

**III JORNADA INTERAMERICANA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I  
SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE  
BRASILEIRA DE PESQUISA EM  
DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

**ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE  
DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO  
NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA  
EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

## COMISSÃO CIENTÍFICA

Profa. Dra. Ana Cândida da Cunha Ferraz (UNIFIEO)  
Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon (UNOESC)  
Prof. Dr. Cesar Landa (PUC, Lima – Peru)  
Prof. Dr. Cezar Bueno de Lima (PPGDH/PUCPR)  
Prof. Dr. Eduardo Biacchi Gomes (UNIBRASIL)  
Profa. Dra. Elda Coelho de Azevedo Bussinger (FDV)  
Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu (Unifor)  
Prof. Dr. Gonzalo Aguillar (Universidade de Talca - Chile)  
Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet (PUCRS)  
Prof. Dr. Luis Henrique Braga Madalena (ABDCONST)  
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva (UFS)  
Profa. Dra. Margareth Anne Leister (UNIFIEO)  
Profa. Dra. Mônia Clarissa Hennig Leal (UNISC)  
Prof. Dr. Narciso Leandro Xavier Baez (UNOESC)  
Prof. Dr. Pedro Paulino Grandez Castro (PUC, Lima – Peru)  
Prof. Dr. Rubens Beçak (USP-Ribeirão Preto-SP)  
Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira (PUCSP)

## UNIVERSIDADES E INSTITUIÇÕES PARTICIPANTES

ABDCONST | Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, PR  
CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - Brasil  
FDV | Faculdade de Direito de Vitória, ES, Brasil  
IDP | Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, Brasil  
PUCP | Universidade Católica do Perú, Lima, Perú  
PUCPR | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, PR, Brasil  
PUCRS | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, RS, Brasil  
RBPFD | Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais  
Rede Interamericana de Pesquisa em Direitos Fundamentais  
UEXTERNADO | Universidad Externado, Colômbia  
UFMS | Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil  
UFMT | Universidade Federal do Mato Grosso, Cuiabá, MT, Brasil  
UFS | Universidade Federal de Sergipe, Aracaju, SE, Brasil  
UNIBRASIL-PR | Centro Universitário Autônomo do Brasil, Curitiba, PR, Brasil  
UNIFIEO | Centro Universitário FIEO – São Paulo, SP, Brasil  
UNIFOR | Universidade de Fortaleza, Fortaleza, CE, Brasil  
UNISC | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, RS, Brasil  
UNINOVE | Universidade Nove de Julho, SP, Brasil  
UNOESC | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, SC, Brasil  
UPF | Universidade de Passo Fundo, RS, Brasil  
USP | Universidade de São Paulo - Ribeirão Preto, SP, Brasil  
UTALCA | Universidade de Talca, Chile

---

A532

Anais III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais;

Coordenadores: Carlos Luiz Strapazzon, Lucas Gonçalves da Silva, Vladimir Oliveira da Silveira – São Paulo: RBPFD, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-384-9

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

11. Direito – Estudo e ensino (Graduação e Pós-graduação) – Brasil – Congressos internacionais. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. 4. Jurisdição constitucional. 5. Direitos Civis. 6. Direitos políticos. 7. Direitos sociais. 8. Direitos econômicos. 9. Direitos culturais. I. III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Seminário Nacional da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais (1:2016 : São Paulo, SP).

CDU: 34



Rede Brasileira de Pesquisa  
em Direitos Fundamentais

# **III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

## **ANAIS III JORNADA INTERAMERICANA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E I SEMINÁRIO NACIONAL DA REDE BRASILEIRA DE PESQUISA EM DIREITOS FUNDAMENTAIS | RBPDF**

---

### **Apresentação**

#### APRESENTAÇÃO

Os Anais da III Jornada Interamericana de Direitos Fundamentais e I Jornada Brasileira do Seminário da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais, realizado entre os dias 26 a 28 de outubro do ano de 2016, na cidade de São Paulo, contou com a apresentação de artigos científicos nos Grupos de Trabalho Temáticos que analisaram os mais relevantes temas correlatos e conexos aos direitos fundamentais.

Os trabalhos foram avaliados pela Comissão Científica do Seminário, mediante o processo da dupla avaliação cega por pares, de forma a atender aos critérios Qualis Eventos da CAPES. Na presente publicação, foram selecionados os resumos dos trabalhos apresentados e que foram criteriosamente selecionados.

Conforme pode ser verificado, os resultados disponibilizados na publicação resultam de temas mais importantes da a Rede Brasileira da Pesquisa em Direitos Fundamentais e da Rede Latino Americana de Pesquisa em Direitos Fundamentais. Naturalmente, como se trata da primeira publicação, existe uma tendência de que as pesquisas venham a se consolidar e que para o próximo Seminário, os resultados possam trazer elementos mais concretos de análise, inclusive em relação ao aumento do fator de impacto dos trabalhos.

