

# EXISTE SUSTENTAÇÃO LEGAL NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL ACERCA DA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS?

Mauro Gaglietti<sup>1</sup>  
Marcelino da Silva Meleu<sup>2</sup>  
Natália Formagini Gaglietti<sup>3</sup>

**Resumo:** Discute-se o Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, como fonte para a interpretação do texto constitucional. Além disso, busca-se extrair do próprio Preâmbulo a interpretação segundo a qual a metodologia da mediação pode ser concebida como uma forma de efetivar os direitos humanos. Assinala-se, também, que a relação entre direitos humanos e mediação possibilita pensar na reconstrução da realidade social e do próprio Direito na medida em que a mediação apresenta-se como forma de facilitar o acesso à justiça ao resolver o conflito.

**Palavras-chave:** mediação; direitos humanos; resolução de conflitos

**Abstract:** There is discussed the Preamble of the Federal Constitution of 1988, like fountain for the interpretation of the constitutional text. Besides, it is looked to extract of the Preamble itself the interpretation according to which the methodology of the mediation can be conceived like the form of bringing the human rights into effect. Mark, also, that the relation between human rights and mediation makes possible to think about the reconstruction of the social reality and of the Right itself in so far as the mediation it presents itself the form of making easy the access to the justice while resolving the conflict.

**Keywords:** mediation, human rights, conflict resolution

Considera-se que a Constituição é um documento político-jurídico dos Estados. Nos regimes democráticos é rígida e aprovada por uma Assembleia Constituinte eleita pelo povo, retratando a forma de ser de um Estado ao conferir direitos e garantias fundamentais aos indivíduos e à coletividade. Além disso, a Magna Carta indica os Poderes Constituídos, suas competências e as atribuições de cada ente federativo.

O fundamento jurídico de Constituição é apresentado por Hans Kelsen, mestre austríaco, que dá a definição clássica segundo a qual a Constituição, como fenômeno superior do sistema de direito positivo não poderia ter uma natureza normativa. A Constituição como norma assume o papel de fundamento e validade de um sistema de direito positivo, sendo a base fundamental deste sistema onde todas as suas normas têm o fundamento da sua obrigatoriedade. O fundamento da Constituição não poderia deixar de ser outro fenômeno que não uma norma. Assim, a norma hipotética fundamental, norma esta que diferentemente das outras normas é pressuposta, isto é, não é posta, assim, não possui um conteúdo imediatamente perceptível. O seu conteúdo pensado poderia ser algo como devemos obedecer a Constituição. Kelsen, nesses termos, nega à Constituição outro papel a não ser servir de fundamento de validade de um sistema de direito positivo. E a partir deste papel fundamental é que parte a sua classificação constitucional, em Constituição Forma e Constituição Material, ou seja, a Constituição Material não poderia ser aquela que regula as formas pelas quais uma norma pode ser introduzida tendo validade dentro do ordenamento jurídico. A Constituição Formal, por sua vez, é aquele documento escrito que está no topo do ordenamento de direito positivo, onde as normas do sistema recorrem para certificar a sua validade, pode esta assumir qualquer conteúdo, como norma positiva, posta que é. Definindo a Constituição como norma, Kelsen encontra, desse modo, um fundamento que permite explicar a Constituição independentemente do seu conteúdo, e a idéia de norma hipotética fundamental exclui, assim, o embate sobre a legitimidade da Constituição como elemento de gênese social, pois apenas pode

---

<sup>1</sup> Mauro Gaglietti – Cientista Político, Doutor em História, Professor do Mestrado em Direito e do Curso de Graduação em Direito da URI (Santo Ângelo, RS), Professor e Pesquisador da IMED (Passo Fundo, RS), Professor Convidado da FAI/UCEFF (Santa Catarina), Integrante do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI) e autor de artigos, ensaios e livros. E-mail: maurogaglietti@bol.com.br

<sup>2</sup> Marcelino da Silva Meleu – Advogado, Mestre em Direito/URI e Doutorando em Direito/UNISINOS. Professor e Pesquisador da UNICHAPECÓ (Chapecó, SC). Professor e Pesquisador da IMED (Passo Fundo, RS). Autor de vários artigos, ensaios e organizador de livros. E-mail: marcelino@meleu.adv.br

<sup>3</sup> Natália Formagini Gaglietti - Advogada, Bacharel em Direito formada no Curso de Direito da Faculdade Meridional – IMED e de Passo Fundo/RS.

ser concebida como uma manifestação suprema do direito, fechando o círculo espiral do fenômeno jurídico (Kelsen, 1984, 1986, 1997).

Constituição do Estado somente pode ser entendida como sendo a Lei Fundamental, representando o núcleo de todas as células, é ela que fornece o arsenal político e jurídico para a organização do Estado. Portanto, atribuindo validade a toda a ordem jurídica infraconstitucional. A circunstância de se situarem no plano constitucional – o plano mais elevado do ordenamento jurídico –, que é a sua sede logicamente adequada, impõe a consequência da exigibilidade imediata, ou seja, indica-se a efetividade dos direitos humanos presentes na Carta Magna.

A Constituição Federal de 1988 fixou, por exemplo, em seu Preâmbulo diversos valores fundamentais, entretanto há de se notar que tais valores não esgotam toda a disciplina, pois, além destes, existe um leque de outros valores espalhados no corpo articulado do diploma constitucional. Nesses termos, observa-se que, expressa e taxativamente, no Preâmbulo da Magna Carta valores fundamentais tais como: *direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, como valores...*. Os valores ali presentes, preceituados no preâmbulo somente podem ser interpretados como critérios materiais, objetivando acerca de uma orientação do ordenamento jurídico e de sua participação no contexto global da Constituição do Estado como força vinculativa, exercendo um poder normativo, uma determinação de sua natureza jurídica de exigibilidade imediata.

Então, pergunta-se: para que serve o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988? Será que o Preâmbulo expressa, simplesmente, uma série de afirmações de princípios, que representam e devem ser assim interpretados como um ideal, e não como normas jurídico-constitucionais de aplicação e exigibilidade imediatas? Consta do Preâmbulo da Constituição Federal de 1988 o seguinte:

“Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”.

O entendimento doutrinário esboçado por Dalmo de Abreu Dallari (2001) acerca do preâmbulo constitucional, quando menciona que é objetivo *assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça*, é no sentido de que é muito importante notar que o *Preâmbulo* fala em assegurar o exercício dos direitos, o que tem significação mais concreta do que uma simples declaração dos direitos, sem preocupação com seu exercício. Portanto, define que, o *Preâmbulo* da atual Constituição brasileira é bem adequado a uma Constituição democrática, segundo as modernas concepções, ressaltando que a Constituição foi elaborada em um processo democrático, mas acrescenta que a Constituição é um instrumento para a consecução de objetivos fundamentais da pessoa humana e de toda a Humanidade. Um dado final que tem grande importância que já é referido o *Preâmbulo* como norma constitucional, de eficácia jurídica plena e condicionante da interpretação e da aplicação das normas constitucionais e de todas as normas que integram o sistema jurídico brasileiro.

