultado individual e socialmente terapêutico”<sup>368</sup>.

O que se busca enfatizar é que neste tipo de justiça as partes em comum acordo devem buscar o dano sofrido pela ação criminosa e encontrar, também em conjunto, a solução para o dilema apresentado, fazendo restaurar as relações sociais afetadas<sup>369</sup>.

De outro lado pode-se observar a temática conceitual utilizada por Paul Maccold e Ted Wachtel<sup>370</sup> que voltam os olhos da justiça restaurativa não como um método voltado para a diminuição da criminalidade, mas sim de um mecanismo que objetiva serenar os danos causados pelo crime face aos cidadãos.

Os autores acima enfatizam que a sanção penal imposta ao autor/infrator trazida pelo sistema penal da justiça retributiva (tradicional) não se preocupa com o malefício emocional advindo com o crime, mas apenas em aplicar o castigo aos seus autores. E isto para eles não é o primordial, mas sim há a necessidade de se “restaurar o trauma emocional”<sup>371</sup>. A justiça restaurativa há que se preocupar com o futuro da sociedade, com a saúde dela, com a sua reorganização<sup>372</sup>.

No que tange, especificamente, à Law Commission of Canada, 2003 a justiça restaurativa é definida como um processo para solucionar crime e conflitos, um que

---

<sup>368</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005, p. 21.

<sup>369</sup> SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 57. Aduz que: “Fazer justiça restaurativa significa dar respostas sistemáticas às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo, causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator e comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir, de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo”.

<sup>370</sup> MACCOLD, Paul. WACHTEL, Ted. *Em Busca de um Paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. Londres: Restorative Library, 2003, p. 28.

<sup>371</sup> Idem, p. 29. Ao dispor sobre a justiça restaurativa sustentam: “A justiça restaurativa é capaz de preencher essas necessidades emocionais e de relacionamento e é o ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável”.

<sup>372</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Op. Cit., p. 22. Coloca: “A ideia, então, é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso”.

tem seu foco na reparação do dano às vítimas, responsabilizando os ofensores por suas ações e engajando a comunidade em um processo de resolução de conflitos.

Como já anteriormente descrito, várias são as formas de se conceituar, dentre elas pode-se ver a dada por Tony Marshall<sup>373</sup>, baseando sua definição pelo caráter procedimental ao dispor que a justiça restaurativa seria um sistema em que as partes entrelaçadas em determinada conduta delituosa iriam decidir de forma conjunta uma forma – a melhor - de se lidar com as implicações e desdobramentos da ofensa.

Outra importante definição, sendo esta enunciada por Walgrave e Bazemore<sup>374</sup>, expõe que a justiça restaurativa tem como seu principal objetivo o do restabelecimento (reparação do dano), mas não deixa de ressaltar também elementos como a participação, e deliberação existentes neste mecanismo.

Do que tudo que foi acima exposto no que diz respeito à conceituação do tema analisado pode-se chegar a um denominador, afirmando que a justiça restaurativa deve ser tratada como uma proposição metodológica que tem por fim, através de técnicas específicas e intervenções apropriadas, encontrar uma reparação moral e material ao agravo ocorrido, sendo que esta se dará por meio de comunicações efetivas a serem desenvolvidas entre ofensores, vítimas e representantes da comunidade como um todo. Cabendo salientar que sempre estará voltada a fomentar: a) uma responsabilização amoldada ao ato lesivo; b) uma assistência material e moral para a vítima; c) o mútuo respeito entre as partes envolvidas; d) a solidariedade; e) humanização das relações processuais em lides penais; f) o empoderamento das partes; e por fim g) a restauração ou manutenção das relações sociais subjacentes que por ventura preexistiam ao conflito<sup>375</sup>.

### 5.2.3 Uma Concepção de Processo Penal Democrático

---

<sup>373</sup> MARSHALL, Tony. *Restorative Justice: an overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999, p. 578.

<sup>374</sup> BAZEMORE, Gordon e WALGRAVE, Lode. *Restorative juvenile justice: repairing the harm of Youth crime*. 1999, p. 42.

<sup>375</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p.140.

Está a se falar de uma total quebra de paradigmas<sup>376</sup>.

Não há a menor dúvida quanto à utilização da justiça restaurativa como um elemento de fortalecimento da democracia, para tanto basta observar que neste mecanismo parcelas da sociedade civil irão ter um desempenho direto na atuação da justiça, deixando, portanto de lado, assim, a ultrapassada idéia de exclusividade da administração da justiça pelo Estado. Isto faz com que a sociedade como um todo se sinta mais participativa, deixando de ter aquela visão de exclusão que hoje vigora, de falta de acesso à justiça; bem como irá se proceder a uma diminuição do descrédito que tanto assolam as instituições estatais, como no caso em específico o Poder judiciário.

O resultado a ser alcançado com a justiça restaurativa é excepcional, trazendo o que foi chamado por Oxhorn e Slakmon de uma “*sinergia entre Estado e a sociedade civil*”<sup>377</sup>. Ao se falar neste momento em uma maior democratização da justiça se está querendo dizer que este mecanismo –justiça restaurativa- é capaz de tornar a justiça mais acessível, universal e legal; principalmente em países marcados por fortes desigualdades sociais como o Brasil.

Deve-se, entretanto, ter muito cuidado neste ponto uma vez que não se está almejando retirar ou excluir de um poder constituído as suas funções como

---

<sup>376</sup> OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-Justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática a Construção da Sociedade Civil Através da Justiça Restaurativa no Brasil. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos; Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005, p. 2. “*Realmente, o ímpeto inicial por tais reformas geralmente veio de grupos da sociedade civil que representavam os interesses de minorias excluídas, e a vontade do Estado de responder de modo contínuo apenas serviu para melhorar a qualidade de democracia em países onde a democracia já era muito inclusiva. Em outras palavras, uma sociedade civil relativamente forte e um Estado relativamente forte são capazes, nestes contextos, de cooperar por meios que conduzem a um processo virtuoso pelo qual ambos são fortalecidos e a democracia se torna até mesmo mais inclusiva. Podem instituições semelhantes de justiça restaurativa, adaptadas a seu contexto cultural e histórico sem igual, oferecer uma solução para os crescentes problemas de crime, violência e exclusão social para um país como o Brasil, sofrendo de extremos de exclusão social e sem desfrutar de um Estado forte ou de uma sociedade civil forte encontrada em países como o Canadá*”.

<sup>377</sup> Idem, p. 03 e 04. Relatando os autores que a justiça restaurativa é: “... uma alternativa para as instituições estatais da administração da justiça, que funciona através da sociedade civil, mas que nunca é independente do Estado. Por este motivo, a justiça restaurativa representa uma arena importante para gerar o que será definido aqui como a sinergia entre o Estado e a sociedade civil. O resultado é um paradoxo: ao ceder ativamente a jurisdição sobre alguns aspectos do sistema de justiça para organizações sociais, um Estado com baixos níveis de legitimidade social e eficácia pode fortalecer a sociedade civil de modos que ajudarão a melhorar não apenas a sua capacidade de assegurar os direitos de cidadania fundamentais, mas também, de um modo mais geral, a qualidade da democracia. Especificamente, argumentaremos que a justiça restaurativa pode ajudar a construir sociedades civis mais fortes aumentando a capacidade e o interesse dos cidadãos em participar de organizações sociais, ao mesmo tempo em que contribui para impedir que os conflitos se tornem maiores, e fortalece as instituições estatais através da cooperação ativa dos cidadãos com elas. Em última instância, os processos de sinergia entre o Estado e a sociedade civil podem expandir para além da questão da criminalidade, melhorar a qualidade do governo democrático e dos direitos à cidadania de modo mais geral.” Sublinhado nosso.

acreditam e defendem alguns, mas deve ser entendido e visto como uma forma que vai atuar em conjunto com as formas de justiça formal (ou convencional), além de se ressaltar que esta forma deve estar sempre permeada pela legitimidade<sup>378</sup>.

Ao se buscar a prática de medidas restaurativas para certo e determinados tipos de conflitos – sempre dentro de critérios de proporcionalidade, moralidade e legalidade- acaba-se por trazer inúmeros benefícios não só para o cidadão, mas também e principalmente para o próprio sistema judicial convencional, dentre estes benefícios pode-se apontar: a melhora da imagem do sistema judicial formal (uma vez que se verá livre de uma boa gama de contendas, consideradas de menor expressão, mas que acabam por emperrar o sistema judicial convencional), facilitar o acesso à informação e justiça aos membros da comunidade mais desamparados; permitir que o cidadão e a comunidade efetivamente participem no processo de justiça (cidadãos que fazem parte do processo mas que pouca voz possuem nos problemas que influem cotidianamente em suas vidas); promover uma justiça reparadora e reabilitadora e não a convencional e restrita retribuição já existente; estimular o consenso (acordo) entre os litigantes em contraposição a coerção convencional, dentre outros mais.

É justamente a falta de efetividade do sistema convencional e o clamor da sociedade em uma real justiça que se tem, cada vez mais, buscado meios de composição restaurativos, não com o alvitre de extirpar o sistema convencional já existente, mas sim com fins de complementá-lo<sup>379</sup>.

#### **5.2.4 Distinção entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Convencional**

De grande importância para a compreensão do tema em estudo é o fato de se proceder a uma diferenciação entre os sistemas de justiça criminal até então aventados, sendo eles: de um lado a justiça criminal convencional (também

---

<sup>378</sup> Idem, p. 12. Realça: “*Os programas restaurativos são práticas de micro-justiça que complementam o sistema de justiça formal e são implementados frequentemente por órgãos estatais. Estas práticas são manifestações concretas de justiça alternativa legal: Eles constituem (micro) sistemas de justiça paralelos que existem fora do aparato judicial formal, mas dentro dos limites legais, e que fornecem justiça por canais que não são monopolizados pelo sistema de justiça formal mas são legitimados por uma forma de consenso da sociedade.*”

<sup>379</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 140. Exalta: “*... cumpre destacar ainda que a justiça restaurativa, com seu principal instrumento –a mediação restaurativa- não visa a substituir o tradicional modelo penal retributivo. Trata-se de iniciativa voltada a complementar o ordenamento processual penal para, em circunstâncias específicas, proporcionar resultados mais eficientes da perspectiva do jurisdicionado*”.

chamado de sistema formal, retributivo ou dissuasório) e do outro a justiça restaurativa<sup>380</sup>.

