

# CONTROLE DE JURIDICIDADE NO ÂMBITO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL E O RESPEITO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PARTES

QUINTELA, Ana Carolina de Oliveira\*

**RESUMO:** O presente estudo se propõe a analisar a mediação inserida no contexto processual como um possível espaço de incidência de juridicidade e como instrumento de efetivação de direitos fundamentais, potencialmente do que diz respeito à autonomia de vontade das partes.

**PALAVRAS-CHAVE:** Mediação. Juridicidade Direitos Fundamentais. Autonomia. Processo Civil.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1. Controle de juridicidade e mediação; 2. A mediação e sua base no direito fundamental à autonomia das partes; Conclusão; Referências Bibliográficas.

## INTRODUÇÃO

As conceituações utilizadas pelo autor Etienne Le Roy servirão como diretriz para o presente trabalho, sendo este estudo impulsionado pela proposta apresentada no texto intitulado “O lugar da juridicidade na mediação”<sup>1</sup>.

Utilizar-se-á como ponto de partida para o aprofundamento do tema uma das três dimensões<sup>2</sup> de juridicidade identificadas por Etienne Le Roy, qual seja: verificar incidência da juridicidade na mediação a partir “**dos objetivos que se fixam nos mediandos**” (grifou-

---

\* Advogada. Mediadora Judicial e Extrajudicial. Supervisora e Instrutora de Conciliação e Mediação Judicial, capacitada pelo NUPEMEC – TJ/RS (em formação). Possui Graduação em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – UCS. Pós-Graduada em Direito de Família Contemporâneo e Mediação, pela Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS. Especializada em Psicologia Forense, pela Sociedade Brasileira de Psicologia Jurídica – SBPJ. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM. Sócia do DIALOG – Centro de meios adequados de solução dos conflitos (<http://centrodialog.wordpress.com>). Integrante do grupo de pesquisa Direitos Fundamentais das Partes no Novo Código de Processo Civil, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, coordenado pelo Professor Luis Alberto Reichelt. E-mail: anacarolquintela@hotmail.com.

<sup>1</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. *In: Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012.

<sup>2</sup> “Proponho procurar a juridicidade em três dimensões complementares de experiência de mediação. Primeiramente, podemos descobri-la nos objetivos que se fixam nos mediandos (mediados, segundo a parte mais ou menos ativa da decisão que eles tomam nas controvérsias) resolvendo problemas (de vida cotidiana, de coabitação, de violências psicológicas, etc.) que numa condenação judiciária não pode satisfazer ou invocar normas (grifo nosso). Por essa razão, é preciso interrogar os hábitos, os modelos de conduta e de comportamentos e confrontar aqueles que são usualmente mobilizados num contexto e os que foram efetivamente utilizados. Do reconhecimento de um erro, de um problema ao qual somente os mediadores/mediados poderão dar uma resposta nasce a possibilidade de um diálogo. Em segundo lugar, a juridicidade na mediação pode ter procedimentos típicos mobilizados para avançar a resolução do problema (grifo nosso). [...] Enfim, a terceira dimensão da juridicidade poderia ser associada aos resultados obtidos, ou seja, mais a uma conciliação/reconciliação que a uma condenação (grifo nosso). A mediação não é um tribunal, então não equivale atribuir a cada um o que ele merece.” *In: LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. p. 317-318.

se) ao se buscar através do diálogo a resolução de questões que não são acolhidas pelo judiciário ou contempladas por uma decisão judicial<sup>3</sup>.

Tendo como fio condutor a abordagem do autor citado, à título comparativo, será desenvolvido o tema a partir de outros autores e da perspectiva do atual cenário brasileiro, no que diz respeito ao Novo Código de Processo Civil, Direitos Fundamentais, mediação e juridicidade.

O presente estudo se justifica pelas alterações legislativas ocorridas recentemente no Brasil<sup>4</sup>. Ao absorver o procedimento mediativo, o Novo Código de Processo Civil projeta a possibilidade de que a mediação seja analisada a partir de um novo paradigma em que, oportunamente, incide a juridicidade.