Vale destacar que os temas ligados aos direitos fundamentais, direitos sociais, acesso à justiça, tanto no plano interno como internacional, cada vez estão mais presentes em nossa sociedade, principalmente quando vivemos em tempos de reduções e de limitações dos direitos sociais e fundamentais.

Naturalmente debater os temas mais importantes que estão na pauta nacional e mundial são de extrema relevância para que possamos buscar dialogar, cada vez mais, com os meios acadêmicos e produtivo, englobando a própria sociedade civil.

Portanto, os resultados aqui publicados, demonstram parte das pesquisas realizadas dentro da Rede Brasileira de Pesquisa em Direitos Fundamentais e que pretende-se consolidar, cada vez mais, como um espaço de referência e de debate sobre os mais importantes temas que ocupam as agendas nacional e internacional.

São Paulo, 15 de novembro de 2016.

Prof. Dr. Carlos Luiz Strapazzon

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva

Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira

**O EMPODERAMENTO DAS PARTES NA MEDIAÇÃO DE CONFLITOS E O EFETIVO ACESSO À JUSTIÇA: REFLEXOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NO NOVO CPC**

**THE EMPOWERMENT OF THE PARTIES IN THE MEDIATION OF CONFLICTS AND THE EFFECTIVE ACCESS TO JUSTICE: THE REFLEXES OF CONTEMPORARY CONSTITUTIONALISM IN THE NEW CPC**

**Carla Maria Franco Lameira Vitale <sup>1</sup>**

**Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva <sup>2</sup>**

**Resumo**

A mediação consagra-se como método adequado de resolução de conflitos, que privilegia a participação das partes na construção da solução. É sob este enfoque que se pretende evidenciar a importância das técnicas de mediação, aptas a empoderar os envolvidos para o alcance do efetivo acesso à justiça. Para tanto, analisar-se-á os reflexos do constitucionalismo contemporâneo no contexto em que a mediação foi inserida no ordenamento jurídico e seus impactos nas relações sociais. Propõe-se reflexão quanto à legitimidade do consenso e em que circunstâncias o efetivo acesso à justiça será alcançado, de maneira a promover maior eficácia social aos direitos fundamentais.

**Palavras-chave:** Mediação, Empoderamento, Acesso à justiça, Constitucionalismo, Direitos fundamentais

**Abstract/Resumen/Résumé**

The mediation is consecrated as an appropriate method of conflict resolution, which favoring the participation of the parties in the construction of the solution. In this perspective that aims to show the importance of mediation techniques to empower the involved to achieve effective access to justice. It will be analyse the reflexes of contemporary constitutionalism in the context which mediation was inserted in the legal order and its impacts on social relations. It is proposed a reflection of consensus legitimation and in what circumstances the effective access to justice can be achieved to provide greater social efficacy of fundamental rights.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Mediation, Empowerment, Access to justice, Constitutionalism, Fundamental rights

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito-UFS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal-FASE. Graduada em Direito-UNIT. Mediadora e Conciliadora do TJSE. Gestora de Divisão Operacional do Nupemec/TJSE. Instrutora em mediação-CNJ.

<sup>2</sup> Professora(UFS).Doutora em Direito do Trabalho(USP).Mestre em Direito do Trabalho,especialista em Direito do Trabalho e Processual Civil(PUC/SP).Pós-doutoranda em Direito(UFBA e Università degli studi di Chieti).Vice-Presidente "Asociación Iberoamericana de Derecho de Trabajo"

## INTRODUÇÃO

A mediação diferencia-se dos demais métodos autocompositivos de resolução de conflitos por privilegiar a participação dos envolvidos como responsáveis pela melhor solução a ser construída, ensejando maior satisfação das partes e a pacificação social. Dessa forma, busca atender os interesses, necessidades e sentimentos relacionados às partes envolvidas no conflito, e, ainda, restabelecer a comunicação que, muitas vezes, se rompe.

O referido instituto foi recentemente positivado através da Lei n.º 13.140/2015, apesar de já estar sendo difundido como política pública, junto aos Tribunais, por orientação do Conselho Nacional de Justiça, desde a edição da Resolução n.º 125/2010.

Também mereceu destaque na Resolução 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público, na qual há o fomento pela mediação comunitária e escolar; como também na Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, onde a mediação vítima-ofensor ganha relevo pelo seu forte viés restaurativo.

Cumprе salientar a abordagem concebida ao tema no atual Código de Processo Civil, destacando-se como meio mais adequado para resolução de conflitos, em situações onde há vínculo anterior e previsão de relacionamento continuado.