Sobre vários elementos ou pontos pode se diferenciar um sistema criminal do outro, e para alcançar este escopo se procederá a uma pormenorização em itens, sempre com o objetivo de ressaltar a vantagem do sistema restaurativo.

#### **5.2.4.1. Quanto ao Procedimento**

O que se vê na justiça convencional é um sistema marcado por vários pontos, dentre eles se destacam: a ritualização, solenidade exarcebada, um forte contencioso, utilização de linguagem, formas e procedimentos complexos, a preponderância de autoridades estatais, e sendo a estas últimas dado o poder decisório da contenda apresentada.

Ao contrário do acima visto, a justiça restaurativa trás em sua procedimentalização um caráter mais comunicativo –comunidade participativa-, a voluntariedade na participação, um procedimento informal, colaborativo, tendo como atores principais não apenas as autoridades estatais, mas também as partes em conflito – ocorrendo uma multidimensionalidade<sup>381</sup>-, onde o poder decisório fica compartilhado entre todas as pessoas envolvidas, e não só com a autoridade estatal.

#### **5.2.4.2 Quanto aos Valores**

Neste elemento vislumbra-se uma justiça convencional em que o crime é visto como um ato de afronta ao Estado, preocupado assim está o sistema com os interesses dele- Estado-, e não com a comunidade como um todo, o que por sua vez acaba por deixá-la de lado, haja vista a pouca importância oferecida à própria vítima e infrator. Este sistema ainda encontra-se caracterizado pela centralização da justiça criminal no Estado administrador (fazendo com que as partes da contenda não

---

<sup>380</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Op. Cit., p. 22. Assim realça: “A ideia, então, é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente se concentrar no passado e na culpa. A justiça convencional diz você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?”

<sup>381</sup> Idem, p. 25

possuam uma participação ativa); além de demonstrar uma apreensão com o passado e o ideal de exclusão do infrator (que há de ser estigmatizado).

Já os valores prevalentes no sistema restaurativo se apresentam da seguinte forma: quanto ao crime este agora é visto como um ato contrário a vítima, sendo o ofendido o alvo dos danos (e não mais o Estado); há desta feita uma preocupação com os interesses de todas as pessoas da comunidade, em especial com as envolvidas no ato delituoso. No sistema restaurativo grande relevância é dada a participação de todos no procedimento, aonde estas vão sempre buscar restaurar o convívio anteriormente existente e que fora agredido pela conduta. Destarte, o que desponta é a preocupação com o futuro e a saúde da sociedade.

#### **5.2.4.3 Quanto a Vítima**

No que diz respeito à vítima salta aos olhos o abismo existente quanto ao tratamento dada as mesmas entre os dois sistemas em epígrafe. No que tange a justiça formal a vítima não possui qualquer tipo de consideração, na verdade não só ocupa um lugar periférico, mas como também qualquer proteção e resguardo – não há qualquer tipo de assistência jurídica, social, psicológica ou econômica-, o que acarreta a vítima neste tipo de sistema uma sensação de frustração e ressentimento<sup>382</sup>.

Em contrapartida a vítima face aos valores preconizados no sistema restaurativo, apresenta um tratamento amplamente diverso do recebido no sistema acima uma vez que passa a ser considerada como o centro do procedimento, tendo voz ativa e, logo, participação sobre o mesmo. Neste sistema não há só de se falar em participação, mas também de atenção dedicada à vítima, sendo a ela ofertada a reparação, suprimindo assim suas necessidades não só individuais como também coletivas.

#### **5.2.4.4 Quanto ao Infrator**

No mesmo sentido do que foi ilustrado sobre a vítima, o sistema convencional vê o infrator apenas como aquele elemento desrespeitador das regras e merecedor

---

<sup>382</sup> Idem, p. 26

de uma punição a fim de estigmatizá-lo. A sua posição no processo e de mero espectador, tendo pouca participação, não havendo uma possibilidade de comunicação direta (só por meio de advogados), e o mais importante, ele não é incentivado a dialogar com a vítima e assim participar da solução do conflito.

Posicionamento oposto é exibido no sistema restaurativo, o infrator passa a ser mais dinâmico, participativo, interagindo com a vítima, a ele é levado efetivamente as consequências do trauma por ele causado, sensibilizando-o, o que leva o infrator a se desculpar. Ao participar do processo acaba por se envolver mais e entender o erro praticado e suas consequências, provocando assim sua manifestação quanto à solução do dilema<sup>383</sup>.

#### **5.2.4.5 Quanto aos Resultados**

Como consequência dos pontos supra descritos quanto à justiça retributiva pode-se concluir que seus resultados são os seguintes: as partes (vítima e infrator são relegados e desintegrados), onde ao autor será imposta uma penalização (com escopo de intimidar ou punir), sendo as penas de pouca ou quase nenhuma eficácia, onde por fim observa-se que não se alcança a tão almejada paz social, pelo contrário aumenta-se a tensão.

Já a justiça restaurativa traz como resultado uma paz social com dignidade<sup>384</sup>, onde a partir do momento em que ocorre a integração entre os envolvidos e a participação deles no processo se chega a um consenso, uma restauração e reparação do trauma ocorrido. Nele o autor acaba por reconhecer suas responsabilidades e a vítima sente que suas necessidades foram atendidas.

### **5.3 Elementos Compositivos da Justiça Restauradora**

Após a compreensão das distinções que marcam um sistema penal do outro, como visto no tópico anterior, fica fácil evidenciar quais são os elementos que compõem a justiça restaurativa.

Um primeiro elemento a ser observado é o da noção de delito, onde este deve ser considerado não apenas como uma ofensa ao Estado (governo), mas também

---

<sup>383</sup> Idem, p. 27.

<sup>384</sup> Idem, p. 26.

configura um rompimento no tecido social. Veja-se que a realização de uma conduta delituosa acaba por afetar a comunidade como um todo, seja a vítima, seja o ofensor, seja seus familiares e todas àquelas pessoas do entorno<sup>385</sup>.

Outro componente seria a realização de um processo em que exista deliberação e participação das pessoas envolvidas. Há de ser marcado pelo diálogo, encontro, comunicação<sup>386</sup>; e somente assim, com todos interagindo, é que se conseguirá determinar o que está a ocorrer e qual o melhor caminho a ser adotado a fim de que se alcance a restauração do dano.

E por fim a resposta a ser buscada é a restauração do dano causado (tem que existir a reparação seja material ou simbólica, mas há que ter); demonstra-se assim a preocupação com a vítima e demais pessoas da comunidade atingidas; deixando-se de dar ênfase à culpa do infrator como hodiernamente se faz. Contudo deve-se salientar que não se quer deixar de censurar o delito<sup>387</sup>.

#### 5.4 Formas de Atuação da Justiça Restaurativa

Várias são as formas de justiça reparadora existentes, sendo algumas com intervenção judicial e outras sem a intervenção judicial. Neste sentido Greco<sup>388</sup> enfatiza a existência de duas formas de justiça restaurativa: uma informal<sup>389</sup> sem participação do Estado, feita por leigos e a outra denominada de formal<sup>390</sup> que foi por ele chamada de mediação penal.

Dentre estes mecanismos Azevedo<sup>391</sup> aponta alguns bastantes comuns, como: a conferência, as câmaras restaurativas, os círculos de pacificação, os

<sup>385</sup> PAZ, Silvana Sandra; PAZ Silvana Marcela. Justiça Restaurativa – processos possíveis. In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005, p. 125. Colocam que: “O delito fere a vítima e a comunidade”.

<sup>386</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 373.

<sup>387</sup> TAMARIT SUMILLA, J. M. Op. Cit., p. 298. Ao se referenciar a justiça reparadora assenta que: “*Deve ser tratada como uma via de reação social em que se vai censurar o delito, mas sem haver um castigo. No lugar do castigo a ser dado ao autor deve-se buscar uma resposta socialmente construtiva, que cuide de reparar, razoavelmente, o dano causado*”.

<sup>388</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 357-366.

<sup>389</sup> Idem, p. 368-369. Ao dispor sobre a justiça restaurativa informal diz: “*A propósito de justiça Restaurativa que se propõe, agora, diz respeito ao fato de permitir que a sociedade, leiga, sem rituais ou processos formais, possa, ela própria, por intermédio de representantes eleitos, resolver os conflitos penais que surgirem em determinadas regiões previamente delimitadas*”. Acrescenta que este leigo seria: “*Alguém pertencente à própria comunidade eleito mediador. Esse mediador, em um processo similar à mediação penal anteriormente vista, seria o responsável por reunir-se com a vítima e o acusado para tentar uma possível conciliação*”.

<sup>390</sup> Idem, p. 366 que foi por ele chamada de mediação penal.

<sup>391</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit. p. 168. São citados pelo autor a: *conferencing, restorative conferences, peacemaking circles, sentencing circles, restitution*, dentre outros.

círculos decisórios a restituição, a mediação vítima ofensor e a mediação penal propriamente dita.

#### 5.4.1 Justiça Restaurativa Informal

Como já fora apresentada e o que será mais bem esmiuçado logo à frente, a justiça restaurativa informal seria destituída de qualquer representante do governo, seja do Poder Judiciário, Ministério Público ou polícia judiciária. O julgamento a ser apresentado seria oferecido pela própria sociedade<sup>392</sup>. Vale ressaltar que os representantes da sociedade (mediadores) escolhidos seriam especialmente treinados para a função restauradora.

Estes mecanismos informais são de suma importância a fim de se alcançar uma solução a determinados conflitos apresentados preponderantemente por dois motivos: a um pelo fato de que certa parcela da população acaba por não procurar pelo devido socorro tendo em vista o distanciamento do judiciário para com estas pessoas (em sua maior parte movido exatamente pelo formalismo da justiça penal)<sup>393</sup>; a dois em razão de ser considerado um instrumento capaz de proceder a uma significativa diminuição das demandas judiciais na seara penal, desafogando, por conseguinte, o próprio sistema carcerário.

Silvana e Silvina Paz<sup>394</sup> salientam sobre a existência de algumas espécies desta justiça por meios não judiciais, ou seja, sem a intervenção judicial, sendo eles a mediação entre vítima e ofensor, o encontro ou reunião de família ou grupos comunitários e o tratado de paz ou grupo de sentenças. E sobre estas três formas será feita uma apresentação de forma mais simples quanto as duas últimas, ao passo que no que diz respeito à primeira se desenvolverá um estudo mais aprofundado justamente por ser o foco do trabalho.