O Novo Código de Processo Civil inaugura, no Art. 3º, parágrafo 3º, a expressão máxima de recepção dessa nova proposta procedimental, ressignificando o princípio do acesso à justiça, ao expor que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no processo judicial”.

Dada a complexidade dos conflitos que se apresentam, o Direito e a prestação jurisdicional nem sempre são capazes de abranger os interesses dos jurisdicionados. O contexto processual atual é inspirado no “sistema multiportas”<sup>5</sup> e privilegia à autonomia de vontade das partes, que pode ser exercida através de dois momentos em relação ao procedimento mediativo, seja no momento da escolha ou aceitação por esse método de resolução de conflitos, seja através da autodeterminação na construção de um entendimento.

---

<sup>3</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. *In: Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. *In: 317-318*.

<sup>4</sup> O movimento normativo em matéria de métodos consensuais de solução de conflitos ganhou visibilidade em 2010 pela Resolução n. 125/CNJ, que foi absorvida pelo Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) seguido da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015).

<sup>5</sup> “A institucionalização desses instrumentos – ou seja, a inserção desses métodos na administração pública, em especial, no Poder Judiciário – iniciou-se, no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada Multidoor Courthouse (Fórum de Múltiplas Portas). Esta organização judiciária, proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP), compõe-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir uma única “porta” (o processo judicial) que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um sistema amplo com vários tipos distintos de processo que forma um “centro de justiça”, organizado pelo Estado (e apoiado pela iniciativa privada), no qual as partes podem ser direcionadas ao processo mais adequado a cada disputa.”. *In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial*, 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

Apresentar-se-á a mediação<sup>6</sup> como um mecanismo complementar de atuação estatal, em que se verificará a incidência da juridicidade, principalmente em razão da efetividade de direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Para os fins que a pesquisa se propõe metodologicamente, quanto ao objeto, será feita uma análise a partir da pesquisa bibliográfico-documental. Quanto aos objetivos, a pesquisa será exploratória. Em relação à natureza, será qualitativa, através de publicações do tema em livros, revistas, artigos científicos, etc<sup>8</sup>.

## 1. CONTROLE DE JURIDICIDADE E MEDIAÇÃO

Prenholato desenvolve a ideia de controle de juridicidade a partir da compreensão de que seja algo que é formado ou construído com características jurídicas. “É algo que guarda em sua formação o caráter de justiça. A juridicidade compreende, portanto, o direito justo, ou ainda, o direito legítimo”<sup>9</sup>.

Pode-se iniciar a concepção de juridicidade no contexto da mediação a partir da atribuição de axiologia jurídica a fatos que, *a priori*, não seriam possíveis de serem reconhecidos juridicamente. Em outras palavras, é “dizer que a juridicidade pode conferir relevância jurídica à mera existência fática de determinadas situações, algo inimaginável sob o prisma legalista/positivista”<sup>10</sup>.

Ao abordar o controle de juridicidade, Prenholato apresenta que dentro de uma perspectiva constitucional, o controle funciona como um sistema de proteção a própria constituição. “Enquanto a ordem constitucional representa as linhas gerais do Estado, estrutura, órgãos e etc., estabelecem-se também, as diretrizes e limites ao conteúdo da legislação que surge nesse contexto”<sup>11</sup>.

A Constituição Federal representa a base axiológica para se discutir o controle de juridicidade. Para que o sistema que representa o Estado Democrático de Direito funcione

<sup>6</sup> “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.” Art. 1º, parágrafo único, Lei n. 13.140/2015 (Lei da Mediação). In: BRASIL. Lei n. 13.140/2015. *Lei da Mediação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 16 ago. 2016.

<sup>7</sup> Alguns apontamentos importantes sobre a matéria encontram-se In: NETO, Adolfo Braga. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003.

<sup>8</sup> FINCATO, Denise Pires. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

<sup>9</sup> PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. In *REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-125, jul./dez., 2014.

<sup>10</sup> FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. Princípio da juridicidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13405&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9)> Acesso em: 16 ago. 2016..