Nesse contexto, pretende-se analisar o caminho percorrido pelo direito constitucional, desde o positivismo até o constitucionalismo contemporâneo, a fim de que se possa avaliar em que momento e em quais circunstâncias houve a inserção da mediação no ordenamento jurídico, bem como qual o seu impacto nas relações sociais.

O neoconstitucionalismo promoveu uma alteração quanto à atuação do Poder Judiciário, que não deve ficar adstrito à formalidade legal, mas tornar suas decisões efetivas quanto aos direitos fundamentais. O princípio do acesso à justiça, previsto no art.5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, tem sua interpretação reformulada, de maneira a evidenciar os métodos autocompositivos como formas efetivas de alcance do justo.

A Resolução 125/2010 apresenta a mediação de conflitos como política pública a ser estimulada pelos Tribunais brasileiros, em consonância com o que preconiza a nova hermenêutica constitucional quanto aos critérios de justiça, que devem ser observados pelo judiciário, em detrimento da cultura litigante que ainda prevalece.

Por esse instrumento, estimulou-se a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, bem como Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução

de Conflitos nos Tribunais brasileiros, a fim de fomentar a conciliação e, sobretudo, a mediação como método adequado para resolver demandas. A força normativa da Constituição e o movimento neoconstitucional, contribuem para que a matéria seja tratada como norma fundamental pelo novo Código de Processo Civil

Urge investigar se esse momento representa um avanço, por oficializar os procedimentos e, assim, estimular a confiança e aceitação da sociedade ou se constitui um meio de deslegitimação democrática, por não assegurar a igualdade plena entre as partes no judiciário.

Necessário se faz evidenciar o papel do mediador, que deverá ser devidamente capacitado e possuir habilidades cognitivas e técnicas, como agente garantidor do equilíbrio de poder entre os envolvidos, de maneira a proporcionar o empoderamento igualitário das partes e, dessa forma, garantir o efetivo acesso à justiça.

Para o desenvolvimento desta pesquisa, utilizar-se-á o método teórico-bibliográfico, através da análise de livros, artigos, revistas científicas, dissertações, entre outros, em meio impresso ou digital, a fim de demonstrar que a mediação bem conduzida, através de suas técnicas autocompostivas, é o método de resolução de conflitos que promove o empoderamento dos envolvidos e os torna aptos a buscarem a melhor solução para o conflito, alcançando o efetivo acesso à justiça.

## **1 O Empoderamento dos indivíduos na Mediação de Conflitos como instrumento de efetivação do Acesso à Justiça**

É importante atentar que a mediação de conflitos fez parte de várias culturas ao redor do mundo, especialmente nas comunidades religiosas, onde os líderes atuavam como mediadores e resolviam os conflitos civis e religiosos da época. (MOORE, 1998).

Pela definição trazida por Tartuce (2016, p.176):

Mediação consiste no meio consensual de abordagem de controvérsias em que um terceiro imparcial atua para facilitar a comunicação entre os envolvidos e propiciar que eles possam, a partir da percepção ampliada dos meandros da situação controvertida, protagonizar saídas produtivas para os impasses que os envolvem.

Bacellar (2012, p.108) ressalta que a mediação prima pela solução pacífica das controvérsias entre pessoas e, sobretudo, pelo fortalecimento das relações e laços de confiança

que as vinculam. Salienta também que são os próprios envolvidos no conflito que constroem as soluções, com o objetivo de superá-lo de forma construtiva, o que se apresenta como muito mais satisfatório e duradouro para todos.

Convém salientar, com Deutsch (2004, p.41), que nos conflitos construtivos ocorre o fortalecimento da relação social outrora existente antes da demanda; enquanto que nos destrutivos rompe-se ou é enfraquecida essa mesma relação.

O psicanalista e mediador Vezulla (2006, p.69-70) conceitua a mediação como um procedimento privado e voluntário, que tem como objetivo o estabelecimento de uma comunicação cooperativa e respeitosa entre os envolvidos, de maneira a trabalhar aspectos voltados à compreensão do relacionamento, além das suas necessidades e motivações para o alcance de uma solução satisfatória para todos.

No mesmo sentido Warat (2001, p.9), salienta que a mediação tem como escopo intervir basicamente no aspecto emocional, a fim de transformar a relação conflituosa em algo saudável, a partir da compreensão do conflito em sua amplitude. Para tanto, deve-se compreender os desejos e interesses das partes, para que seja possível perceber o conflito como algo positivo e estimular o aumento de cooperação entre as partes.