A primeira a ser analisada será o encontro ou reunião de família ou grupos comunitários. Trata-se de uma forma de justiça restauradora não judicial em que se propõe a reunião das pessoas interligadas pelo crime (infrator e vítima) com o apoio de seus familiares e de outras pessoas que são consideradas importantes para o

---

<sup>392</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 177.

<sup>393</sup> GRECO, Rogério Op. Cit., p. 368. Assevera quanto à justiça restauradora: “... seria uma solução viável para desafogar a justiça Penal e o sistema prisional.”. Continua dizendo sobre uma melhor forma de adequá-la, expondo que: “Essa justiça restaurativa informal seria delimitada por regiões, bairros, enfim, localidade onde as pessoas tivessem facilidade de se conhecerem umas às outras”.

<sup>394</sup> PAZ, Silvana Sandra. PAZ Silvina Marcela. Op. Cit., p. 126.

dilema a fim de que possam chegar a dirimir o conflito, apresentando soluções e, desta feita, sanar as consequências do delito. Esta forma de resolução tem por escopo trazer um vínculo entre as partes (autor e vítima), bem como fazer com que as mesmas respectivamente participem da construção da solução e se conscientizem do mal causado<sup>395</sup>.

Outra forma acima descrita são os tratados de Paz ou grupos de sentença, onde estes devem ser visto como um processo mais complexo, haja vista a necessidade de se gerar um consenso entre várias pessoas envolvidas no procedimento sejam: membros da comunidade, vítimas, infratores, advogados destas partes, além de participantes de órgãos estatais (como juízes, delegados, dentre outros). Esta forma de justiça reparadora tem por escopo construir uma sociedade mais pacificada, com um “ambiente comunitário”<sup>396</sup> efetivamente positivo, em que as partes inseridas no contexto dividam encargos e encontrem soluções que possam trazer uma maior estabilidade no tecido social.

Por último têm-se a mediação vítima –ofensor como uma das modalidades de justiça restaurativa informal demonstrada pela doutrina, apresentando como países pioneiros os Estados Unidos da América e Canadá. Conforme Woolpert<sup>397</sup> o caso Elvira<sup>398</sup> deve ser visto como o propulsor deste mecanismo, onde segundo ele o caso acima trouxe continuidade a esta forma de justiça nos anos seguintes, dando surgimento ao chamado “projeto de reconciliação vítima/ofensor”<sup>399</sup>.

Os programas de reconciliação vítima-ofensor (denominadas de VOPR) são formas informais, como acima dito, em que as partes se encontram em lugares neutros, de forma voluntária, sem a participação de qualquer órgão governamental, sendo então mediados não por funcionários do governo, mas sim por membros da

---

<sup>395</sup> Ibidem. Segundo as autoras tal prática é bastante difundida na Austrália, nova Zelândia, Europa e Estados Unidos, mais especificamente em delitos ligados a infratores juvenis; e ainda relatam que as pesquisas realizadas nos locais de sua aplicação vêm gerando grande índice de satisfação entre as partes.

<sup>396</sup> Idem, p. 128. Colocam que esta forma é comum nos Estados Unidos e nos dias atuais vem sendo implantada na Argentina.

<sup>397</sup> WOOLPERT, Stephen. Los Programas de Reconciliación Víctima-Ofensor. In: K, Grover Duffy; J. W., Grosh; P. V., Olczak. *La Mediación y Sus Contextos de Aplicación: una introducción para profesionales e investigadores*. Trad. de M. A. Garoz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996, p. 327-328.

<sup>398</sup> Elvira trata-se de um povoado da cidade de Ontário no Canadá, citado na doutrina, onde um caso de vandalismo rotineiro juvenil que ocorria na localidade, ao ser recebido por um oficial de liberdade de condicional da localidade este sugeriu uma nova forma de se tratar o assunto, fazendo com que os jovens delinquentes enfrentassem, pessoalmente, as vítimas das ofensas por eles praticadas. O judiciário local achou por bem aceitar essa nova proposta, tendo então os jovens comparecido aos locais onde praticaram os delitos, confessando o crime e acabado por reparar os danos causados. Assim, puderam sentir os erros por eles praticados, bem como as vítimas se sentiram reparadas pelos danos sofridos.

<sup>399</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 375.

própria comunidade. Nesses encontros as partes tratam de forma conjunta o problema apresentado, indo desde as questões econômicas até as psicológicas, perpassando pelo econômico<sup>400</sup>.

Salienta-se que esse programa deve ser entendido como uma das espécies do gênero mediação, e conforme Azevedo<sup>401</sup> trata-se de uma forma de composição de litígio em que se busca a participação de um terceiro para dirimir o conflito.

Há de se destacar alguns pontos de suma importância quanto a esta ferramenta informal, a saber: 1) não possui qualquer vínculo com organizações de justiça criminal; 2) normalmente serão financiadas por órgãos governamentais, religiosos, fundações ou mesmo por organizações cívicas; 3) apresentam baixo custo na sua operacionalização (o oposto do que se vê na adoção de um sistema pautado no aprisionamento do infrator); 4) a adoção deste instrumento em delitos dos mais diversos possíveis, mas principalmente naqueles destituídos de qualquer tipo de violência<sup>402</sup> e 5) direcionada a estabelecer um diálogo.

Por fim, há de se salientar que o procedimento desta forma de justiça restaurativa informal já fora alvo de estudo pormenorizado no capítulo anterior, mais precisamente no item 4.6 do trabalho.

#### 5.4.2 Justiça Restaurativa Formal

Muitas são as facetas da mediação, como apontado ao final do tópico anterior, a mediação penal formal, pode e deve ver ser considerada também como espécie do gênero mediação (como visto no caso dos programas de reconciliação vítima - ofensor –VOPR, tratando-se neste caso de uma mediação informal).

Na mediação penal ora aventada, como forma de justiça restaurativa formal, as partes envolvidas, diga-se vítima e infrator, ao não conseguirem resolver seus

---

<sup>400</sup> BELLOSO MARTÍN, Núria. Op. Cit., p. 215. Descreve a autoria o seguinte: “*Os VOPR buscam resultados individualizados para satisfazer as circunstâncias únicas de cada caso. Os objetivos principais são a reconciliação e o reestabelecimento, em lugar da dissuasão e aplicação de castigo*”.

<sup>401</sup> AZEVEDO, André Gomma. Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns resultados. In: AZEVEDO, Andre Gomma de. (org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 3. Brasília: Grupo de Pesquisas, 2004, p. 76. Descreve a definição da MVO como: “... *definida como o processo segundo o qual as partes em disputa escolhem uma terceira parte, neutra ao conflito ou um painel de pessoas sem interesse na causa (co-mediação), para auxiliá-las a chegar a um acordo, pondo fim a controvérsia existente. Nesse espírito, são as próprias partes que são estimuladas a encontrar uma solução para as questões, auxiliadas, em menor ou maior escala, pelo mediador*”.

<sup>402</sup> AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 169. Em que segundo o mesmo a mediação vítima ofensor seria restringida a aplicação em alguns crimes de menor potencial ofensivo e a crimes contra a propriedade.

dilemas, irão utilizar de um terceiro (mediador) só que neste caso seria por meio de um processo ordinário, ou seja, com a participação de órgãos governamentais no acordo a ser realizado entre partes.

Sanchez Álvarez<sup>403</sup> assinala que a mediação penal é justamente uma oportunidade de diálogo entre as partes atingidas pelo delito, tendo a participação de um terceiro para intermediar um consenso<sup>404</sup>.

Vários são os países pelo mundo que já vem reconhecendo uma forma de justiça restaurativa judicial, ou pelo menos um indício legislativo futuro para tanto, dentre eles podem ser citados a Alemanha, Espanha, França e até mesmo, segundo Greco<sup>405</sup>, o Brasil já o teria.

Nesta forma de heterocomposição, como afirmado anteriormente, muda-se a forma de atuação do sistema, passando a dar às partes uma atenção tão procurada, isto no que diz respeito às vítimas, e aos infratores. Veja-se que a vítima<sup>406</sup> nos crimes alvo da restauração formal busca mais uma reparação moral ou material, do que efetivamente a privação da liberdade dos infratores. Já quanto ao infrator<sup>407</sup> este sistema trás a tona a real participação dele, onde irá proceder ao reconhecimento da prática da infração penal, o prejuízo por ele materializado na sociedade e a busca de sua reparação<sup>408</sup>.

---

<sup>403</sup> SANCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. *Mediación Penal Comunitária: desde donde y hacia donde, alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*. Barcelona: Icaria, 2006, p. 25. Sobre a finalidade da mediação diz que é: “oferecer um espaço de diálogo, de encontro entre pessoas afetadas por um mesmo fato, no qual intervém uma terceira pessoa: o mediador”.

<sup>404</sup> Idem, p. 29. Sobre o mediador (terceiro que se coloca no diálogo entre as partes) diz que: “não é aquele que se valerá da força para impor a solução ao caso que lhe foi apresentado, mas sim com toda destreza e capacidade diminuirá a distância existente entre o autor do fato e a vítima...”. Continua dizendo que por se a mediação uma processo pautado pelo diálogo, acrescenta: “... a mediação é a consequência da livre decisão de cada pessoa e não a de um terceiro (mediador), de sentar-se à mesa para discutir os fatos que as envolveram, permitindo, assim, uma solução pacífica e racional do conflito que se formou”.

<sup>405</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 359. Aponta o autor que a França já possui uma lei específica em que é possível propor uma reparação de danos e se esta for aceita pelas partes, acabará por acarretar em uma desistência por parte do Ministério Público. Na Alemanha existe um projeto alternativo de reparação (cuja autoria é dada a Claus Roxin). E no Brasil, com o advento da lei 9099/95, o acordo fora do processo (reparação extra-autos), nos crimes de ação penal pública condicionada a representação, se materializaria em uma renúncia ao direito de representação. Assevera: “As leis penais de inúmeros ordenamentos jurídicos, por exemplo, da Espanha e do Brasil, incentivam a reparação dos danos pelo acusado, em benefício da vítima, impedindo, com isso, muitas vezes, o início da ação penal pelo ministério Público, ou mesmo pela própria vítima, quando ocorrer antes da peça inaugural de acusação”.