Constata-se, assim, que estão consagrados no Preâmbulo da Constituição de 1988, diversos *valores fundamentais ou superiores da Constituição*. Valores fundamentais estes que não podem ser interpretados como palavras e expressões redundantes, ou vazias, ou mesmo como normas constitucionais programáticas que nunca se realizam. Caso assim fossem, poder-se-ia designar, taxativamente, de *normas programáticas para um futuro inatingível*. Percebe-se, desse modo, que o Preâmbulo tem natureza jurídica e exigibilidade imediata, detentor de força normativa, norma constitucional exequível em si mesma. Assinala-se, nessa direção, que os valores incorporados pela Constituição no seu contexto têm, é evidente, natureza de valores políticos na sua proveniência e que se objetivando em normas passaram a ser jurídicos e, como tal, exigíveis, pois trazem as propriedades de validade e eficácia inerentes a estas. Não há, por isso, possibilidade lógico-jurídica de fazer depender os seus efeitos de normas de integração como se sustenta às vezes, ora na doutrina, ora no campo da jurisprudência dos tribunais.

Assim, não há como continuar negando ou retardando – apesar da forma lacônica como a doutrina, especialmente a brasileira, trata o tema em comento – que, efetivamente, os preâmbulos constitucionais, e, principalmente, o da Constituição Federal de 1988, têm força normativa na medida em que expressam normas, princípios e valores. São normas jurídico-constitucionais exequíveis em si mesmas, são normas jurídico-constitucionais de aplicabilidade e exigibilidade imediatas. Finalmente,

cabe ressaltar que o Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 foi escolhido, dentre outros, e votado em Assembleia Constituinte, e não é a sua posição dentro do Texto Constitucional – antes dos artigos propriamente ditos – que poderia(rá) justificar ou mesmo eliminar a sua legitimidade democrática e a sua força normativa, de caráter vinculativo, hauridas do respaldo da elaboração e aprovação pelos representantes do povo para tanto reunidos.

Do Preâmbulo pode-se buscar, desse modo, uma interpretação que legitima a defesa da efetividade dos direitos humanos à luz da concretização da metodologia da mediação buscando a resolução do conflito por uma via não adversarial. Abordar, assim, as possíveis relações existentes entre a mediação e os direitos humanos remete, num primeiro momento, à reconstrução de “modelos” da realidade social sobre os quais se apóiam as normas jurídicas, as decisões judiciais e as doutrinas no âmbito jurídico. Do ponto de vista da instrução das decisões jurídicas, esses modelos têm uma espécie de pré-compreensão do problema pertinente à relação entre a história das sociedades e a construção do Direito. Assim, as construções especificamente jurídicas distanciam-se das formulações do senso comum e das construções teóricas e científicas. Reside nessa diferença a condição essencial da resolução jurídica dos conflitos sociais. Para tanto, o sistema legal deve possuir uma autonomia – constituir-se como uma realidade própria – normativamente falando, um enclave de realidade entre realidades (política, econômica, religiosa, moral, educacional).

Nessa perspectiva, o direito se crê num mundo à parte entre outros mundos igualmente seletivos da realidade e, por essa razão, o sistema jurídico negligencia inúmeros elementos que são percebidos como pertinentes e até mesmo relevantes para as esferas da vida política, econômica ou social<sup>4</sup>. O que significa que para participar do sistema jurídico é necessário fazer uso do seu sistema referencial para dar sentido às suas demandas.

Há uma crise na jurisdição brasileira que ainda não foi desvelada como crise, pois, em que pese o Estado Democrático de Direito no Brasil, ainda não se vislumbra o desapego à jurisdição tradicional. Logo, a jurisdição brasileira continua a ser interpretada à luz das doutrinas tradicionais, desconsiderando a participação comunitária. A jurisdição atualmente oferecida aos cidadãos não tem conseguido ser efetiva, pois não atende aos direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal. Para que haja um entendimento autêntico do novo cenário introduzido com a Carta de 1988, deve haver a superação do modelo positivista tradicional de entender a jurisdição.

A atividade jurisdicional possui um (novo) sentido a ser desvelado a partir do fundamento de validade instituído pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Portanto, se a Constituição de 1988 trouxe uma preocupação com a dignidade da pessoa humana, o Poder Judiciário deverá, sempre que provocado a exercer a jurisdição, remeter-se à Constituição Federal, sem o que não poderá realizar seu papel, voltado à efetivação dos direitos fundamentais.

Para a efetivação da jurisdição brasileira, com vistas ao atendimento dos direitos e garantias fundamentais, a fim de consolidar o Estado Democrático de Direito, deve-se evitar o apego aos conceitos tradicionais, tais como os de jurisdição como atividade tendente à produção de coisa julgada e de uma suposta “certeza” jurídica, oportunizando uma participação cidadã através do fomento de métodos de resolução pacífica dos conflitos.

Essa mudança de concepção da jurisdição faz-se necessária, uma vez que diante da Constituição Federal de 1988, o modelo de jurisdição brasileiro tem sido inefetivo para assegurar direitos e garantias fundamentais, dentre eles o direito a uma justiça célere e a um processo que cumpra suas funções de modo diligente. Sob esse prisma, verifica-se que a jurisdição tem sido mal compreendida, pois ainda persistem idéias que não se coadunam com a contemporânea noção de Constituição.

Evidencia-se ainda, no Brasil, a persistência em manter mitos ultrapassados como o da jurisdição tradicional, de função meramente declaratória, sem interpretar e aplicar a lei caso a caso. Tais mitos devem ser abandonados em favor de um modelo de jurisdição mais eficaz, ao contrário do modelo atualmente proposto, que muito pouco tem contribuído para a realização dos direitos e garantias fundamentais. Para superar essa crise, pretendemos analisar no presente texto, a contribuição da mediação comunitária, para um novo paradigma de jurisdição no Brasil.

## **1 A trajetória da mediação e a sua relação com os direitos humanos**

---

<sup>4</sup> TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 40-48.

Em busca da consolidação de um novo pacto civilizatório, um novo horizonte ético, baseado na tolerância, capaz de balizar a relação dos Estados com seus cidadãos, em 10 de dezembro de 1948, a civilização ocidental, por meio da Assembléia Geral das Nações Unidas, proclamou a "Declaração Universal dos Direitos Humanos".

Das conquistas modernas, talvez esta seja a de maior valor, na própria medida em que as Declarações são afirmativas da necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana, da primeira geração de direitos humanos (direitos individuais), passando pela segunda geração de direitos humanos (direitos sociais), à terceira geração de direitos humanos (direitos ambientais e direitos difusos). É certo que os direitos humanos adentram a ordem dos Estados, passando a vicejar no seio das constituições a partir do século XIX, com o fenômeno da positivação, e, em especial do século XX, ganhando, no plano internacional, um especial significado somente após o Holocausto e a construção do sistema de direitos das Nações Unidas (ONU).

A ideia de "direitos humanos" vai se afirmando como sendo aqueles direitos pertencentes a todo o gênero humano, independentemente de serem postos por uma determinada ordem jurídica estatal. Entende-se que a idéia de direitos humanos, ainda que possua uma dimensão histórica, transcende um determinado momento histórico, incorporando, desse modo, uma dimensão para além do tempo e do espaço, portanto, mais universal, que se refere à condição humana. Desconsidera-se, assim, o fato da natureza histórica da expressão "direitos humanos" ter tido origem e/ou ser ainda considerada como um direito natural. Ainda que os direitos humanos tenham servido de referencial internacional, é fato que nem todos os Estados possuem uma uniformização quanto aos "direitos fundamentais". Nota-se, dessa maneira, em termos empíricos, que os Estados têm atendido suas tradições, sua história e seus valores para considerar quais os direitos que devem ter uma atenção especial.