Com base nesses ensinamentos, pode-se afirmar que a mediação trabalha o conflito num contexto mais amplo, com foco na lide sociológica e a partir de uma visão positiva do conflito. Daí a necessidade do facilitador possuir habilidade necessária para que, através da aplicação de técnicas específicas, possa provocar a mudança de comportamento nas partes, que passarão a não se enxergarem como oponentes, mas como peças fundamentais para a construção de uma solução que promova benefícios mútuos, numa visão prospectiva de realidade. E o empoderamento consiste nessa consciência de comportamento e poder de decisão.

Dessa forma entende Azevedo (2013, p.171), quando esclarece a importância do mediador, como terceiro imparcial e neutro ao conflito, responsável por estimular os participantes a adquirirem autonomia e consciência de sua capacidade de resolver suas demandas pessoais. Afirma, ainda, que o conceito de empoderamento, vincula-se à percepção da parte de que é capaz de administrar seus conflitos, após ter sido estimulada a dialogar de forma produtiva, através de técnicas utilizadas pelo facilitador.

Na mesma linha de entendimento, Luciana Aboim Silva (2013, p.166) chama atenção para o fato de que o mediador deve ter habilidade para identificar os interesses reais trazidos



ao conflito pelos envolvidos e criar "condições para promoção do diálogo entre as partes, o restabelecimento da comunicação e a transformação do conflito", o que requer o conhecimento de técnicas específicas.

Tartuce (2013, p.55) também reconhece a técnica como primordial para o êxito da mediação, que tem como finalidade o restabelecimento da comunicação, a prevenção de conflitos e a promoção da pacificação social.

De acordo com o Manual de Mediação Judicial, organizado por Azevedo (2013, p. 195), técnicas de mediação "são ferramentas que, se bem utilizadas, podem alterar o curso da mediação e a percepção de satisfação do jurisdicionado quanto ao serviço autocompositivo prestado". Enumera como técnicas para facilitar a comunicação entre os envolvidos em um conflito: a recontextualização (ou paráfrase); audição de propostas implícitas; afago ou reforço positivo; silêncio; sessões privadas ou individuais; inversão de papéis; geração de opções ou perguntas orientadas a geração de opções; normalização; organização de questões e interesses; enfoque prospectivo; teste de realidade; validação de sentimentos.

Tartuce (2016, p. 241) ressalta que um dos mais importantes predicados da mediação é a flexibilidade. O mediador deve desenvolver a sensibilidade de atuar de forma diversificada entre as possíveis técnicas a serem utilizadas, para a realização de uma mediação proveitosa.

Afinal, como conclui Luciana Aboim Silva (2013, p.169): "infere-se que o sucesso da mediação requer o preparo de um terceiro facilitador, que empregará as técnicas de mediação, tendo em vista uma atuação voltada para a promoção do diálogo, restabelecimento da comunicação e o consenso efetivo nas relações de disputa."

Como se vê, a habilidade de atuação do mediador é fundamental para promover a segurança e confiança nas partes, necessárias ao procedimento. Para tanto, deve ser devidamente capacitado e, além de conhecer as técnicas, saber o momento mais oportuno para sua aplicação, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Assim, cabe relacionar o empoderamento proporcionado às partes, pela mediação de conflitos e o efetivo acesso à justiça.

## **2 Do Positivismo ao Neoconstitucionalismo: o Acesso à Justiça como promoção de maior eficácia social aos Direitos Fundamentais**

Na acepção desenvolvida por Barroso (2015, p. 2-3), o novo direito constitucional ou neoconstitucionalismo foi um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional. Ao analisar as causas e efeitos dessas transformações, traça o caminho percorrido pelo direito constitucional em três marcos fundamentais: o histórico, o filosófico e o teórico.

Seu marco histórico no Brasil ocorreu através da Constituição de 1988, que protagonizou o processo de redemocratização do país e a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX. Como marco filosófico evidenciou-se o pós positivismo, com foco na centralidade dos direitos fundamentais e na reaproximação entre Direito e ética. O plano teórico foi marcado pelo reconhecimento da força normativa da Constituição, expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. (BARROSO, p.5-6).

A Constituição de 1988 rompe com o paradigma das constituições anteriores, que eram tidas como documentos políticos e passa a ter sua força normativa reconhecida. A partir de então, o neoconstitucionalismo traz reflexões acerca do direito, sobretudo no que concerne a sua função social e sua interpretação. A chamada nova hermenêutica constitucional traz à tona a relação entre valores, princípios e regras, com ênfase nos direitos fundamentais e no princípio maior da dignidade humana.

Esse conjunto de transformações resultou num processo extenso e profundo de constitucionalização do direito, que nas palavras de Barroso (2015, p. 16), significa:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares.

Dessa forma, todo o ordenamento jurídico passa a ser interpretado e validado de acordo com os preceitos constitucionais vigentes, sobretudo os relacionados aos direitos fundamentais, com base na normatividade dos princípios e nos valores deles decorrentes.