<sup>406</sup> SANCHEZ CONCHEIRO, M. Teresa. *Para acabar com La prisión: La mediación em El derecho penal – justicia de proximidad. Alternativas a La judicialización de los conflictos: La mediación*. Barcelona: Icaria, 2006, p. 120. A vítima teria um tratamento diferenciado perdendo o estereótipo de “coitada”, esquecida e desamparada, além de poder passar a participar do feito.

<sup>407</sup> Ibidem. O infrator passa a refletir no que tange a sua forma comportamental, fazendo brotar o sentimento de culpa, arrependimento e reparação, tendo por fim último o enraizamento da norma como um valor reitor de sua vida.

<sup>408</sup> Idem, p. 117.

Mister deixar claro neste momento que a mediação no âmbito da justiça comum (caso de heterocomposição pública por meio dos órgãos governamentais) deve ser pautada por alguns princípios, a saber: proporcionalidade, da mínima intervenção penal e o da igualdade.

Quanto a princípio da proporcionalidade (como princípio fundante do estado de direito) assevera-se que os órgãos responsáveis devem estar atentos ao delito praticado pelo infrator e o que deste último pode se esperar no futuro, há, assim, que se assegurar a necessidade de manutenção da ordem (segurança) pública (geral)<sup>409</sup>.

Outro princípio a reger a mediação penal formal é o da mínima intervenção penal, a fim de que este deve ser um mecanismo último a ser utilizado pelos órgãos governamentais específicos para tanto, uma vez que a intervenção repressiva não deve ser utilizada quando da possibilidade de outros caminhos.

Aliado a este último princípio estudado, muito importante ressaltar que a mediação penal formal deve ser vista como um instrumento mais adequado e ao mesmo tempo desafogador (da justiça repressiva que se vê na atual sistemática processual penal) para crimes específicos, crimes estes de menor potencial ofensivo, v.g. a perturbação da tranquilidade, ameaças, crimes contra a honra e pequenas lesões.

Por fim, têm-se o princípio da igualdade cuja observação quer fazer com que as respostas dadas na justiça formal devem buscar ao máximo uma resposta semelhante para casos comparavelmente parecidos, a fim de se evitar desigualdades, em consequência injustiças<sup>410</sup>. Contudo, há de se salientar que os casos devem ser analisados de forma individual, particularizada, tanto no que diz respeito ao crime, quanto no que diz respeito às partes.

Não menos importante para o estudo é a necessidade de se tomar conhecimento dos objetivos que permeiam a mediação penal formal, em que para tanto iremos nos basear nos ensinamentos de Núria Belloso Martín<sup>411</sup>; o que será feito nas linhas a seguir:

---

<sup>409</sup> PAZ, Silvana Sandra; PAZ Silvina Marcela. Op. Cit., p. 132. Autorizam que há que se preocupar com “... a probabilidade ou não de cometer novos delitos”, portanto, há que se preocupar com a pessoa do infrator, o crime por ele praticado e a segurança social como um todo.

<sup>410</sup> Idem, p. 133. Ao dizerem que: “Com relação ao princípio de igualdade, podemos dizer que havendo concordância sobre a interpretação dos fatos, que deram origem a intervenção obteremos respostas que requeiram, ante delitos comparáveis, repostas comparáveis”.

<sup>411</sup> BELLOSO MARTÍN, Núria. Op. Cit., p. 285.

Aponta-se como um dos primeiros objetivos da mediação penal o fato de buscar a reestruturação, o restabelecimento da relação social existente entre as partes, criando, desta forma, uma nova relação entre as partes em litígio.

Este mecanismo busca não só assim proceder, mas o de tentar modificar percepções e ideias equivocadas que as partes em oposição possam ter entre elas, o escopo é o de retirar das mentes dos contendores qualquer ideia inidônea sobre um e outro.

Como consequência do objetivo anterior, se alcançara este terceiro desígnio que seria o de aumentar o respeito e confiança entre as partes, como nos dizeres de Nuria<sup>412</sup> fazer criar a *“segurança, fiabilidade e a fé nas pessoas com as quais negociamos.”*

Assim, alcançado estes fins anteriores, o diálogo acabaria por prosperar, facilitando não só a comunicação das partes conflitantes, mas sobretudo proporcionado à transformação do conflito. Consegue-se desta maneira, criar todo um processo de interação e comunicação inter partes para que a *“a negociação chegue a um bom termo”*<sup>413</sup>.

Quanto a esta forma de mediação penal (na justiça restauradora formal) a doutrina se apresenta bastante divergente quanto ao número de fases pela qual se deveria passar o processo de mediação, mas para fins didáticos serão apontadas algumas que preponderam em grande parte dos doutrinadores. São especificamente seis as fases, a saber: 1) uma fase de reconhecimento do fato criminal ocorrido e a plausibilidade do mesmo ser submetido à mediação; 2) uma fase de contato entre as partes conflitantes – um contato inicial; 3) a fase do encontro entre as partes e o mediador; 4) fase da procura do consenso -acordo-; 5) fase de se executar o acordo auferido; 6) fase denominada de seguimento<sup>414</sup>.

A primeira fase- fase do conhecimento da ação delituosa- pode se dar por diversas maneiras. É sabido que as autoridades policiais no Brasil podem tomar ciência de uma infração penal seja pela própria vítima, terceiros, ou mesmo via imprensa; e ao ter este conhecimento se encontra obrigada a dar início à investigação policial, sempre com finalidade em apurar a autoria e materialidade delitiva do crime.

---

<sup>412</sup> Idem, p. 69.

<sup>413</sup> Ibidem.

<sup>414</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 362-363.

Caberá então nesta fase à justiça penal proceder a uma triagem destes fatos delituosos ocorridos para que assim possa perceber qual deles é que se encontra passível de submissão ao processo de mediação penal. Caso haja esta interação entre fato delituoso e a mediação penal, se dará início à segunda fase acima descrita: a do contato inicial.

O contato inicial entre vítima e infrator – partes conflitantes da infração penal – se dará por intermédio do mediador. Portanto, o mediador irá proceder a entrevistas iniciais, ressalta-se, individuais com a vítima e depois com o infrator. Este primeiro contato serve para que o mediador possa explicar o processo, sua situação, do que se trata a mediação, seus mecanismos, estrutura, fases, enfim todas as regras que cercam este tipo de procedimento; bem como as vantagens e princípios que o permeiam<sup>415</sup>.

Conforme afirma Greco<sup>416</sup> a função do mediador nesta fase é importantíssima haja vista o fato de que deverá ouvir as partes de forma paciente, facilitando a liberdade de expressão destas para que inclusive desabafem, o que acarreta como consequência a confiabilidade das partes na pessoa do mediador.

Ao final da segunda fase cabe ao mediador proceder a uma avaliação da possibilidade ou não de encaminhar conflito em epígrafe à mediação. Em caso positivo se seguirá para terceira fase (o encontro das partes com o mediador), em caso negativo o fato será levado para o lado procedimental comum (justiça penal comum), salientando-se que deverá ser resguardado o princípio da confidencialidade<sup>417</sup> da mediação.

Conforme descrito, havendo a possibilidade da adoção da mediação penal o mediador dará início a terceira fase que é a do encontro entre ele e as partes (vítima e infrator). Trata-se de uma fase crítica do processo de mediação uma vez que será o momento do encontro entre vítima e autor da conduta delituosa, onde a primeira parte trará a tona uma série de sentimentos que variaram do medo até a raiva<sup>418</sup>. Por sua vez o autor do crime apresentará uma posição arredia e desconfiada.

---

<sup>415</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. *La Mediación em El Derecho Penal de Adultos em La Fase de Enjuiciamiento: um estúdio sobre la experiência piloto em los órganos jurisdiccionales*. Barcelona: Icaria, 2009, p. 117-128

<sup>416</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 364. Acrescenta: “Nessa fase, o mediador escuta pacientemente a vítima e o autor da infração, fato que dificilmente ocorrerá na justiça penal comum, em que a pressa de ouvir envolvidos é uma constante”.

<sup>417</sup> Este princípio determina que todas as conversas e debates ocorridos deverão ser sigilosos, protegendo as partes.

<sup>418</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 364.

Ainda nesta fase mister alertar quanto à função do mediador. Por ser o interlocutor das partes em conflito a sua atividade é basilar; justamente por causa desta característica a pessoa a desenvolver esta atividade deve ter conhecimento sobre o tema, estudo, dentre outras qualidade indispensáveis a um propiciador de diálogos, pois a ele cabe “quebrar o gelo”; bem como ser o responsável em fazer com que o diálogo dos conflitantes possa alcançar um acordo que atenda ambas as partes<sup>419</sup>.

Conseguindo seu intento, qual seja possibilitando o diálogo e, por conseguinte, as partes acabem chegando a um consenso, aporta-se na quarta fase que é a fase do acordo. É a fase em que se concluem os trabalhos de mediação penal, nela ocorrendo uma busca pela melhor solução ao caso apresentado. Contudo, deve-se salientar cabe às partes a propositura das soluções, carecendo o mediador apenas instigar os mesmos a buscarem uma solução, e não impor ou trazer esta solução.

Ao se ter a definição pelo consenso<sup>420</sup> proceder-se-á a lavratura de um termo escrito sobre a mediação, confirmando a solução dada ao caso pelas partes envolvidas. Estas assinaram o termo e receberão uma cópia.

A partir deste momento a mediação já teve fim, pois as duas fases seguintes dizem respeito ao cumprimento do acordo, e não mais sobre a conduta delituosa e suas repercussões. Tem-se a fase da execução, onde a reparação do dano a vítima será concretizada.

Há uma última fase da mediação penal denominada por Pascual Rodriguez<sup>421</sup> como seguimento, momento este, momento em que o acordo (ou não acordo) será levado ao conhecimento do órgão acusador.

Todo o desenvolvimento acima demonstra que o sistema penal necessita que o ordenamento jurídico processual penal venha a reconhecer outras opções ou

---

<sup>419</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. Op. Cit., p. 121. Aduz que: “*As duas partes devem ganhar, pois esta é a chave da imparcialidade e neutralidade que marcam o sentido da mediação*”.

<sup>420</sup> GRECO, Rogério. Op. Cit., p. 365. Afirma o autor que o acordo advindo da mediação penal praticamente se resume a uma reparação econômica, sendo esta pautada pela proporcionalidade. Coloca: “*Normalmente, o acordo gira em torno da reparação econômica da vítima, levando em consideração, também a possibilidade do acusado*”.