A centralidade do tema e a universalidade dos mecanismos de proteção vêm constituindo os Direitos Humanos num paradigma com potencial para sustentar um novo projeto de sociedade, baseado não somente em critérios econômicos e políticos, mas, fundamentalmente, em preceitos éticos. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abarca todos os direitos de maneira igual, mas trata-se meramente de uma declaração. Nos tratados, aparecem de forma mais explícita as diferenças entre diversas "categorias" de Direitos Humanos. Isso ocorre porque os chamados direitos civis e políticos exigem uma abstenção do Estado, enquanto os econômicos, sociais e culturais exigem uma intervenção.

Os chamados direitos de terceira geração/dimensão, por sua vez, exigem muito mais a solidariedade baseada na interdependência entre os Estados para serem garantidos. Apesar disso, a distinção entre os sistemas de proteção não é rígida, pois cada direito requer, em maior ou menor grau, atitudes de abstenção, de intervenção e de cooperação por parte dos Estados. Na prática, há direitos que são protegidos de forma mais eficaz, por intermédio de mecanismos de controle regionais e mesmo nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

As diferentes sociedades criam aspectos normativos, cabendo-lhes delimitar a existência de padrões, regras e valores que institucionalizam modelos de conduta. Cada sociedade esforça-se para assegurar uma determinada ordem social, instrumentalizando normas de regulação essenciais, capazes de atuar como sistema eficaz de controle social. Constata-se que, na maioria das sociedades remotas, a lei é considerada parte nuclear de controle social, elemento material para prevenir, remediar ou castigar os desvios das regras prescritas. Assinala-se, dessa maneira, que a função principal do direito é limitar certas inclinações comuns, canalizar e dirigir os instintos humanos e impor uma conduta obrigatória não espontânea, assegurando um modo de cooperação baseada em concessões mútuas e em sacrifícios orientados para um fim comum.

A lei expressa a presença de um direito ordenado na tradição e nas práticas costumeiras que mantêm a coesão do grupo social. Constata-se, assim, que a raça humana desenvolveu um corpo de obrigações, proibições e leis que devem ser cumpridas por motivos práticos, morais ou emocionais. Portanto, há que se considerar, que, além das regras jurídicas sancionadas por um aparato social com poderosa força cogente, subsistem outros tipos diferenciados de normas tradicionais gerados por motivos psicológicos<sup>5</sup>.

Nesses termos, assegura-se que existia um direito civil consensualmente aceito e respeitado. De acordo com Gilissen<sup>6</sup> o direito nas primeiras fases da humanidade está impregnado de religiosidade e,

<sup>5</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre em la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, 1978, p.26-128.

<sup>6</sup> GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988, p. 30-41.

assim, mesclando-se às regras de cunho social, moral e jurídico. Desse modo, o direito estava totalmente subordinado à imposição de crenças dos antepassados, ao ritualismo simbólico e à força das divindades. Com relação a tal aspecto, o direito antigo compreende, claramente, três grandes estágios civilizatórios: o direito que provém dos deuses, o direito confundido com os costumes e, finalmente, o direito identificado com a lei. Assim, o direito primitivo não era legislado, as populações não conheciam a escritura formal e suas regras de regulamentação mantinham-se e conservavam-se pela tradição.

Um segundo aspecto, é que cada organização social possuía um direito único, que não se confundia com o de outras formas de associação. Cada comunidade seguia suas próprias regras, vivendo com autonomia e tendo pouco contato com outros povos, a não ser em condições de guerra.

Um terceiro fator a considerar é a diversidade dos direitos não escritos. Trata-se da multiplicidade de direitos diante de uma gama de sociedades atuantes, advinda, de um lado, da especificidade para cada um dos costumes jurídicos concomitantes, de outro, de possíveis e inúmeras semelhanças ou aproximações de um para outro sistema primitivo. Além de apontar a inexistência de uma legalidade não escrita, de uma unidade do jurídico para cada comunidade e, por fim, a pluralidade dos direitos não escritos. Admite-se, dessa forma, que um costume de épocas arcaicas assume um caráter jurídico na medida em que, constringendo, garante o cumprimento das normas de comportamento.

Tal processo distingue-se, assim, das imposições religiosas e das forças naturais vindo a ser revelado pelo conjunto prático de regras jurídicas civis que, enquanto instrumento integrador, é caracterizado pelos fatores da “reciprocidade, incidência sistemática, publicidade e ambição”<sup>7</sup>. Desse modo, salienta-se que a função do direito é fundamental na regulação, em certa medida, dos múltiplos ângulos da vida de alguns grupos sociais e as relações pessoais entre parentes, membros do mesmo clã e da mesma tribo, fixando as relações.

Tratar a temática “mediação” - *da simples intervenção pedagógica na transmissão de saberes até à aplicação em todos os domínios de dificuldade e de bloqueios relacionais: administrativa, logística ou emocional* - é buscar na arte da linguagem a possibilidade da criação (ou recriação) de uma relação da condição humana envolvendo, no mínimo, duas pessoas em estado de conflito. Nesse sentido, o processo de mediação permite o confronto das diferenças por meio da ação de um facilitador.

A etimologia e origem provável da palavra “mediação” antes de derivar do latim (*medium, medius, mediator*) consta, desde o século XIII, na enciclopédia francesa em 1694, designando, sobretudo, a intervenção humana entre duas partes. No âmbito dos conflitos, mais especificamente, poderá parecer que subsistem várias histórias. Segundo alguns autores, a mediação existe há muito tempo, desde o tempo em que existe a intervenção de uma terceira parte nos conflitos de outrem.

Numerosos autores associam tais procedimentos de tipo medial à própria mediação, seja referindo-se a uma concepção de branda justiça, seja à tomada de decisão arbitral à maneira do rei São Luís ou do rei Salomão, à conciliação (que é da competência de um procedimento judicial), ou à negociação. Entre 7.000 e 4.000 a.C. as sociedades mesopotâmica e egípcia, em face de seu caráter urbano e comercial, passaram a desenvolver um grau de complexidade que exigia a vigência de um Direito mais abstrato do que o simples costume ou tradição religiosa. O Código de Ammurabi, por exemplo, explicita um conjunto de leis que o povo da Babilônia deveria seguir. O deus Samas, por intermédio do Rei Ammurabi determinou estas leis. Assim, no fundo, a justiça identifica-se à vontade dos deuses, cujas razões escapam à compreensão dos humanos e estes não devem julgá-la.

O mesmo raciocínio se aplica, com maior evidência, ao direito egípcio. Considerando que o faraó é a própria encarnação da divindade, e dele emanam todas as normas, não sendo possível conceber qualquer decisão política que vincule o soberano pelo seu simples poder temporal. Desse modo, o direito se originava da revelação divina.

A contribuição mais interessante ao estudo das relações entre sociedade e direito que se pode retirar do Egito antigo é a consagração, na aplicação do direito, de um princípio de justiça que é simbolizado pela figura de uma deusa, de nome *maat*. Consoante a descrição de Araújo<sup>8</sup> os egípcios acreditavam numa lei reguladora e organizadora dos sistemas de coisas e do Universo, a *maat*, que desfrutou no Egito faraônico de enorme popularidade e importância na estruturação e funcionamento da própria realeza. Podemos afirmar que é o elemento basilar do Estado.

---

<sup>7</sup> MALINOWSKI, Bronislaw. *Crimen y costumbre em la sociedad salvaje*. Barcelona: Ariel, 1978, p.26-70.