Em consonância com o objeto do presente estudo, convém analisar o princípio do acesso à justiça, constante no art.5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, a partir de uma visão neoconstitucionalista, a fim de extrair valores sociais pluralistas que devem ser levados em consideração pelo Judiciário no tocante às demandas sociais.

Trata-se de um princípio processual constitucional que dispõe que "[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". O referido princípio, inicialmente, representou o acesso ao Estado, que se deu de maneira formal e com efetividade questionável.

É como Mancuso expõe (2015, p. 488): "Durante largo tempo difundiram-se na experiência brasileira as percepções de que a jurisdição é um apanágio e um monopólio do Estado."

A nova hermenêutica constitucional prioriza os direitos fundamentais, sob a égide do princípio da dignidade humana e os valores um processo justo; e é seguindo essa trilha que o tema do acesso à justiça passa a ser interpretado.

Em uma novel direção, Mauro Cappelletti e Garth Bryant (1988, p.6) lecionam sobre o acesso à justiça:

Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira “onda” desse movimento novo — foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas da proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro — e mais recente — é o que nos propomos a chamar simplesmente “enfoque de acesso a justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles, representando, dessa forma, uma tentativa de atacar as barreiras ao acesso de modo mais articulado e compreensivo.

Os referidos autores trabalharam as três ondas de acesso à justiça. A primeira, teve como foco a assistência jurídica e efetivou-se, a partir das publicações da Lei 1060/51, da Constituição Federal de 1988 e com a implantação da Defensora Pública, de maneira a permitir o acesso dos que não possuíam condições financeiras para custear suas demandas judiciais. (MANCUSO, 2015, p.153).

A segunda, direcionou-se ao estímulo às ações coletivas e defesa dos direitos difusos em juízo, o que se consolidou com as publicações da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor. (MANCUSO, 2015, p.153 e 154).

A terceira e última onda de acesso à justiça surgiu com as formas adequadas de

resolução de conflitos, com ênfase na conciliação e mediação, já que o modelo do estado protetor já não mais atendia aos anseios da sociedade de uma justiça efetiva. (MANCUSO, 2015, p.154).

Essa visão do direito fundamental ao acesso à justiça adveio com a valorização do princípio da dignidade da pessoa humana. A justa solução deveria emergir dos próprios envolvidos no conflito, com base nos seus interesses e necessidades.

Bacellar (2012, p.55) defende o "acesso à ordem jurídica justa", o que, no contexto do Estado, seria a ideia de acesso à justiça, numa perspectiva de direito do cidadão à resolução adequada dos conflitos.

Sarlet (2012, p.101) enfatiza que dentro do conteúdo da dignidade humana está a garantia de uma identidade pessoal dos indivíduos, bem como o direito de autodeterminação sobre os assuntos que dizem respeito a sua esfera particular.

É justamente nessa direção o que Cappelletti e Garth (1988, p.3) entendem quando afirmam que "O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o 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".

Impende, portanto, enaltecer o método autocompositivo de mediação de conflitos, que, ao primar pela autonomia das partes na solução de seus conflitos, objetiva o empoderamento necessário para promover a satisfação dos indivíduos, possibilitando a efetivação do direito ao acesso à Justiça, que não se confunde com acesso ao Judiciário, e dos demais direitos fundamentais imbricados no conflito.

Azevedo (2013, p.8) afirma que "inicialmente o movimento de acesso à Justiça buscava endereçar conflitos que ficavam sem solução em razão da falta de instrumentos processuais efetivos ou custos elevados (...). Acrescenta, contudo, que a administração da justiça voltou-se a melhor resolver as demandas, sem ficar adstrita a "fórmulas exclusivamente positivas" e, principalmente, valendo-se de métodos interdisciplinares, com vistas a atender, além dos juridicamente tutelados, aqueles que podiam contribuir para a pacificação social.

Era preciso haver preocupação com a lide sociológica, não apenas com a lide processual, que se resume ao que está adstrito à petição inicial e à contestação, mas com os verdadeiros interesses que motivaram o conflito, na maioria das vezes não identificados pelo modelo tradicional de justiça.

Nesse contexto, é editada a Resolução 125/2010, pelo Conselho Nacional de Justiça, com o intuito de orientar e organizar de maneira uniforme nos tribunais brasileiros esse novo paradigma de acesso à justiça. Assim Azevedo (2013, p.9) explica que:

Com a Resolução n.º 125/2010, começa a se criar a necessidade de tribunais e magistrados abordarem questões como solucionadores de problemas ou como efetivo pacificadores - a pergunta a ser feita deixou de ser "como devo sentenciar em tempo hábil" e passou a ser "como devo abordar esse questão para que os interesses que estão sendo pleiteados sejam realizados de modo mais eficiente e no menor prazo". Assim, as perspectivas metodológicas da administração da Justiça refletem uma crescente tendência de se observar o operador do Direito como um pacificador(...).