<sup>11</sup> PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. In *REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-125, jul./dez., 2014.

de forma eficaz e atinja seus resultados, além de uma ordem jurídica instrumentalizada através de normas, é preciso que se reconheça a funcionalidade de mecanismos complementares ao Estado com o fim de efetivar direitos e deveres fundamentais, tendo em vista que “a juridicidade da norma não supõe, necessariamente, que ela seja imposta aos destinatários, nem que venha ou seja levada em transcendência, nem que ela lhe seja estranha a esses destinatários.”<sup>12</sup>.

A crise institucional vivenciada na contemporaneidade nos demonstra o contrário do que propõe o novo paradigma, uma vez que estamos diante de uma excessiva judicialização de conflitos, não possibilitando a construção de uma autonomia e empoderamento social. A etnologia e a antropologia

[...] abundam em exemplos em que o bem social é distribuído da maneira a mais variável possível, ao tempo em que essas distribuições obedecem à ideia de que a cultura em destaque se faça por meio da justiça ou do bem comum.<sup>13</sup>

A estrutura jurisdicional a qual se apresenta o contraponto a respeito da juridicidade se baseia em um modelo que atua a partir da “*oposição de interesses entre indivíduos iguais em direitos,*” para os quais é indispensável que se sobreponha o Estado como ente autônomo e externo, neutro e imparcial, do qual “provenha uma decisão cogente, impositiva, elaborada com base em textos normativos de conhecimento público, previamente elaborados”<sup>14</sup>.

Nessa esteira, José Luis Bolzan de Moraes apresenta uma ideia importante:

Aparecem, assim, os mecanismos consensuais – apesar de suas distinções – como uma *outra justiça*, na qual, ao invés da delegação do poder de resposta, há uma apropriação pelos envolvidos do poder de geri-los, caracterizando-se pela *proximidade, oralidade, ausência\diminuição de custos, rapidez e negociação*, como já dito, onde na discussão do conflito são trazidos à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos na petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo.<sup>15</sup>

Desse modo, as palavras traduzidas de Canaris<sup>16</sup> servem de inspiração para aprofundamento do tema proposto, quais sejam “O papel do sistema no Direito vai, porém, bem mais longe. Enquanto realidade cultural, o Direito deve ser conhecido, para ter aplicação. A aprendizagem dos fenômenos jurídicos torna-se, assim, indispensável.”.

<sup>12</sup> NICOLAU, Gilda. Entre Mediação e Direito: elementos para uma nova *ratio* jurídica. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 325-392, jul./dez., 2012.

<sup>13</sup> NICOLAU, Gilda. Entre Mediação e Direito: elementos para uma nova *ratio* jurídica. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 325-392, jul./dez., 2012.

<sup>14</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003. p. 80.

<sup>15</sup> MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003. p. 81.

<sup>16</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. LXV.

Ter, no Brasil, como ponto de partida da mediação exclusivamente em contexto judicial, restringe a amplitude da análise que o tema merece.<sup>17</sup> A mediação não nasce no Direito e nem se sobrepõe a ele. No entanto, são sistemas distintos que coexistem e podem se comunicar.

Afastamo-nos da ideia de uma ciência como um fim em si mesmo, tanto do sistema jurídico – instrumentalizado pelo processo judicial – quanto da mediação judicial, porém, há que se falar minimamente em independência, principalmente no que toca ao procedimento. A juridicidade pode dar as luzes para ambas engrenagens e enriquecer, fundamentalmente, a prática da mediação.

Quando a jurisdição é acionada existe uma expectativa de alcance de justiça e acesso à ela por trás do efetivo exercício do Direito<sup>18</sup>. Dessa forma, se tem a hipótese em trabalhar de maneira sistemática<sup>19</sup> e interrelacional os aspectos que constituem as relações humanas, bem como dos direitos e deveres fundamentais que podem ser fomentados nesse contexto<sup>20</sup>. A mediação eclode no abismo que é gerado pela expectativa de justiça e aquilo que efetivamente o Estado pode proporcionar.