<sup>8</sup> ARAÚJO, Emanuel. *Escrito para a eternidade: a literatura no Egito faraônico*. Brasília/São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

A aplicação do direito estava subordinada, então, à incidência de um critério divino de justiça. A conclusão que daí decorre é evidente: ao faraó, que tinha atributos de divindade, incumbia zelar pela vigência do princípio de justiça simbolizado pela deusa *maat*, que era indissociável das práticas dos Faraós como instituição central da vida egípcia, a referida deusa possuía um conteúdo e uma vertente social, ética e cósmica que confere direta e expressamente ao faraó a responsabilidade de estabelecer a justiça, a paz, o equilíbrio e a solidariedade social e cósmica da sociedade terrena. Isso quer dizer, que a prática faraônica devia estar conforme os desígnios da deusa da justiça e inspirar à prática de todos. Essa era a referência para o cotidiano do Egito antigo, um objetivo a ser alcançado pelos reis, ao sabor das circunstâncias, tendo por essência ser o equilíbrio; o ideal a busca de uma situação segundo a qual as duas partes envolvidas num conflito possam sair do tribunal satisfeitas. Esse é o preceito em que reside a verdadeira justiça, *Maat*, desse modo, significa verdade, ordem e justiça propriamente dita.

O direito na Grécia Antiga, por sua vez, distinguia a lei substantiva da lei processual. Enquanto a primeira era o próprio fim que a administração da justiça buscava, a lei processual tratava dos meios e dos instrumentos pelos quais o fim deve ser atingido, regulando a conduta e as relações dos tribunais e dos litigantes, com respeito ao processo de litigância em si, enquanto que a lei substantiva determinava a conduta e as relações no que tange aos assuntos litigados.

Aristóteles<sup>9</sup> já assinalava a importância dada pelos gregos à parte processual do direito ao se referir às três mais populares reformas democráticas de Sólon, sendo a mais importante a proibição de dar empréstimos, cuja garantia incidiria diretamente sobre a pessoa do devedor; em seguida, a possibilidade para quem se dispusesse reclamar da reparação pelos injustiçados; e, terceiro, o direito de apelo aos tribunais.

Como exemplo significativo desse grande legado grego<sup>10</sup>, no âmbito do direito processual podem ser citadas as práticas alternativas a um processo judicial normal: arbitragem privada e arbitragem pública. A arbitragem privada era um meio alternativo mais simples e mais rápido, realizado fora do tribunal, de se resolver um litígio, sendo arranjada pelas partes envolvidas que escolham os árbitros entre as pessoas conhecidas e de confiança. O árbitro não emitia um julgamento, mas procurava obter um acordo ou conciliação ou facilitava que as partes envolvidas no conflito encontrassem a solução. Assim, o árbitro buscava garantir a equidade e não simplesmente o cumprimento de uma lei codificada. Este processo de arbitragem privado corresponderia, portanto, a nossa moderna Mediação. Por outro lado, a arbitragem pública visava reduzir o volume de trabalho nos tribunais, sendo utilizada nos estágios preliminares do processo de alguns tipos de ações legais. Nesse caso, o árbitro era designado pelo magistrado e tinha como principal atribuição emitir um julgamento, correspondendo à moderna Arbitragem.

## 2 A mediação como movimento de superação da crise jurisdicional

Se o normativismo puro e simples, resolve a violência social multiplicando-a, muitas vezes constituindo-se em “braço armado da vingança social”<sup>11</sup>, isso acaba por colocar em evidência a preocupação com a efetividade da justiça, chegando-se ao ponto – mais tardiamente no Brasil – de preocupação com a “administração da justiça”. A sociologia há muito discute o tema, Santos<sup>12</sup>, renomado sociólogo português, por exemplo, constata que a organização da justiça civil e a tramitação processual não podem ser reduzidas tão somente à dimensão técnica e socialmente neutra, como sustentado por muitos processualistas. Aliás, a sistemática processual não é responsável em si pelas ineficiências que afetam a Justiça.

Nesse aspecto, convém recordar a lição de Miguel Teixeira de Sousa no Direito Português:

Um outro mito que importa desfazer é o de que o Código de Processo Civil é responsável pelas ineficiências que afectam a administração da justiça em Portugal. A verdade é outra: essas ineficiências têm muito mais a ver com a organização judiciária, com as fortes assimetrias regionais quanto à litigância, como a forma como se litiga em juízo e com a qualidade e gestão dos recursos humanos do que

<sup>9</sup> ARISTOTELES. *Constituição de Atenas*, IX I. Edição Bilíngüe. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo : UCITEC, 1995, p. 430-452

<sup>10</sup> ARISTOTELES. *A arte da retórica*, I, XIII (1374b). Rio de Janeiro: Ediouro, (s/d), p. 71-79

<sup>11</sup> WARAT, Luis Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 216.

<sup>12</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

com a legislação processual civil. O Código de Processo Civil é sempre aplicado no contexto mais vasto da administração da justiça, pelo que não é possível atribuir-lhe *a priori*, a responsabilidade total pela ineficiência do sistema.<sup>13</sup>

Entendendo que a administração da justiça passa pela análise do fenómeno social, sustenta Santos<sup>14</sup> que “a contribuição da sociologia constitui em investigar sistematicamente e empiricamente os obstáculos ao acesso efectivo à justiça por parte das classes populares com vista a propor as soluções que melhor os pudessem superar.”

Sobre a investigação sociológica da justiça, conclui que se verificam como obstáculos ao acesso efetivo à justiça a questão económica, a questão social e cultural, que acabam por produzir uma dupla ou tripla vitimização das classes mais necessitadas, uma vez que, além do conflito vivenciado, há parcelas mais carentes, que, via de regra, são protagonistas de ações de menor valor e se deparam com o fato dessas demandas serem mais caras, acarretando, portanto, a dupla vitimização, que se tornam tripla se, aliado a esses elementos, ocorrer a lentidão do julgamento dos processos, configurando, então, um custo económico adicional e mais gravoso para os menos favorecidos.

Nesse sentido, Santos<sup>15</sup> considera que:

Estas verificações têm levado a sociologia judiciária a concluir que as reformas do processo, embora importantes para fazer baixar os custos económicos decorrentes da lentidão da justiça, não são de modo nenhum uma panacéia. É preciso tomar em conta e submeter a análise sistemática outros fatores quiçá mais importantes, Por um lado, a organização judiciária e a racionalidade ou irracionalidade dos critérios de distribuição territorial dos magistrados. Por outro, a distribuição dos custos, mas também dos benefícios decorrentes da lentidão da justiça. Neste domínio, e a título de exemplo, é importante investigar em que medida largos estratos da advocacia organizam e rentabilizam a sua actividade com base na demora dos processos e não apesar dela.

Desta forma, apesar de as causas de ineficácia da jurisdição residirem em vários aspectos e setores, a preocupação com administração da justiça “colocou os juizes no centro do campo analítico”,<sup>16</sup> pois cada vez mais são (ou deveriam ser) avaliados seus comportamentos, suas decisões e respectivas motivações destas, o que acaba por refutar a falaciosa neutralidade da função jurisdicional<sup>17</sup>. Deste modo, verifica-se que a chamada crise da jurisdição, esta ligada com a crise do próprio Estado, face às fragilidades demonstradas pelos três poderes (Legislativo; Executivo e Judiciário), que gradativamente vêm perdendo sua soberania e, no campo judiciário demonstrando “sua incapacidade de dar respostas céleres aos litígios atuais”<sup>18</sup>.