<sup>421</sup> PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. Op. Cit., p. 128. Ao dispor sobre o seguimento afirma: “*O seguimento consiste em velar pelo efetivo cumprimento do acordo*”. Buscando um acordo que possa ser cumprido no todo ou pelo menos em boa parte.

“portas”<sup>422</sup>, sendo a mediação penal e a justiça restaurativa, como um todo, instrumentos propiciadores à essa efetividade; onde somente por meio de alterações, transformações e melhorias é que se irá assegurar a efetividade do sistema.

Não há que se duvidar de que a justiça restaurativa e a mediação penal no Brasil ainda estejam em processo de descoberta, conhecimento e, aprendizado, mas que se demonstram como verdadeiras formas de prevenção, educação e humanização do conflito.

A isto se soma o fato de que essa forma de resolução de conflito acaba por trazer maior confiabilidade<sup>423</sup> ao sistema por parte dos cidadãos, uma vez que chama estes (partes envolvidas) a participarem do instrumento que irá dirimir seu conflito aumentando, desta feita, a sua percepção de justiça.

A evolução se faz necessária, e no caso apresentado por meio destes mecanismos a justiça se torna mais humana e participativa<sup>424</sup>.

---

<sup>422</sup>AZEVEDO, André Gomma. Op. Cit., p. 150. Assevera: “Nesse sentido a justiça restaurativa consiste em movimento um movimento para se estimular a utilização dessas portas para, assim, proporcionar uma oportunidade para que as vítimas possam obter reparações, sentirem-se mais seguras, e encerrar um ciclo psicológico, bem como permitir que ofensores tenham melhor compreensão acerca das causas e efeitos de seus comportamentos e que sejam responsabilizados de uma forma significativa”.

<sup>423</sup> Idem, p. 150.

<sup>424</sup> PAZ, Silvana Sandra. PAZ Silvana Marcela. Op. Cit., p. 129.

## CONCLUSÃO

Perante todas as considerações tratadas ao longo desta pesquisa, produto de demorada análise do tema sob os mais distintos ângulos, ponderou-se que algumas terminações podem ser aqui expostas, no tentame de proporcionar algum material crítico para as mais diversas espécies de pessoas que possam ter interesse pelo objeto deste trabalho.

O acesso à justiça foi assunto encarado de forma detida, identificando questões não somente jusfilosóficas sobre a justiça, mas também sobre dificuldades e visões atravancadas sobre o direito fundamental, encontrando meios para afirmá-lo não somente dentro da instituição do Poder Judiciário, mas, sobretudo em outros mecanismos, que hoje devem ser considerados propícios para a resolução de contendas surgidas no tecido social, e não meramente “alternativos” como alguns querem fazer crer.

Está a se falar em acesso a uma justiça efetiva, um processo justo, enfim, a busca da paz social, e não meramente no acesso ao Poder Judiciário como única forma de dirimir conflitos.

Nessa linha de pesquisa ficou constatado que o tema Justiça é dos mais intrincados assuntos existentes na humanidade, se apresentando como questão primordial para as pessoas que buscam trabalhar com o Direito. É o que foi chamado de *Telos* do Direito, ou seja, a finalidade do Direito. Contudo ficou evidenciado que a sua conceituação não é tema pacífico, muito pelo contrário, se apresenta bastante enevoado; sendo que no decorrer da história da humanidade, inúmeras foram as teorias jusfilosóficas apresentadas dando ao tema uma grande opulência. Algumas teorias consideradas de maior relevância em seu período histórico receberam evidência no presente trabalho, sendo elas: a justiça metafísica de Platão (como uma justiça absoluta, cósmica, apresentando uma justiça divina-perfeita- e uma justiça humana – imperfeita-); a justiça ética de Aristóteles (que dá ao vocábulo jurídico vários sentidos, face a inúmeras acepções em que é usada, sendo que dentre elas podemos destacar a justiça como um virtude), a justiça em Santo Agostinho (salientado por ele que a justiça é o dar a cada um o que é seu, somente assim se estabelecerá uma ordem), a justiça de São Tomás de Aquino (justiça como uma igualdade na relação com outrem, igualdade entre pessoas), a justiça em Rousseau, a justiça em Hans Kelsen (que se apresentou bem cético

quanto a definição do tema, dizendo que a justiça deve ser estudada fora do Direito, mais precisamente na ética, e que ela sempre trará um fundo passional, o que lhe dificulta a conceituação do tema) e por último fora vista a justiça em Chãin Perelman (que também ressalta a forte conotação sentimental sobre o tema, motivo pelo qual se deve ter muito cuidado ao tentar conceituá-la, demonstrando que não se deve buscar um ideal de justiça a prevalecer sobre outros existentes). Assim concluiu-se por meio do estudo das concepções metafísicas do tema justiça que não há como se fixar um único conceito de justiça, um exclusivo como muitos acreditam, sob pena de se excluir outros tantos existentes.

Novamente foi apresentado o tema justiça, porém sob uma nova ótica: a do jurídico. Neste ponto foram destacados vários assuntos, tendo por primeiro a preocupação do estudo evolutivo do direito fundamental do acesso à justiça. Configurou-se demonstrado que o acesso à justiça nos dois primeiros momentos da história do homem (antiguidade e medievo) tiveram uma intensa conotação religiosa e também restrita a poucos. Já na modernidade com os ideais liberais latentes vários direitos individuais foram consagrados e apresentados ao mundo, fazendo com que o cidadão, que antes não o tinha, passasse crer que o teria mais próximo o seu direito de acesso à justiça. Entretanto a realidade assim não se fez presente haja vista que este direito acabou por ser olvidado, considerando a colocação dada ao Poder Judiciário à época: um poder trivializado, com pouca importância o que veio a refletir no direito fundamental em questão. O que sobressaiu no Estado liberal foi a posição conflitante entre o fortalecimento do direito fundamental em contrapartida ao enfraquecimento da justiça pública (por ser ele considerado um órgão opressor em períodos passados). Por sua vez, com a advento do Estado social, o Poder Judiciário retoma a sua importância e, aliada a consagração dos direitos sociais e econômicos fez com que o acesso à justiça ganhasse ares de imperatividade.

Salientou-se, ainda dentro do capítulo segundo, o estudo do denominado “movimento do acesso à justiça” que surgiu sob dois pilares: primeiro o de combater a ineficiência do direito fundamental em epígrafe no Estado liberal (que assentiu com a mera formalidade dele), e em segundo pelo fato de fazer com que o Estado social recém-criado realmente observasse seus deveres de salvaguarda dos direitos fundamentais. O movimento (Projeto Florença) orquestrado por Mauro Cappelletti foi o responsável pela concretização do acesso à justiça, trazendo como conclusão as

dimensões de justiça existentes no mundo contemporâneo, sendo elas as dimensões constitucional, transnacional e social (sendo que todas foram desenvolvidas na pesquisa, mas sem sombra de dúvidas para o entendimento do trabalho foi ressaltada a última dimensão que deve ser considerada como o do acesso à justiça e ao direito). Na pesquisa de Cappelletti também ficou comprovado dois aspectos a serem observados no direito em estudo: a efetivação dos direitos sociais, retirando-o eminentemente do campo teórico para que possa influir na vida econômica e social da sociedade, bem como na busca de formas e métodos alternativos para a resilição de problemas surgidos no tecido social.

Nesse diapasão foram apontadas as chamadas ondas reformadoras, sendo três, mas que segundo Cappelletti a terceira onda (acesso à representação em juízo a uma concepção mais ampla de acesso à justiça) deve ser considerada a mais importante. Surgida diante da dilatação do acesso aos órgãos jurisdicionais e consequente inchaço deste último, prevê as seguintes necessidades: adoção de procedimentos mais simples, promoção da chamada justiça coexistencial (permeada pela mediação) e por último a transformação da justiça, passando esta a ser mais participativa e descentralizada. Chegou-se, portanto, a conclusão que de fato o Poder Judiciário é um dos caminhos para a obtenção da justiça -não o único- mas como um caminho a ser visto como um serviço público posto ao cidadão a fim de que consiga satisfazer os anseios sociais e restabelecer as feridas surgidas diante dos desgastes causados no tecido social.

Ficou, entretanto, apurado que o Poder Judiciário, como uma destas formas de resolução conflitual, não vem conseguindo o intento posto acima, o que pôde ser observado no momento em que se dispôs que o judiciário não fora concebido para uma sociedade nos moldes em que hoje se apresenta – com altos índices de desigualdade e miséria, elementos férteis para a litigiosidade -; constatação que levou muitos a afirmar da existência da crise no judiciário e da justiça. Apontou-se vários fatores que levaram a esta conclusão como: a morosidade e o alto custo dos processos, a burocratização dos procedimentos, o excesso de conflitos, enfim, um Poder Judiciário com baixo desempenho e sobrepeso. Assim, o problema dos dias atuais não se encontra mais no acesso à justiça, mas no fato de se obter uma resposta ao conflito apresentado de forma efetiva e com qualidade. A questão é conseguir obter resposta justas, que tragam a paz social, e, por conseguinte angariar pessoas mais felizes, ou ao menos tentar diminuir sua infelicidade.

Na sequência deste empreendimento se procedeu a uma crítica aos processualistas do passado que se apegavam muito às questões conceituais, o que fora fortemente atacado durante vários anos, trazendo uma nova postura na contemporaneidade, quando ocorreu um desprendimento à visão interna do processo, para se atentar com o resultado do mesmo (ângulo externo), preocupação especialmente voltada para o escopo social do processo, escopo este que busca fazer do processo um instrumento de pacificação social, onde os conflitos serão dirimidos por critérios justos.

Exatamente nesta perspectiva foram demonstradas as várias facetas pelas quais a justiça foi e pode ser consolidada no transcurso da história da sociedade, quando se apresentou três formas, a saber: a autotutela (que nos atuais dias pouco espaço possui face a sua característica de ser a “lei do mais forte”), autocomposição (forma pela qual os conflitos se desenvolvem inter partes, sem a presença de um terceiro) e por último a heterocomposição (forma distinta das outras duas anteriores, considerando que a resilição da lide se dará por intermédio de um terceiro, que poderá ter o poder de decidir e impor a solução ao dilema ou de apenas ajudar as partes a encontrarem a solução para ele; confirmando, por fim, que este terceiro poder ser escolhido pelas próprias partes da contenda, ou conferido pelo Estado).