É com base nessa nova hermenêutica que o princípio do acesso à justiça deve passar a ser recepcionado pelos operadores do direito, a partir de uma visão neoconstitucionalista, onde o Poder Judiciário possa contribuir para dar efetividade ao sistema.

### **3 O Princípio de Promoção pelo Estado da Solução Consensual dos Conflitos e a Mediação no novo CPC: Análise da Legitimidade do Consenso**

De acordo com os ensinamentos de Humberto Dalla (2017, p. 149), no Brasil, por volta dos anos 90, houve interesse pela mediação, por influência da legislação argentina, editada em 1995, tendo sido objeto de projetos de lei, tanto na Câmara de Deputados, quanto no Senado Federal. Em 2011 iniciaram-se as primeiras atividades reflexivas sobre o texto do novo CPC e, em janeiro de 2015, foi disponibilizado o texto definitivo.

O método de resolução de conflitos em comento foi recentemente positivado através da Lei n.º 13.140/2015, que ficou conhecida como "Lei de Mediação", na qual constam definições, princípios, requisitos para ser mediador judicial e extrajudicial e procedimentos, o que representa um marco para a consolidação do instituto e reconhecimento de validade.

Antes disso, como já dito, a mediação vinha sendo trabalhada no cenário jurídico brasileiro como política pública, através da edição da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que determinou a criação de Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, para a realização das sessões/audiências de conciliação e mediação, bem como auxílio, orientação e estímulo à autocomposição.

O reconhecimento da força normativa da Constituição, através do movimento denominado de constitucionalismo, fez com que todo o ordenamento jurídico fosse reinterpretado e validado. E como consequência dessa irradiação de valores, para trazer efetividade à atual concepção de acesso à justiça, o novo Código de Processo Civil, em vigor desde março de 2016, traz como título do Capítulo I, Livro I: "Das Normas Fundamentais do Processo Civil".

Impende salientar que as formas consensuais de resolução de conflito são tratadas de maneira privilegiada e traz em seu art. 3º, §2º, de forma principiológica que: "o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos" e, no §3º, que: "a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial". (BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, 2016).

Trata-se da consagração de uma nova norma fundamental, que respalda a Resolução 125/2010 do CNJ, que já regulamentava esse ideal, e passa a ser uma meta do Estado, que deverá praticar atos e adotar posturas para promover a possibilidade de resolução dos conflitos de forma consensual e, dessa forma, garantir efetivo acesso à justiça. Como afirmam Jobim e Macedo (2017, p. 98), o artigo 3º do Código de Processo Civil "densifica um pouco mais o atual direito de acesso do art.5º, inciso XXXV, da Constituição Federal".

Todo o Código de Processo Civil é estruturado no sentido de se estimular a aucomposição e, pela primeira vez, temos uma lei que disciplina, com exaustão, a mediação e a conciliação, que se diferenciam basicamente pela amplitude das questões a serem resolvidas. A conciliação é recomendada para situações onde não há vínculo anterior entre as partes, podendo haver uma atuação mais ativa do conciliador; enquanto que a mediação é preferida para casos em que esse vínculo anterior existe e o mediador exercerá sua função de forma a restabelecer a comunicação e estimular soluções construídas pelas partes, que gerem benefícios mútuos, conforme dispõe o art.165 do CPC. (BRASIL, Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, 2016).

Com base nessa diferenciação, constata-se que a mediação, por trabalhar o conflito de maneira mais profunda, é a que mais se aproxima da plena satisfação das partes, por valorizar as necessidades, interesses e sentimentos dos envolvidos, a fim de restabelecer laços eventualmente rompidos, os empoderando em busca do efetivo acesso à justiça das partes.

De forma crítica, Owen Fiss (2007, p.131 apud Jobim, 2016, p.75) pontua que: "Ainda, há que ser recordado que uma das questões negativas que existe em meios que apontam serem ditos como conciliatórios de conflitos é a questão do desequilíbrio de poderes".

Jobim (2016, p.82), inclusive, classifica a mediação e conciliação como métodos heterocompositivos, por entender que a presença de um terceiro alheio aos interesses das partes, com ou sem poder decisional, assim as configura. Cita, como referência, a explicação de Gorczewski (1999, p. 15):

A história nos indica que as primeiras formas assumidas para a resolução de conflitos entre os homens foram produto de suas próprias decisões, ou porque aplicavam a lei dos mais forte, ou porque convencionavam uma forma que evitava aprofundar a crise. Em qualquer caso, partia-se do enfrentamento individual, não existiam terceiros envolvidos e, se, eventualmente, participava um terceiro, na realidade compartilhava o interesse de um outro litigante.