Diante deste cenário, fala-se em uma *jurisconstrução*<sup>19</sup>, a qual “pressupõe repensar o modelo de jurisdição pela apropriação de experiências diversas”<sup>20</sup> e, que prima pela busca do diálogo e do consenso, pois no “modelo de jurisdição atual – na maioria das vezes autoritário – tendo o medo como princípio, repele o consenso”<sup>21</sup>.

---

<sup>13</sup> SOUSA, Miguel Teixeira de. *Um novo processo civil português: à la recherche du temps perdu?*. In: Revista de Processo. V. 161. Coord. Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.

<sup>14</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 168.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 169.

<sup>16</sup> *Ibidem*, p. 173.

<sup>17</sup> Santos sustenta que a concepção da administração da justiça como instância política “consistiu em desmentir por completo a idéia convencional da administração da justiça como uma função neutra protagonizada por um juiz apostado apenas em fazer justiça acima e equidistante dos interesses das partes.” *Ibidem*, p. 173.

<sup>18</sup> MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 76.

<sup>19</sup> Termo cunhado originalmente por José Luis Bolzan de Moraes. Nesse sentido consultar MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, parte III, p. 81- 132.

<sup>20</sup> *Ibidem*, p. 65.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 129.

Calmon<sup>22</sup> ressalta a necessidade urgente de uma transformação na resolução dos conflitos, com a criação de um modelo de jurisdição que “represente uma contribuição para o crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos”, o qual transformará o papel do Estado, que passa de um modelo intervencionista para um modelo comprometido com a pacificação social, incentivando e supervisionando o diálogo.

## 2.1 Uma reforma emancipatória na efetivação dos direitos humanos

Já se observa em nosso país a preocupação com uma reformulação da jurisdição, com a qual surge a implantação de um modelo de justiça comunitária, que pressupõe a utilização do instituto da mediação comunitária, aplicado à resolução pacífica dos conflitos, até porque, a constante evolução da sociedade e os novos conflitos que essas mudanças ocasionam, impõem a reestruturação das teorias jurídicas visando implantar instrumentos jurídicos adequados para garantir uma tutela jurisdicional eficiente.

A jurisdição – do latim *jurisdictio*: ditar ou dizer o direito – constitui-se como uma das funções do Estado, também podendo ser entendida, no modelo atual, como sinônimo de prestação jurisdicional, pois se trata de atividade conferida ao Poder judiciário enquanto poder autônomo do Estado, revestindo-se, assim, em um “poder de aplicar o direito conferido aos magistrados”<sup>23</sup>.

Todavia, essa idéia está ligada ao Estado Moderno, uma vez que, na Antiguidade, o direito era concebido como uma vontade divina, revelada pelos sacerdotes, portanto apartado do Estado, que não o produzia, nem o regulava, uma vez que, não criava normas regulamentadoras. A atividade exercida pelos pontífices nesse período é questionada enquanto atividade jurisdicional.

Nesse sentido, refere Silva<sup>24</sup> que “A verdadeira e autêntica jurisdição apenas surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se dos valores estritamente religiosos e passando a exercer um poder mais acentuado de controle social.”

Com o surgimento do Estado Liberal, a jurisdição passou a caracterizar-se pela mera declaração do Direito proposto pelo legislador, na qual era vedado ao juiz interpretar a lei. Na teoria de Montesquieu<sup>25</sup> (que propunha a separação do poder de julgar do Legislativo e Executivo), pretendia-se evitar a arbitrariedade de concentrar em um único indivíduo o poder de legislar e julgar, além de também evitar a opressão caso também se investisse do Poder Executivo.

Tal teoria, no entanto, apesar de evitar a concentração de poderes, restringia o dos juízes, pois estes “não são [...] mais do que a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que desta lei não podem moderar nem a força nem o rigor”<sup>26</sup>.

Dessa forma, a jurisdição limitava-se à mera atividade declaratória, o que acabou por influenciar as concepções futuras acerca do Direito. Nesse sentido, podemos verificar na obra de Chiovenda<sup>27</sup> que a jurisdição consistia na “função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade da lei por meio da substituição [...] já no afirmar a existência da lei, já no torná-la, praticamente, efetiva.”

Assim, a jurisdição era considerada como uma função de soberania do Estado, concomitante com a da legislação, em que se distinguia a função legislativa da judicial da seguinte maneira: à primeira competia ditar as normas reguladoras da sociedade e, à segunda, atuá-las. Neste contexto, “pelos lábios do juiz a vontade concreta da lei se afirma tal e se atua como se isso acontecesse por força sua própria, automaticamente.”<sup>28</sup>

<sup>22</sup> CALMON, Petrônio. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 03.

<sup>23</sup> ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. *Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva*. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994, p. 748.

<sup>24</sup> SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. Vol. 1. 6. ed. São Paulo, 2002, p. 24.

<sup>25</sup> MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.

<sup>26</sup> Op. Cit. p.166-72.

<sup>27</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Processo Civil*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. v. II., p.08.

<sup>28</sup> Op. Cit. p. 17.

Calamandrei,<sup>29</sup> por sua vez, sustentava não ser possível apresentar um único conceito de jurisdição válido para todos os povos e em todos os tempos, em razão da relatividade histórica. Todavia, também concordava ser a jurisdição um braço da legislação, pois considera que:

Na vida do Estado, o momento legislativo ou normativo não pode ser entendido separado do momento jurisdicional: legislação e jurisdição constituem dois aspectos de uma mesma atividade contínua que pode ser denominada, em sentido lato [...] atividade jurídica: primeiro, ditar o direito e depois fazê-lo observar; primeiro, o estabelecimento e depois o cumprimento do direito. A jurisdição aparece, então, como necessária prossecução da legislação, como indispensável complemento prático do sistema da legalidade.

De acordo com Greco Filho,<sup>30</sup> modernamente, a atividade jurisdicional consiste em uma atividade secundária, inerte, que somente atua quando provocada, além de constituir uma atividade que substitui ou restringe a atuação das partes, pois impede que essas exerçam seus direitos pelas próprias mãos.

Para este doutrinador, “a jurisdição atua por meio de um instrumento que é o processo, e aos interessados a ordem jurídica outorga o direito de ação, isto é, o direito de pleitear em juízo, a prevenção ou reparação das violações dos direitos”<sup>31</sup>.

Nosso país adequou-se ao sistema romano-germânico<sup>32</sup>, mas com influência do sistema anglo-saxão<sup>33</sup>, também denominado de jurisdição única, no qual o Poder Judiciário tem poder de examinar inclusive os atos administrativos, quanto a sua legalidade. Além disso, qualquer lesão ou ameaça ao direito, pode ser submetida à apreciação do Poder Judiciário.

Esse Poder Judiciário, elevado à categoria de fundamental importância no cenário nacional, principalmente com a criação do Supremo Tribunal Federal em 1891, com os ideais da proclamação da República ocorrida em 1898<sup>34</sup>, e que atua também na contenção dos demais poderes (executivo e legislativo), para alguns doutrinadores, encontra-se ultrapassado.<sup>35</sup>

Essa visão tradicional, ou seja, a jurisdição elevada à categoria fundamental e improrrogável, como dispõe o art. 5º, inc. XXXVII da CF/88 pressupõe uma atuação com força decisória vinculativa para a solução ou prevenção de controvérsias, considerada uma atividade em que o juiz deve aplicar a lei ao caso concreto.