Após se demonstrar as formas de composição do litígio, pode-se vislumbrar que a heterocomposição estatal com o passar dos anos sobrepujou as demais formas, deixando de ser uma figura secundária e substitutiva, para se tornar o principal meio de resolução de conflitos na sociedade moderna, passando a ser considerado, de forma equivocada, como indispensável e inafastável para a afirmação do Estado Democrático de Direito. Essa questão foi amplamente debatida pelo já citado Projeto de Florença, que resgatou, bem como apresentou outros meios eficientes de resolução de litígios fora do Estado (já tão desgastado como visto acima), sendo chamados em um primeiro momento de meios alternativos de composição de conflitos (*alternative dispute resolutions – ADR’S*). Desta feita evidencia-se um sistema legal processual a ser composto de diferentes silhuetas, ou seja: um sistema pluri-processual, também chamado de sistema multi-portas, ou de múltiplas portas.

Desta maneira asseverou-se que este sistema trás uma racionalização para os meios de composição de litígios uma vez que será adotado uma das várias formas existentes de acordo com as características ou peculiaridades da contenda

(chamado por Calamandrei como o princípio da adaptabilidade – onde demandas cuja relação necessitam de ter um futuro preservado devem ser tratadas de forma distinta, com maior flexibilidades por meio de uma mediação v.g., ao passo que as demais poderão ser submetidas o processo judicial comum).

Ainda dentro do terceiro capítulo, corroborando o até então exposto, foi informado a existência da chamada justiça coexistencial descrita por Cappelletti como uma justiça de consertos que deve existir em substituição a justiça contenciosa, uma vez que a primeira é capaz de aliviar a ruptura causada na sociedade e ao mesmo tempo refazer a convivência anteriormente existentes entre os envolvidos, voltando-se para o futuro (por meio de um consenso entre partes) e não meramente preocupada com o passado, como ocorre na segunda forma de justiça.

Há que se preservar as relações sociais, e para tanto a cultura do consenso deve prevalecer sobre a cultura da sentença.

Dentro do espírito que norteia esta pesquisa, acentuou-se que para a consecução de um objetivo de justiça consensual a mediação é um instrumento imprescindível, e dentro do quarto capítulo foi enfrentado este tema, passando desde a sua conceituação até se chegar a um estudo comparativo com outros países que adotam a mediação como forma efetiva de resolução de controvérsias, confirmando a sua larga utilização e os benefícios advindos com ela.

Concluiu-se, portanto, que a mediação, dentro da ideia de justiça coexistencial - um processo pautado pelo consenso- há de ser adotado como solução de controvérsias originadas entre pessoas com certo convívio e que carecem ser preservadas, aclarando a necessidade de se promover uma mudança envolta na cultura da humanização de vínculos e de pacificação social, característica inversa à existente na justiça contenciosa. Para tanto basta lembrar que a mediação é vista como um método não adversarial que trás como resultado um ganho para ambas as partes do conflito (“ganha-ganha”) ao passo que o processo tradicional é basilado em um método contrário, em que uma das partes ganha e a outra perde (“perde ganha”). Fora assim revelado uma gama de fatores existentes em favor da mediação, sendo eles: o baixo custo, uma eficácia real, celeridade, fomentador da pacificação social, prevenção como objetivo, e deverás democrático (por ser um instrumento participativo).

Com o estudo da mediação é possível afirmar, por meio dos doutrinadores analisados, ser o mesmo uma forma de heterocomposição de solução de conflitos em que o terceiro escolhido pelas partes irá servir como um facilitador destes a fim de que cheguem a um consenso – acordo -, não havendo por parte deste terceiro qualquer imposição, mas a ele cabe proporcionar o que não foi conseguido inter partes. Além da natureza jurídica e conceito acima vistos, vale ressaltar os elementos identificados no instituto no decorrer da pesquisa, como: a participação de um terceiro estranho a contenda; ser um mecanismo permeado pela voluntariedade das partes, em adotá-lo ou não; a imparcialidade do mediador; a confidencialidade quanto as informações angariadas no procedimento; a flexibilidade marcante na pessoa do mediador; a consensualidade a que as partes devem chegar (fruto da própria consciência); e por último o envolvimento das partes, onde estas devem proceder de forma ativa para a consecução do acordo.

Deve-se advertir que a mediação é de suma importância para se alcançar uma justiça amparada na consensualidade, alvo desta pesquisa, motivo que levou a proceder a um aprofundamento deste instrumento, sendo tratado ao longo de todo o capítulo quatro o estudo de inúmeras modalidades de mediação existentes, apontando: a mediação institucional, judicial, extrajudicial, prévia, incidental, ativa e passiva. A seguir foi alinhavado de forma meticulosa o estudo do procedimento da mediação, fator importantíssimo para o sucesso deste formato de resolução de conflitos; acabando por apresentar as suas duas fases: pré-mediação e a fase da mediação propriamente dita. Contudo deve-se deixar bem claro que não existe unanimidade quanto a forma e etapas do procedimento, não só no que diz respeito aos doutrinadores, mas também pelo fato da existência de diversas modalidades de mediação.

Ao término deste penúltimo capítulo ponderou-se sobre as vantagens na adoção da mediação o que acabou por trazer a certeza quanto a precisão de sua adoção nos atuais dias, visto ser um método que trata o conflito de maneira mais abrangente, com maior participação social e efetivamente um mecanismo profícuo à solidariedade; bem como se procedeu a uma análise comparativa do instituto com fins de comprovar o surgimento, desenvolvimento e resultados obtidos em outras países, sejam vizinhos como na Argentina, sejam em outros continentes como França e Inglaterra. Por derradeiro foram feitas algumas pequenas considerações sobre o projeto de lei de mediação que tramita em nosso congresso nacional desde

1998, projeto de lei 4827-C, mas que, diga-se de passagem, além de letárgico, não tem previsão quanto à mediação na seara penal.

Verificou-se no último capítulo ponderações sobre a justiça restaurativa e a mediação penal especificamente como formas de se fazer aflorar em no Brasil uma justiça penal realmente voltada para o infrator, vítima e sociedade como um todo. No decorrer deste capítulo acabou-se por propugnar pelo aperfeiçoamento do sistema penal brasileiro que hoje se mostra desalentador frente a uma gama de condutas delituosas que acabam por cair no esquecimento, trazendo por consequência um aumento da insegurança e no senso de impunidade junto à população. Baseando-se exatamente nesta ausência de retribuição e prevenção e na equivocada fomentação da prisão como forma de diminuir a criminalidade é que deve-se aderir ao pensar da justiça restaurativa que busca trazer ao direito penal uma nova função, a função social, a de um instrumento de pacificação social.

Desta forma certos tipos de delitos –salienta-se os de menor potencial ofensivo e que envolvam relações sociais duradouras-, devem ter por norte um método (plano) de reação delitual voltado à pacificação, o que fora chamado de método integrador, que pugna pela restauração de todas as relações abaladas. Assim sendo deve-se enxergar o fato delituoso mais como um conflito entre partes do que uma infração penal propriamente dita, mas isto não quer dizer que não será imposta uma sanção ao infrator, mas sim se buscará uma solução em que todos venham a ganhar e dela participar e não se limitando apenas a aplicação de uma sanção por si só. O que se quer afirmar com isso é que a vítima, autor e comunidade não serão esquecidas. A vítima deixará de ser vista de forma neutra, sem importância, passando a participar ativamente da solução do conflito e terá as consequências do crime minimizadas; o infrator não ficará distante do fato criminoso como ocorre no sistema tradicional, em que fica protegido por mecanismos estratégicos procedimentais, muito pelo contrário participará também de forma direta na solução do problema, não só se comprometendo para com a vítima, mas também percebendo os males por ele causado (o que faz gerar na pessoa dele um amadurecimento pessoal); e a sociedade ganha por duas razões: não só pelo fato de todos os envolvidos participarem da solução, mas também pelo fato de que em assim se procedendo os desgastes de uma decisão são amplamente diminuídos (ou seja, aquela figura de vencedor e vencido é minimizada pela aceitação de ambas as partes do acordo).

Instruiu-se a pesquisa com o exame de todos os pontos que permeiam a justiça restaurativa: como a sua origem que se deu nos países do Canadá e Estados Unidos da América; quanto ao conceito pode-se observar que a doutrina mundial apresenta uma extensa conceituação, das mais variadas formas; percebe-se uma visão democrática da justiça restaurativa uma vez que este modelo de justiça deve ser visto como um fomentador da democracia, onde há a participação de todos os envolvidos na construção da resolução, afastando a ideia de exclusão que vigora no processo convencional, bem como na diminuição do descrédito para com o Estado (onde o Poder Judiciário acaba por melhorar a sua imagem para com a sociedade uma vez que ficaria livre de uma enorme gama de contendas de menor expressão que o abarrotam).

Ponto importante, com objetivo de melhor compreender as benesses da justiça restaurativa, foi apresentado por meio da comparação entre elementos de cada um dos sistemas de justiça restauradora e convencional, onde de forma pontual ficou comprovado às vantagens em se adotar aquele sistema. Sendo analisadas as vantagens no que diz respeito ao procedimento, valores, vítima, infrator e resultados. Bem como foi ressaltado os elementos que devem compor o sistema restaurador e que o fazem destoar do sistema convencional, como: a mudança de entendimento quanto ao delito, em que deve-se largar a mera noção de uma ofensa ao Estado, para ser visto como uma afronta a toda a sociedade, prejudicando uma coletividade e não somente o Estado; o segundo ponto se apresenta justamente pela forma de realização do procedimento, em que haverá a participação de todas as pessoas envolvidas, existindo, desta maneira, diálogo e interação entre partes; e por fim a resposta que se volta à restauração do dano à vítima, demonstrando a preocupação para com esta, devendo existir uma censura ao delito (por meio de repostas socialmente construtivas) mas sem haver um castigo.