Essa não é a posição que prevalece, já que, para a maioria, o que vai diferenciar a autocomposição da heterocomposição é a titularidade do poder decisório. Ou seja, na conciliação e na mediação, a presença do terceiro imparcial não retira das partes o poder de decidir pelo acordo, já que acobertadas pelo princípio da voluntariedade.

Nessa linha de entedimento estão José de Albuquerque Rosa e Araken de Assis, apud Jobim (2016, p.79 e 80), André Gomma de Azevedo (2013, p.7), Fernanda Tartuce (2016, p.47), Luciana Aboim Silva (2013, p.176), entre outros. A própria Lei de Mediação, em seu art. 1º, traz em seu bojo o seguinte enunciado: "Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública".

Contudo, essa preocupação com eventual desequilíbrio de poder é pertinente e merece ser valorada, na medida em que deve o mediador buscar a todo tempo, de forma imparcial e firme, a promoção da igualdade entre os envolvidos. Para tanto, deve possuir habilidades cognitivas e ser devidamente capacitado para bem aplicar as técnicas/ferramentas de provocação de mudanças nas partes, sob pena de contribuir para eventual desequilíbrio.

Como atestam Cappelletti e Bryant (1988, p.6): "A efetividade perfeita, no contexto de um dado direito substantivo, poderia ser expressa como a completa 'igualdade de armas'".

Ora, sendo a mediação um método em que se valoriza e estimula a participação dos envolvidos, há que se garantir um tratamento igualitário, onde a parte não se sinta intimidada a concluir o acordo por estar no ambiente do judiciário, muito menos desprotegida por ser a

parte hiposuficiente da relação.

Também é nesse sentido a ponderação feita por Tartuce (2016, p.89):

As dificuldades que empecem a prestação jurisdicional podem acabar conduzindo à tendência de celebração de acordos a qualquer custo, mesmo em situações excessivamente gravosas para uma ou ambas as partes. Em tal circunstância, não se estará distribuindo justiça, mas se negando a atribuir a cada um o que é devido por questões pragmáticas, utilitárias e ilegítimas. Ao pautar-se pela diretriz consensual, deve o órgão responsável pela administração do conflito atuar segundo as técnicas previstas para tal mister, com eficiência e respeito em relação à vontade real das partes.

Salienta a mesma autora a importância de se buscar "consensos legítimos" e que se a autocomposição for imposta, corre-se o risco de estar diante de uma "pseudoautocomposição", onde as partes, ao invés de serem estimuladas a compor seus conflitos, são coagidas a tanto. Tal conduta compromete a credibilidade dos meios consensuais e, também, do sistema judiciário. (TARTUCE, 2016, p.89 - 90).

Esse é o principal desafio da mediação de conflitos, promover a construção de um consenso, pelas próprias partes, que seja justo para ambas. Onde houver desequilíbrio de poder, não cabe a atuação do mediador, que deverá encerrar a sua atuação, sob pena de promover a já citada "pseudoautocomposição". Até porque, o objetivo maior da mediação não é o acordo em si, mas o restabelecimento da comunicação e a promoção da pacificação.

Como afirma Tartuce (2016, p. 275), o mediador precisa ter perfil para vencer os obstáculos que decorrem de posições antagônicas. Cabe a ele facilitar a comunicação entre os envolvidos, através de diálogos construtivos, a fim de que os envolvidos protagonizem a condução do resultado de forma cooperativa. Para tanto, evidencia a preocupação com a devida capacitação dos mediadores para o aperfeiçoamento e seriedade da atividade.

A Resolução 125/2010 do CNJ, estabelece os requisitos mínimos necessários para atuação como mediador judicial e deve haver um cuidado muito grande para que todas as exigências sejam observadas, além da aptidão natural. Devem os Tribunais, através de seus órgãos competentes primar pela excelência nesse trabalho a ser desenvolvido no âmbito do judiciário.

Dessa forma, se os mediadores não tiverem acesso à capacitação devida e, conseqüentemente, se o conflito não for trabalhado de forma adequada, não haverá legitimidade no consenso dos envolvidos e não se terá atingido o efetivo acesso à justiça.



## CONCLUSÃO

A mediação destaca-se como método adequado de resolução de conflitos, que evidencia a importância da comunicação para o desenvolvimento de diálogos construtivos e valoriza o papel do mediador como agente capacitado para facilitar o entendimento entre as partes, através de técnicas de mediação, também chamadas de ferramentas para provocar mudanças.

Nesse contexto, o conflito pode ser trabalhado em sua amplitude e ser percebido de forma construtiva, sem a ideia de oposição, inerente aos processos judiciais. Assim, a mediação poderá ser reconhecida como instrumento que mais se aproxima da plena satisfação das partes e alcança a pessoa humana.