A partir dessa visão, verifica-se, como salienta Carneiro,<sup>36</sup> que “a jurisdição, monopólio do Poder Judiciário, é exercida por juízes independentes, imparciais e desinteressados”. Dessa forma, a busca da

---

<sup>29</sup> CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, p. 107.

<sup>30</sup> GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

<sup>31</sup> Op. Cit. p. 35.

<sup>32</sup> Entende-se por sistema romano-germânico aquele “do direito legislado, também conhecido como sistema do *civil law*” GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. Vol. I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

<sup>33</sup> Todavia, sem vincular-se unicamente ao precedente como fonte do direito, o que é típico do sistema da *common law*, o qual tem nas decisões judiciais sua fonte primária do ordenamento jurídico. Assim, neste sistema, “a atividade de política judiciária desenvolve-se mais intensamente junto aos juízes e tribunais, especialmente quando devem julgar casos novos, ainda não apreciados e, portanto, sobre os quais não existam precedentes. A atividade jurisdicional é mais política do que técnica”. In: MACHADO, Hugo de Brito. *Uma introdução ao Estudo do Direito*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 50.

<sup>34</sup> TARGA, M. I. C. C. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, p. 47.

<sup>35</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Poder dos Juízes*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.

Ao discorrer sobre o tema, Dallari aduz ser o Judiciário um poder fora do tempo, pois em sua opinião, “os três poderes que compõem o aparato governamental dos Estados contemporâneos, sejam ou não definidos como poderes, estão inadequados para a realidade social e política do nosso tempo. Isso pode ser facilmente explicado pelo fato de que eles foram concebidos no século dezoito, para realidades diferentes, quando, entre outras coisas, imaginava-se o “Estado Mínimo”, pouco solicitado, mesmo porque, só uma pequena parte das populações tinha a garantia de seus direitos e a possibilidade de exigir que eles fossem respeitados. [...] No caso do Brasil, essa inadequação tem ficado cada vez mais evidente, porque a sociedade brasileira vem demonstrando um dinamismo crescente, não acompanhado pela organização política formal e pelos métodos de atuação do setor público”.

<sup>36</sup> CARNEIRO, Athos Gusmão. *Jurisdição e competência*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.9

autonomia da atividade jurisdicional afastou o caráter interventivo da jurisdição, colocando a impessoalidade como fundamental para uma atividade livre de pressões.<sup>37</sup>

Ao afirmar, no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito", o Estado cria uma norma, que pretende garantir aos cidadãos uma prestação jurisdicional efetiva. Verifica-se, desse modo, que, no modelo atual, o Estado assumiu o monopólio da jurisdição, conferindo aos cidadãos o direito de ação.

Nesse modelo, na posição de condutor primeiro do monopólio da jurisdição, encontra-se o juiz como terceiro, que intervém na resolução do litígio, devendo fazê-lo de forma imparcial. Tal imparcialidade verifica-se unicamente com o seu distanciamento do caso concreto, seja em decorrência de algum interesse pessoal, seja para agir de forma isenta, no sentido de não favorecer a qualquer uma das partes envolvidas no litígio<sup>38</sup>.

No Brasil, após a instituição do Estado Democrático de Direito, que acabou por redemocratizar o país, revigorou-se o constitucionalismo e a volta ao Direito<sup>39</sup>. Este reconstitucionalismo advém, [...] de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da Constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional.<sup>40</sup>

Desta forma, constata-se que a jurisdição, hodiernamente, não mais corresponde àquela em voga no final do século XIX, voltada à atuação do juiz no positivismo jurídico e no Estado Liberal. Assim, dá-se ênfase a chamada jurisdição constitucional, que visa fortalecer e efetivar os valores contidos na Constituição Federal. Em que pese o novo cenário, verifica-se uma crise no Poder Judiciário Brasileiro.

Tal crise acaba por incentivar, como afirma Cappelletti<sup>41</sup> a ocorrência de três "ondas renovatórias do processo", entre as quais, destacam-se a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e prevenção de litígios. Esse movimento, mostra sua importância para a efetivação do acesso a justiça, o qual não há como se negar, possui caráter fundamental e representa o mais básico dos direitos humanos, em um sistema jurídico moderno.

## 2.2 Mediação: um pacto pela resolução pacífica dos conflitos

A comunidade internacional, principalmente após a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, discute temas como a igualdade e o processo célere e eficaz. Nesse sentido, convém recordar que aquele diploma explicita em seu artigo 10º que "toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decidirá tanto sobre os seus direitos e obrigações, como sobre as razões que fundamentam qualquer acusação em matéria penal contra ela dirigida."<sup>42</sup>

Essa preocupação internacional foi amplamente recepcionada em nossa Constituição de 1988,<sup>43</sup> representando um desafio aos juristas, que têm o dever de efetivar tais garantias, que encontram-se,

<sup>37</sup> Sobre a imparcialidade e independência, segue mais adiante, reportando-se às lições de Mauro Cappelletti: "Sustenta com razão Mauro Cappelletti que a característica mais nítida do ato jurisdicional é a 'terzietà' do juiz, seu desinteresse pessoal na relação jurídica sobre a qual a sentença irá operar. O juiz é sempre um terceiro no sentido de ser alheio ao litígio, de ser imparcial; e o comando da sentença é um imperativo ao qual as partes ficam sujeitas, é um comando super partes" (Ibid., p.23).

<sup>38</sup> No cenário atual, verifica-se um modelo conflitual de jurisdição, o qual, como refere Moraes é "caracterizado pela oposição de interesses entre as partes, geralmente identificadas com indivíduos isolados, e a atribuição de um ganhador e um perdedor, onde um terceiro, neutro e imparcial, representando o Estado, é chamado para dizer a quem pertence o Direito". MORAIS, J. L. B. Crise (s) da jurisdição e o acesso à justiça: uma questão recorrente. In: LUCAS, D. C.; SPAREMBERG, Raquel (Org.). Conflito, jurisdição e direitos humanos – (dês) apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí: UNIJUÍ, 2008. p. 65.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 01-48.

<sup>40</sup> Idem, p. 47.

<sup>41</sup> Consultar: CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

<sup>42</sup> HAARSCHER, Gui. A Filosofia dos Direitos do Homem. Lisboa: Inst. Piaget, 1993, p. 171.

<sup>43</sup> "Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral [...]"

portanto, vinculadas aos ideais daquela Carta, em especial à pacificação social, o que implica e fomenta a solução pacífica das controvérsias.<sup>44</sup>

Aliás, em uma sociedade multicultural como a brasileira, buscar a solução pacífica dos conflitos concretos, bem como a prevenção da má administração desses conflitos, incentivando a cultura do diálogo e da não-violência, constitui-se premissa necessária para a concretização do Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, o Poder Judiciário Brasileiro está promovendo uma reforma no seu sistema, a qual culminou na criação de uma secretaria própria junto ao Ministério da Justiça<sup>45</sup>, e, implica, entre outras ações, na capacitação jurídica de líderes comunitários, preparando-os como mediadores<sup>46</sup> na solução de conflitos. Para Santos<sup>47</sup>,

A experiência de justiça comunitária no Brasil está relacionada com o impulso dos tribunais de justiça estaduais em capacitar os membros das localidades mais pobres a prestar orientação jurídica e dar solução a problemas que não poderiam ser solucionados devidamente no judiciário ou por não se adequarem às exigências formais/probatórias do juízo ou porque na justiça oficial não obteriam uma pronta resposta.