Foi apresentado ainda no capítulo cinco as formas de atuação da justiça restaurativa com ou sem a intervenção judicial, ou seja, os meios informal e formal. Na justiça restauradora informal não haverá qualquer participação de representantes governamentais em seu procedimento, onde o julgamento é ofertado pela própria sociedade, por meio de seus representantes, o que trás uma importância enorme ao sistema face a consequência de se diminuir as demandas judiciais na seara penal desafogando o sistema carcerário. Esta forma se revela, segundo doutrina usada, de

três maneiras: pelo encontro ou reunião de família ou grupos comunitários, por tratados de paz ou grupos de sentença e por meio da mediação vítima ofensores (que deve ser vista como uma das espécies do gênero mediação). A outra forma que se apresenta é a da justiça restauradora formal por meio da mediação penal formal, onde neste caso o terceiro intermediador/facilitador das partes para o consenso se apresenta como um membro pertencente aos órgãos governamentais, esta maneira vem sendo reconhecida e estudada em países como Alemanha, Espanha e França; sendo certo que esta espécie de mediação deve ser pautada por princípios vistos na pesquisa, como o da proporcionalidade, da mínima intervenção e o da igualdade.

Por derradeiro, ainda dentro da justiça restaurativa formal ficaram observados e aprofundados os temas referentes aos objetivos –que sem sombra de dúvida é o de restaurar a relação social existente entre as partes, fazendo com que estas passem a ter uma nova percepção da parte opositora, adquirindo maior respeito e confiança uma nas outras, e em assim procedendo o diálogo sobrepujaria todas as adversidades e o consenso sairia vitorioso- e a análise das fases do procedimento (assunto bastante controverso como já anteriormente afirmado no decorrer da análise da mediação propriamente dita no quarto capítulo).

Nesse andamento de propostas torna-se necessário enfatizar dois pontos: primeiro no que diz respeito à mediação vê-se que se trata de um mecanismo extraordinário, franqueador da efetiva compreensão do conflito surgido por meio da participação das pessoas realmente envolvidas na contenda; sendo uma ferramenta que não pode ser deixada de lado pelos legisladores e operadores do Direito pátrio sob a atrasada, conservadora e equivocada ideia de que a justiça pública deve ser apresentada como único caminho do jurisdicionado, há que se romper com este paternalismo do Poder judiciário. Os meios propícios de resolução de conflitos são mais do que aptos, são eficazes, rápidos e acessíveis, se demonstrando como um outro caminho que deve seguir ao lado do Judiciário para a afirmação da cidadania e consecução da paz social.

Em um segundo momento, quanto à justiça restaurativa e a mediação penal somado ao exposto no parágrafo anterior, deve-se pensar e concluir que este sistema penal e forma procedimental carecem ser adotados de forma imperativa nas infrações penais de menor potencial ofensivo, fazendo permitir que o acordo seja feito no sentido de reparar o dano, trazendo a vítima uma resposta adequada, bem

como se evitando o cárcere desnecessário. Assim, se verá que a mediação penal transformará a justiça penal, pois esta deverá se ater apenas aos casos mais graves, tornando-a mais célere e efetiva. Haverá uma cooperação mútua entre mediação penal e justiça penal, cada qual com suas responsabilidades, aonde ao final todos ganham: vítima infrator, sociedade e o próprio Estado.

Além de ser um fator de complementação ao sistema de resposta convencional, necessário ainda é advertir quanto ao entendimento que se deve ter quanto a justiça restaurativa: a de um instrumento humano, educador e participativo de se ver e tratar o delito, que vai trazer ao jurisdicionado uma resposta legal efetiva, elemento que se encontra tão ausente no outro sistema.

Por derradeiro deve-se ressaltar que a mediação vem a corroborar com o Estado Democrático de Direito que se encontra presente no Brasil, sendo a sua adoção uma afirmação dos princípios proclamados no próprio preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil ao dispor que a justiça é um dos valores supremos da sociedade fraterna e esta deve ser fundada na harmonia social e comprometida tanto na ordem internacional quanto na interna com a solução pacífica de conflitos; ou seja a busca do consenso entre as partes, tão defendido neste trabalho, deve ser um norte a ser observado, reconhecido e destarte, adotado neste país.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Da Mediação Prévia*. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

ALMEIDA, Fabio Portela Lopes de. *A Teoria dos Jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputas*. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, Mediação e Negociação v. 2*, Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

ALVAREZ, Gladys; HIGHTON, Elena I; JASSAN, Elias. *Mediación y Justicia*. Buenos Aires: Depalma, 1996.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes do. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

ANDRADE, Deise Assumpção Vieira de. *A Atividade Jurisdicional e a Desjudicialização*. In: GAIO JUNIOR, Antonio Pereira (Org.). *Direito Processual em Movimento*. Curitiba: CRV, 2011.

ANDREWS, Neil. *O Moderno Processo Civil Formas Judiciais e Alternativas de Resolução de Conflitos na Inglaterra*. Trad. Teresa Arruda Alvim Wanbier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

ARAUJO CINTRA, Antônio Carlos de. GRINOVER, Ada Pelegrini. DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Melhoramentos, 2011.

AQUINO, São Tomás. *Suma Teológica: do direito, da justiça e de suas partes integrantes* (IIa. Parte da Ia. Parte – Q. LVII-LXXIX). Trad. Alexandre Correia. São Paulo: Livraria Editora Odeon, 1937.

ARENDT, Hannah. *A Vida do Espírito: o pensar, o querer, o julgar*. 2 ed. Trad. Antônio Abranches, César Augusto R. de Almeida e Helena Martins. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1993.

AUERBACH, Jerold S. *Justice Without Law?* Nova Iorque: Oxford University Press, 1983.

AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas Metodológicas de Mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

\_\_\_\_\_. *Autocomposição e Processos Construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns resultados*. In: AZEVEDO, Andre Gomma de.

(org.). *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. Brasília: Grupo de pesquisas, 2004.

\_\_\_\_\_. O Componente da Mediação Vitima - Ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: SLAKMON, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Processo de Negociação: uma breve apresentação de inovações epistemológicas em um meio autocompositivo*. Revista dos Juizados Especiais do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, n. 11, jul/dez, 2001.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BARBOSA, Ivan Machado. Fórum de Múltiplas Portas: uma proposta de aprimoramento processual. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003

BAZEMORE, Gordon; WALGRAVE, Lode. *Restorative Juvenile Justice: repairing the harm of Youth crime*, 1999.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Mediación Penal de Menores. In: Estudos sobre a mediación: La ley de mediación familiar de Castilla y Leon. (coord. Nuria Belloso Martín). Valladolid: Indipress, 2006.

\_\_\_\_\_. Sistemas de Resolución de Conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas. In: *Estudios Sobre Mediación: La Ley de Mediación Familiar de Castilla y Leon*. Valladolid: Junta de Castilla y Leon, 2006.

BENSIMON, Stephen; CHOISEUL, Raynald de. À Quoi Sert La Médiation?. In: BENSIMON, Stephen; LAMPEREUR, Pekar. *La Médiation Modes D'emplo?i*. Paris: A2C Medias, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. São Paulo: Saraiva, 2012

BITTAR, Eduardo C. B. *Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito*. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

\_\_\_\_\_. *A Teoria Aristotélica da Justiça*, In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 92, 1997.

BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre. *La médiation: Problèmes politiques et sociaux*. Paris: Paris, 2002.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Melhoramentos, 2009.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos Conflitos de Direito de Família*. 4 ed. Curitiba: Juruá, 1994.

CAIVANO, Roque J. ; Gobbi, Marcelo; PADILHA, Roberto E. *Negociación y Mediación: instrumentos apropiados para La abocacia moderna*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALAMANDREI, Pierro. *Abolizione Del Processo Civile?*. In: Revista de Diritto Processuale Civile, 1938.

\_\_\_\_\_. *Instituições de Diritto Processuale Civile* In: DINAMARCO, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo. Malheiros, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v I. Tradução e revisão Prof. Dr. Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

\_\_\_\_\_. *Processo, Ideologias e Sociedade*. v. II. Tradução e revisão Hermes Zaneti Junior. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2010.

\_\_\_\_\_. *Acesso à Justiça*. In: *O Processo Civil Contemporâneo*. MARINONI, Luiz Guilherme (org.). Curitiba: Juruá, 1994.

\_\_\_\_\_, GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*, Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à Justiça: juizados especiais cíveis e a ação civil pública. Uma nova sistematização da teoria Geral do Processo*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil, v. II*. São Paulo: Bookseller, 2000.

COELHO, Nuno M. M. Santos. A Instrumentalidade do Processo e o Direito de Acesso à Ordem Jurídica Justa (estudo em homenagem aos Professores Candido Rangel Dinamarco e Kazuo Watanabe). In: *Revista Jurídica da Universidade de Ouro Preto*, Ouro Preto, v.1, n.1, janeiro/julho, 2000.

COLAIÁCOVO, Juan Luis; COLAIÁCOVO, Cynthia Alexandra. *Negociação, Mediação e Arbitragem: teoria e prática*. Tradução de Adilson Rodrigues Pires. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

D. Spencer; M. Brogan. *Mediation: law and practice*. London: Cambridge UP, 2006.

DA SILVA, João Roberto. *A Mediação e o Processo de Mediação*. São Paulo: Paulistanajur, 2004.

DALLARI, Dalmo. *O Poder dos Juízes*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de Conciliação e Mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

DEL VECCHIO, Georgio. *Lições de Filosofia do Direito*. 5 ed. Trad. Antônio José Brandão. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. In: SLAKMON, C.; R. De Vitto; R. Gomes Pinto. (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005

DIAS, Raquel Mota. A Mediação na Esfera Civil como Meio Propício para a Solução de Conflitos. In: GAIO JUNIOR, Antônio Pereira (Org.), *Direito Processual em Movimento*. Curitiba: CRV, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*. 4 ed. São Paulo Malheiros, 2001.

DUPREEL, Eugène. *Traité de Morale*, v. II, Bruxelas: Éditions de L'université de Bruxelles, 1932,

FARIA, José Eduardo. *Direito e Justiça no Século XXI: a crise na Justiça no Brasil*. Em texto preparado e proferido no Seminário "Direito e Justiça no Século XXI", apresentado no Centro de Estudos sociais, em Coimbra, Portugal, 2003.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. *Arbitragem. Legislação Nacional e Estrangeira e o Monopólio Jurisdicional*. São Paulo: Ltr, 1999.