O neoconstitucionalismo configura-se um período em que uma nova hermenêutica constitucional se faz presente e suplanta a literalidade dos preceitos legais, de maneira que surgem reflexões acerca da função social do Direito. Nesse toar, o princípio do acesso à justiça passa a não mais significar tão somente o acesso ao Estado, cuja efetividade passa a ser questionada.

Desenvolve-se uma teoria dos direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana torna-se o centro de toda a estrutura principiológica, bem como das regras e valores constitucionais. O princípio do acesso à justiça, por sua vez, em sua atual concepção, prima pelo atendimento de valores sociais e ao acesso à ordem jurídica justa, voltada à satisfação dos envolvidos no conflito.

A força normativa da Constituição se impõe e traz consigo a constitucionalização de todo o direito infraconstitucional. A exemplo do novo Código de Processo Civil, que no Capítulo I, do Livro I, traz como título: "Das Normas Fundamentais do Processo Civil". Entre os princípios enumerados, ganha relevo o "Princípio da Promoção pelo Estado da solução consensual de conflitos."

O presente estudo enfatiza a mediação de conflitos, pela constatação de que, no contexto das relações continuadas, é a que alcança mais efetividade no acesso à justiça, por permitir aos envolvidos a construção da solução que, de maneira isonômica, atende as suas necessidades e interesses.

Evidencia-se a preocupação com a legitimidade do consenso das partes, uma vez que os envolvidos precisam entender o procedimento, bem como todos os termos do que for

acordado, de maneira voluntária, sem qualquer tipo de pressão ou intimidação por estar no ambiente do judiciário. Se assim não for, convalidar-se-á o desequilíbrio de poder e uma "pseudoautocomposição" será imposta, ferindo de maneira abrupta a legitimidade do acordo eventualmente firmado.

Mediar é uma atividade complexa e cuidadosa, que exige do mediador muito mais do que uma capacitação de excelência, o que é necessário, mas, sobretudo, um perfil conciliador, paciência e habilidade para enxergar o conflito em sua amplitude e ser capaz de estimular a sua transformação, através de diálogos construtivos e com consciência de que faz parte desse movimento de um efetivo acesso à justiça.

Espera-se, com esse estudo, provocar a reflexão da sociedade, dos operadores de direito e de todos os envolvidos para o novo tipo de justiça que se impõe, baseada em valores democráticos e fraternos, com vistas a educar a sociedade para a construção de consensos legítimos, na busca da pacificação social.

## REFERÊNCIAS:

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2013.

AZEVEDO, André Gomma de. Novos desafios de acesso à justiça: novas perspectivas decorrentes de novos processos de resolução de disputas. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 3-22.

BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e Arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os Conceitos Fundamentais e a Construção de um Novo Modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 12 Nov. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 125/2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 225/2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 118/2014**. <Disponível em [http://www.cnmp.mp.br/portal\\_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolucao\\_nº\\_118\\_autoco\\_mposicao.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/Normas/Resolucoes/Resolucao_nº_118_autoco_mposicao.pdf)>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

BRASIL. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 18 out. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Tradução e revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

DEUSTCH, Morton. **A Resolução do Conflito. : processos construtivos e destrutivos**. new Haven (CT) Yale University Press, 1977 - traduzido e parcialmente publicado em AZEVEDO, André Gomma de (org.) Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v.3.

JOBIM, Marco Félix. **Teoria, História e Processo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

JOBIM, Marco Félix; MACEDO, Elaine Harzheim. Das normas fundamentais do processo e o novo Código de Processo Civil brasileiro: repetições e inovações. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Morco Félix (orgs.). **Desvendando o novo CPC**. 3 ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.149-167.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à Justiça**. Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2 ed. rev. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MOORE, Cristopher W. **O Processo de Mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**; trad. Magda França Lopes. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1999.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação judicial no novo CPC. In: RIBEIRO, Darci Guimarães; JOBIM, Marco Félix (org). **Desvendando o novo CPC**. 3 ed. amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p.149-167.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. Mediação interdisciplinar de conflitos: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares. In: \_\_\_\_\_ (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Ed. Atlas, 2013. p. 160-180.

TARTUCE, Fernanda. **Técnicas de Mediação**. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). Mediação de Conflitos. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42-57.

\_\_\_\_\_. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 3 ed. rev. e amp. São Paulo: Forense, 2016.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Adolescentes, Família, Escola e Lei**. A Mediação de Conflitos. Lisboa: Comunicação, 2006.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação para uma análise da abordagem dos conflitos à luz dos direitos humanos, o acesso à justiça e o respeito à dignidade humana. In: SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (Org). **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 63-93.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.