Tal ação nos remete a levantar a hipótese da criação de uma *jurisdição comunitária* no Brasil, mas afinal, em que se constitui esse paradigma que emerge em nosso país?

O Ministério da Justiça Brasileiro, com a reforma pretendida, está promovendo ações, tais como: prêmio *Innovare*<sup>48</sup>; projeto *pacificar*<sup>49</sup> e o projeto *justiça comunitária*<sup>50</sup>, entre outros, visando o fomento e o incentivo de práticas não-adversariais de resolução de conflitos, destacando-se entre estas, a mediação.

---

<sup>44</sup> Preocupação evidenciada já no preâmbulo da Constituição Brasileira de 1988, que assim dispõe: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e **comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.” (grifamos)

<sup>45</sup> “A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário.”. Maiores detalhes estão disponíveis em:

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>>. Acesso em: 15 maio 2009.

<sup>46</sup> Para Warat: “A mediação seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício como é o de descobrir a verdade, que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo; uma verdade que deve ser descoberta por um juiz que pode chegar a pensar a si mesmo como potestade de um semideus na descoberta de uma verdade que é só imaginária. Um juiz que decide a partir do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura, um lugar de decisão que não leva em conta o fato de que o querer das partes pode ser diferente do querer decidido.” In: WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998, p.11-12.

<sup>47</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 52.

<sup>48</sup> “O Prêmio *Innovare*: o Judiciário do Século XXI foi idealizado com o objetivo de identificar e difundir práticas pioneiras e bem sucedidas de gestão do Poder Judiciário brasileiro que contribuam para a modernização, melhoria da qualidade e da eficiência dos serviços da Justiça.” Disponível em: <<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJA5672F84ITEMIDEAA5F081DD274F6AB9396E051A77721FPTBRIE.htm>> Acesso em 12.09.2009.

<sup>49</sup> “O Projeto *Pacificar* foi pensado a partir da necessidade de difundir práticas de resolução não violenta de conflitos, que objetivem a pacificação social, como alternativa à jurisdicionalização e à postura judicatória, bem como, a partir da necessidade da promoção de uma nova cultura nas Faculdades de Direito, que possa contribuir para uma formação cidadã dos estudantes, orientada pelos Direitos Humanos, uma cultura jurídica comprometida com os desejos da comunidade sob uma perspectiva da emancipação social e distinta da cultura jurídica difundida atualmente que dá pouca ou nenhuma atenção às demandas sociais e coletivas.” Disponível em:

<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMID6E99517B14514451AB562CBFB12F702PTBRIE.htm>> Acesso em 12.09.2009.

<sup>50</sup> “A Secretaria de Reforma do Judiciário (SRJ) definiu como prioridade para a atual gestão o tema “democratização do acesso à Justiça”. Por isso, propôs a transformação da experiência da Justiça Comunitária.” Disponível em: <

A mediação pressupõe a facilitação do diálogo entre partes envolvidas em um conflito, com auxílio da figura do mediador<sup>51</sup> e, que pode ou não estar vinculada ao sistema judicial tradicional, mas, que possibilita a esses partícipes, o melhor entendimento sobre seus direitos, de maneira que possam elaborar e alcançar por si, a resolução de seus próprios conflitos<sup>52</sup>.

Todavia, entendemos que a mediação não pode ser considerada *alternativa ao processo judicial*, até porque, pode ser empregada de forma incidental no próprio processo ou autonomamente a ele, pois consiste “espécie do gênero justiça consensual”<sup>53</sup>, que pressupõe “um modo de construção e de gestão da vida social graças a intermediação de um terceiro neutro, independente, sem outro poder que não a autoridade que lhes reconhecem as partes que a escolheram ou reconheceram livremente. Sua missão fundamental é (re)estabelecer a comunicação.”<sup>54</sup>

A mediação não se apresenta como uma novidade, aliás, há muito é “praticada em todo o mundo na resolução de disputas interpessoais, organizacionais, comerciais, legais, comunitárias, públicas, étnicas e internacionais”<sup>55</sup>, e conhecida na Grécia antiga, Roma, Espanha<sup>56</sup>.

Todavia, para o presente trabalho, destacamos a mediação comunitária, ou seja, a mediação realizada com participação preponderante de membros da própria comunidade, onde as partes conflitantes convivem. Como ressalta Sales<sup>57</sup>,

A mediação comunitária é realizada nos bairros de periferia das cidades metropolitanas com o fim de propiciar o diálogo entre as pessoas que convivem cotidianamente, solucionando conflitos e possibilitando a paz social. Os mediadores comunitários são geralmente moradores da própria comunidade que são capacitados por meio de cursos de mediação de conflitos e trabalham voluntariamente ou não (dependendo da instituição a qual estão vinculados).

Esse modelo conta com diversas experiências de sucesso pelo Brasil, tais como, as casas de mediação comunitária espalhadas pelo Ceará<sup>58</sup> e o projeto de mediação comunitária no bairro da Lomba do Pinheiro em Porto Alegre<sup>59</sup>, entre outros, o que demonstra que do Sul ao Nordeste, o país está se abrindo para uma outra forma de solucionar os conflitos, que não apenas aquela tradicional via processo judicial, expressando um reconhecimento dos próprios cidadãos como atores principais da resolução de seus conflitos.

A mediação comunitária, agora revigorada e amparada pelo Poder Judiciário, já foi detectada pelo sociólogo português Santos na década de 70, em estudo nas favelas do Rio de Janeiro. Sobre essa experiência, o sociólogo ressalta, que “foi possível detectar e analisar a existência no interior destes bairros urbanos de um direito informal não oficial, não profissionalizado, centrado na Associação de

---

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJDA9EC2A8ITEMIDF85A266875414D7D8FBF08649EFC9BA7PTBRIE.htm> > Acesso em 12.09.2009.

<sup>51</sup> O qual, “via de regra, tem um poder de tomada de decisão limitado ou não-oficial; ele não pode unilateralmente mandar ou obrigar as partes a resolverem suas diferenças e impor a decisão”. In: MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 30. Tampouco “é um mero assistente passivo, mas sim, um modelador de idéias, que mostrará o sentido da realidade necessário para atingir acordos convenientes”. In: CALMON, Petrônio. *Fundamentos da mediação e da conciliação*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 121.

<sup>52</sup> Nesse sentido consultar: VEZZULLA, Juan Carlos. *Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos*. Lisboa: Agora Comunicação, 2006, p. 69-70.

<sup>53</sup> Pois comungamos do entendimento de MORAIS e SPENGLER. In: MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 133. Aliás, tais doutrinadores consideram ainda, que a mediação “poderia ser definida como a forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos na qual o instituto de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal”. Ibidem.

<sup>54</sup> MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, 133.

<sup>55</sup> MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 27.

<sup>56</sup> Nesse sentido, consultar: LEITE, Eduardo de Oliveira. *A mediação nos processos de família ou meio de reduzir o litígio em favor do consenso*. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (coord.). *Grandes temas da atualidade: mediação, arbitragem e conciliação*. Vol. 7. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 105-141.

<sup>57</sup> SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: família, escola e comunidade*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, 202.

<sup>58</sup> Maiores detalhes consultar: SALES, op. cit.