FILHO, Mauricio Vasconcelos; GALVÃO, Filho; WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre a Mediação Civil. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) *Teoria Geral da Mediação a luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FISS, Owen. *Contra o Acordo*. In: Um Novo Processo Civil. Trad. Carlos Alberto de Salles. São Paulo: RT, 2004.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alyson. *Mediation: a comprehensive guide to resolving conflicts without litigation*. San Francisco: Josey Bass Inc. Publishers, 1984.

GAIO JUNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

\_\_\_\_\_. *Tutela Específica das obrigações de Fazer*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GALVÃO FILHO, Mauricio Vasconcelos. WEBER, Ana Carolina. Disposições Gerais sobre a Mediação cível. *In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de (coord.). Teoria Geral da Mediação.* Lúmen juris. Rio de Janeiro, 2008.

GARCEZ, José Maria Rossani. *Negociação. ADRS. Mediação, Conciliação e Arbitragem.* Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2004.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito.* Trad. Antônio Manuel Espanha e Manuel Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOLDSBERG, Stephen B; SANDER, Frank E; ROGERS, Nancy H; COLE, Sarah R. *Dispute Resolutions – Negotiation, Mediation, and Other Processes.* New York: Aspen Publishers, 2003.

GOMES, Conceição. *O Tempo dos Tribunais: um estudo sobre a morosidade da justiça.* Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

GORCHS, Béatrice. *La Médiation Dans Le Procès Civil: sens Et contresens. Essai de mise em perspective Du conflit e Du litige.* *In: Revue Trimestrelle de droit civil, n. 3 (juillet/sept.), 2003.*

GRECO, Rogério. *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação da Liberdade.* São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os Fundamentos da Justiça Conciliativa. *In: GRINOVER, Ada Pelegrini et ali. Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na prestação jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Mediação e Gerenciamento do Processo – revolução na prestação jurisdicional.* São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *O Processo em Evolução.* 2 ed. São Paulo. Forense Universitária Biblioteca Jurídica, 1998.

GUILLAUME-HOFNUNG, Michele. *La Médiation.* Paris: Press Universitaires de France- PUF, que sais jê?, 2007.

HESPANHA, Antônio M. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Européia.* Lisboa: Publicação Europa-América, 1997.

HILL, Flávia Pereira. Do Registro de Mediadores e da Fiscalização e Controle da Atividade de Mediação. *In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado.* Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

KELSEN, Hans. *A Ilusão da Justiça.* Trad. Sergio Tellaroli: Martins Fontes: São Paulo, 1995.

\_\_\_\_\_. *O Problema da Justiça,* Trad. João Batista Machado. 3 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. *O Que é Justiça?* 3 ed. Trad. Luiz Carlos Borges. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2001.

KHUN, Thomas. *A Estrutura das Revoluções Científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LACERDA, Bruno Amaro. *Teorias Esquecidas da Justiça*. 1 ed. Belo Horizonte: Líder, 2006.

LARA, Rubens. *Acesso à Justiça: o princípio constitucional e a contribuição prestada pelas faculdades de Direito*. 1. ed. São Paulo: Método, 2002.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

LEMES, Selma Ferreira, Oito Anos da Lei de Arbitragem. In: AZEVEDO, André Gomma de. (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 3. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2004.

LIMA, João Batista de Souza. *As Mais Antigas Normas de Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

MACCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *Em Busca de um Paradigma: uma teoria de justiça restaurativa*. Londres: Restorativelibrary, 2003.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros. *Direitos Humanos: sua história, sua garantia e a questão da indivisibilidade*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A Resolução dos Conflitos e a Função Judicial*. São Paulo: RT, 2010.

MARSHALL, Tony. *Restorative Justice: an overview*. Londres: Home Office Research, Development and Statistics Directorate, 1999.

MARTÍNEZ, Soares. *Textos de Filosofia do Direito*. Coimbra: Almedina, 1993.

MARTINS, Dayse Braga. *A Mediação no Processo de Democratização do Estado*. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (coord.). *Estudos sobre a Mediação e Arbitragem*. Vários Autores. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003.

MATOS PEIXOTO, José Carlos. *Curso de Direito Romano*. 3 ed. Rio de Janeiro: Haddad, 1995.

MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de Solução de Conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2004.

MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia – Introdução aos seus Fundamentos Teóricos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*. Trad. Brás. 2 ed. Brasília: UnB, 1995.

MOORE, Christopher W. *O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. Crise(S) da Jurisdição e Acesso à Justiça – uma questão recorrente. In: SALES, Lilia Maia de Moraes (coord.) *Estudos Sobre a Mediação e Arbitragem. Vários Autores*. Rio de Janeiro-São Paulo-Fortaleza: ABC, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de Direito Processual: oitava série*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MUNIZ, Déborah Lídia 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.

NADER, Paulo. *Filosofia do Direito*. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

NALINI, José Renato. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

NETO, Adolfo Braga. *Alguns Aspectos Relevantes Sobre a Mediação de Conflitos*. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

\_\_\_\_\_. *Alguns Aspectos Relevantes Sobre a Mediação de Conflitos*. In: MORAIS SALES, Lilian Maia (org.). *Estudos Sobre a Mediação e Arbitragem*. Rio de Janeiro, São Paulo, Fortaleza: ABC, 2003.

NETO, Pedro Scuro. *Palestra proferida no Seminário Internacional “Justiça Restaurativa. Um Caminho para os Direitos Humanos?” Instituto de Acesso à Justiça (Brasil) / Justice (Inglaterra)*. Porto Alegre, out., 2004.

OLIVEIRA, Ângela. *Mediações Familiares: método para reorganização e humanização de vínculos da família na separação/divórcio*. In: OLIVEIRA, Ângela (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999.

OLIVEIRA, Euclides Benedito. *O Percurso entre o Conflito e a Sentença nas Questões de Família*. In: *Revista do Advogado (AASP)*, n. 62, março, 2001.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-Justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática a Construção da Sociedade Civil Através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos; Renault, Sérgio Rabello Tamm. (Orgs.). *Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005.

PANTOJA, Fernanda Medina. Da Mediação Incidental. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) *Teoria Geral da Mediação a luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ Silvina Marcela. Justiça Restaurativa – Processos Possíveis. In: SLAKMON, C; R, De Vitto; R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Mediação Penal – Verdade – Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C; R. De Vitto; R. Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005.

PASCUAL RODRÍGUEZ, Esther. *La Mediación em El Derecho Penal de Adultos em La Fase de Enjuiciamiento: um estudio sobre La experiência piloto em lós órganos jurisdiccionales*. Barcelona: Icaria, 2009.

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. Manual Esquemático de Criminologia. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Maria Helena da Rocha. *Estudos de História da Cultura clássica*. 7 ed. v. I (Cultura Grega). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

PERELMAN, Chaïn. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. Disposições Finais. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardina (coord.) *Teoria Geral da Mediação a Luz do Projeto de Lei e do Direito Comparado*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

\_\_\_\_\_. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. In: PRADO, Geraldo (coord.). *Acesso à Justiça: efetividade do processo*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? In: SLAKMON, C; R, De Vitto; R, Gomes Pinto (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: PNUD, 2005

PROUDHON, *De La Justice Dans La Révolution et Dans L'église*. Bruxelas: Nova Edição, 1868.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Du Contrat Social*. Paris: Garnier Frères/Flamarion, 1992.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à Sociologia da Administração da Justiça*. In: Direito e Justiça: a função social do judiciário. Org. José Eduardo de Faria, São Paulo: Ática, 1989.

\_\_\_\_\_. *O Discurso e o Poder*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

\_\_\_\_\_. *A Crítica da Razão Indolente: contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2000.

\_\_\_\_\_; MARQUES, Mario Manuel Leitão; PEDROSO, João; FERREIRA, Pedro Lopes. *Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas*. Porto: Edições Afrontamento, 1996.

SANCHEZ ÁLVAREZ, Maria Pilar. *Mediación Penal Comunitária: desde donde y hacia donde, alternativas a La judicialización de los conflictos: La mediación*. Barcelona: Icaria, 2006.

SANCHEZ CONCHEIRO, M. Teresa. *Para Acabar com La Prisión: La mediación em El derecho penal – justicia de proximidad. Alternativas a La judicialización de los conflictos: La mediación*. Barcelona: Icaria, 2006

SCURO NETO, Pedro. *Manual de Sociologia Geral e Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000.

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

SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradutores Águida a. Barbosa, Eliana R. Nazareth e Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SLAIKEU, Karl A. *No Final das Contas: um manual prático para a mediação de conflitos*. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA, Luciene Moessa de. *Mediação, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Institucional*. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Coord.). *Mediação de Conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

SUAREZ, Marines. *Mediación, Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas*. Buenos Aires: Paidós, 1996.

TAMARIT SUMILLA, J. M. *La Mediación Reparadora em La Ley de Responsabilidad Penal Del Menor*. In: J. Gonzalez; Cussac, J; M. Tamarit Sumall; J. J. Gomez Colomer (coord.). *Justitia Penal de Menores y Jóvenes (análisis sustantivos y procesal de la nueva regulación)* Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

TARGA, Maria Inês Correa de Cerqueira César. *Mediação em uízo*. São Paulo: LTR, 2004.

TEIXEIRA, Paulo Cesar M.; ANDREATA, Rita M. F. C. *A Nova Arbitragem: comentários à lei nº. 9307*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

TORRES, Jason Ayres. *O Acesso à Justiça e Soluções Alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VEDANA, Wilson Marcelo Malchow. O Perfil da Mediação Comunitária: acesso à justiça e empoderamento da comunidade. In: AZEVEDO, André Gomma (org.) *Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação*. v. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

VEZZULLA, Juan Carlos. A Mediação: o mediador, a justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Angel (coord.). *Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTR, 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria e Prática da Mediação*. Curitiba: Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil, 1998.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARSHELL, Moraes (org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

\_\_\_\_\_. A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pelegrini et ali. *Mediação e Gerenciamento do Processo. Revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

WOOLPERT, Stephen. Lós Programas de Reconciliación Victima-Ofensor. In: K. Grover Duffy; J. W. Grosh; P. V. Olczak. *La mediación y sus contextos de palicación: uma introducción para profesionales e investigadores*. Trad. De M. a. Garoz. Barcelona: Paidós Ibérica, 1996.

ZAMORRA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. *Processo, Autocomposição e Autodefesa*. Cidade do México: Universidad Autónoma Nacional de México, 1991.

ZEHR, Howard. *Changing Lenses: a new focus for crime as justice*. Scottsdale, PA: Harold Prace, 1990.