<sup>59</sup> A íntegra do projeto pode ser consultada na obra: MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. *Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 253-256.

moradores que funcionava como instância de resolução de litígios entre vizinhos, sobretudo nos domínios da habitação e da propriedade da terra.”<sup>60</sup>

Apesar da importância deste instituto, deve haver o cuidado, especialmente por parte do jurista, a fim de evitar um clima de pan-mediação, uma vez que, não se coaduna com todas as situações conflituosas da sociedade. Nesse sentido, importa destacar como lembra Tartuce<sup>61</sup>, que “estão excluídos do espectro da mediação conflitos relativos a direitos absolutamente indisponíveis, em relação aos quais nem mesmo a lei permite transação”.

Aliás, em obediência a voluntariedade, princípio que deve ser respeitado na mediação, “por certo que serão inúmeras as situações em que a instauração de processo será o único caminho para a solução de controvérsias”<sup>62</sup>, todavia, as experiências existentes, demonstram o quão salutar se mostra esse instituto que está sendo recepcionado e incentivado pelos órgãos judiciários do país, com a implantação, como ocorre na Escola Superior da Magistratura da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS), de um núcleo de Estudos em Mediação.

## Considerações finais

O presente estudo buscou estimular a reflexão e incitar o debate acerca da transformação evidenciada na jurisdição brasileira, voltando os olhos a um novo paradigma emergente, a jurisdição voltada à mediação. Nesse contexto, procuramos identificar a crise da prestação jurisdicional e a necessidade de se pensar em uma construção de um modelo de jurisdição voltado à cidadania e a efetivação dos Direitos Humanos.

O pensamento jurídico pós Constituição de 1988, deve estar voltado à concretização dos direitos humanos e, para tanto, urge a humanização do Direito e da Justiça, com distanciamento de uma concepção normativista dos métodos de resolução de conflitos, em especial no que tange a conflitos envolvendo relações continuadas (família, vizinhança).

Identificamos as reformas nesse sentido, inseridas nos últimos anos no Brasil pelo Ministério da Justiça, que acabou por criar uma Secretaria da Reforma do Judiciário, que tem como uma de suas ações basilares a capacitação de agentes comunitários para meios de resolução pacífica de conflitos. Entre esses, incentiva-se a mediação, até porque, para que esta possa completar toda sua função social é fundamental que as autoridades públicas participem efetivamente da sua construção e implementação. Apresenta-se urgente no sistema judiciário do país, uma revolução democrática da justiça, para fazer atender as expectativas dos cidadãos e, que possa contribuir para a construção de uma cultura jurídica que leve as pessoas a se sentirem mais próximas da justiça.

Se a jurisdição, como nós conhecemos hoje, é um mero momento histórico, devemos desenvolvê-la de modo a outorgar cidadania aos jurisdicionados. Para tanto, devemos estar atentos a mudanças que impliquem na consolidação desta cidadania e efetivação dos direitos humanos, pois, os termos *cidadão* e *Direitos Humanos* tornam-se cada vez mais unívocos.

Desta forma, um olhar para o futuro da cidadania e dos Direitos Humanos passa por um novo horizonte de jurisdição, com a construção de um modelo mais humano e que melhor atenda as necessidades de uma comunidade multicultural como a brasileira e, nesse sentido, o incentivo à mediação como cultura e como prática para sua realização na experiência cotidiana das pessoas, surge como um novo modelo de jurisdição em construção em nosso país, voltado a uma participação cidadã.

Na mediação comunitária encontramos uma participação democrática dos cidadãos, uma vez que neste modelo se estimula sua participação ativa, propiciando a inclusão social através de um efetivo acesso à justiça, além de desenvolver nos jurisdicionados uma cultura de paz, superando o modelo de jurisdição que tem o medo como princípio e repele o consenso. Desta forma, a mediação, principalmente aquela voltada à comunidade, pressupõe a humanização das relações sociais e uma jurisdição com essa preocupação, voltada à construção de um novo paradigma de justiça.

---

<sup>60</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 175.

<sup>61</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. São Paulo: Método, 2008, 264-265.

<sup>62</sup> BALERA, V. M. R. P. *Proposta de mediação e Ministério Público*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). *Mediação e Gerenciamento do Processo*. São Paulo: Atlas, 2007, p. 43-48.

Para uma reforma jurisdicional vinculada a efetivação de direitos fundamentais, com conseqüente concretização dos direitos humanos – os quais foram reconhecidos nas últimas décadas, mas ainda apresentam um déficit de concretização - faz-se necessário um olhar voltado ao outro. A preocupação com a outridade<sup>63</sup> introduz um novo conceito de justiça, o qual pressupõe a busca por uma micro-justiça do cotidiano e respeita as possibilidades reais e cotidianas de uma vida digna.

Um modelo de jurisdição, voltado para a prevenção e correta administração de conflitos habituais, tem por escopo o incentivo ao diálogo e promoção da não-violência, características essas, próprias da medição – eis que surge uma justiça cidadã e, portanto, mais humanizada.

## Referências

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva**. 6. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1994.

ARAÚJO, Emanuel. **Escrito para a eternidade: a literatura no Egito faraônico**. Brasília/São Paulo: UnB; Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2000.

ARISTÓTELES. **Constituição de Atenas**, IX I. Edição Bilingüe. Trad. Francisco Murari Pires. São Paulo : UCITEC, 1995, p. 430-452

\_\_\_\_\_, **A arte da retórica**, I, XIII (1374b). Rio de Janeiro: Ediouro, (s/d), p. 71-79

BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 01-48.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

CALAMANDREI, Piero. **Direito Processual Civil**. Tradução de Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual**. Vol. II. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O Poder dos Juízes**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

\_\_\_\_\_. "Preâmbulos das Constituições do Brasil". *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, vol. 96, p. 242-69, jan.dez., 2001.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Vol. I. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 26.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. I. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (coords.). **Mediação e Gerenciamento do Processo**. São Paulo: Atlas, 2007.

HAARSCHER, Gui. **A Filosofia dos Direitos do Homem**. Lisboa: Inst. Piaget, 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Coimbra: Armênio Armado, 1984.

\_\_\_\_\_. **Teoria geral das normas**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **O que é Justiça?** São Paulo: Martins Fontes, 1997.

<sup>63</sup> "A outridade define a natureza da relação ética que une cada homem com seu semelhante." Warat, Luis Alberto. Surfando na pororoca: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 140.

- MACHADO, Hugo de Brito. **Uma introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Dialética, 2000.
- MALINOWSKI, Bronislaw. **Crimen y costumbre em la sociedad salvaje**. Barcelona: Ariel, 1978.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Apresenta informações sobre a reforma do judiciário. Disponível em:  
<<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ123F2D72ITEMID6DD8023789EE4DE69B639AEAAE6ABC03PTBRIE.htm>> Acesso em 12.09.2009.
- MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Jean Melville. São Paulo: Martin Claret, 2004.
- MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 27.
- MORAIS, J. L. B.; SPENGLER, F. M. **Mediação e Arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: família, escola e comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 12 ed. São Paulo: Cortez, 2008.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Curso de processo civil: processo de conhecimento**. Vol. 1. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. **Um novo processo civil português: à la recherche Du temps perdu?**. In: Revista de Processo . V. 161. Coord. Teresa Arruda Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 218.
- TARGA, M. I. C. C. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.
- TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.
- TEUBNER, Gunther. **O direito como sistema autopoiético**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, família, escola e lei: a mediação de conflitos**. Lisboa: Agora Comunicação, 2006.
- WARAT, Luis Alberto (Org.). **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.