Há na mediação uma normatividade implícita. Uma vez que esse mecanismo de negociação se insere num contexto em que há um apelo para que a mediação seja normativamente compatível com a ideia dominante de justiça, uma vez que “cada ser humano concebe a justiça segundo seus próprios parâmetros e suas íntimas convicções, por certo carregadas de forte coloração afetiva e grande ressonância emotiva”.<sup>21</sup>

Para falar de juridicidade na mediação, é possível trabalhar na perspectiva conceitual do Direito quanto de Justiça. Em sede de debates sobre direitos fundamentais,

---

<sup>17</sup> Nesse sentido “Inscrita no contexto das estruturas judiciárias, a mediação é, de regra, alvo de uma série de desconfianças: tanto em relação à segurança jurídica que deixaria eventualmente de proporcionar aos jurisdicionados, segundo aqueles que a consideram como a negação de “direitos” e/ou de “procedimentos corretos”; quanto à sua efetividade, conforme a crítica que a julga como um procedimento a mais, e por isso infértil, pois que objetivada como seqüência natural de mecanismos já existentes, tal como a conciliação - um rito de passagem obrigatório antes de um processo *a priori* inevitável” In: NICÁCIO, Camila Silva. *Mediação para a autonomia, alteridades em diálogo*. In: Maria Tereza Fonseca Dias (org.). *Mediação, cidadania e emancipação social*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010. p. 151-168.

<sup>18</sup> Ademais, à título de interpretação do Direito, assinala-se a contribuição assim disposta “o Direito tende a tratar o igual de modo igual e o diferente de modo diferente, de acordo com a medida da diferença. De outro modo, os diversos problemas concretos seriam resolvidos ao acaso, surgindo como expressão do puro arbítrio. Noutros termos: por primitiva que seja a sociedade onde a questão se ponha, só pode falar-se em Direito quando os confrontos de interesses mereçam saídas previsíveis, diferenciadas em função do que se entenda ser relevante”. In: CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012. p. LXIII.

<sup>19</sup> FEITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010. p. 312.

<sup>20</sup> [...]A existência de disponibilidade da oferta de proteção jurisdicional não é vista, contudo, como um fim em si mesmo, mas, antes, é pensada como ferramenta capaz de resolver os impasses existentes na realidade social na qual os indivíduos se inserem. In: REICHELDT, Luís Alberto. Considerações sobre a mediação e conciliação no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 97, p. 123 – 142, jan./fev., 2015.

<sup>21</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 76.

busca-se, portanto, a incidência de tais preceitos como norteados de ambos conceitos e sistemas, para vislumbrar um Estado Democrático de Direito aberto e sistemático.

Thiago Luís Santos Sombra menciona que “com o surgimento de uma nova perspectiva de organização social, o Estado perde o posto de único sujeito passivo subordinado à observância dos direitos fundamentais, visto que os indivíduos, em virtude da complexidade com que as relações sociais se delinham, passam a estar em constante posição de ingerência aos direitos fundamentais de seus pares”<sup>22</sup>.

Eugênio Facchini Neto aponta que na nova concepção de direitos fundamentais, diretamente vinculantes, a Administração deve pautar suas atividades no sentido de não só não “violiar tais direitos, como também de implementá-los praticamente, mediante a adoção de políticas públicas que permitam o efetivo gozo de tais direitos fundamentais por parte dos cidadãos”<sup>23</sup>.

Adota-se alguns parâmetros a partir da construção teórica de Etienne Le Roy, que partem do pressuposto de que “quando a mediação é considerada um objeto jurídico, ela destaca mais a juridicidade do que o direito”<sup>24</sup> em que “deve-se aceitar a ideia de que possa existir um campo próprio, bem ou mal identificado ou grosseiramente delimitado, entre o direito e o social não jurídico, no qual se pratica a mediação”<sup>25</sup>, de acordo com a influência de Jean Carbonnier. Uma vez que “a mediação não precisa do direito para dispor de formas adaptadas para resolução de controvérsias. Ela dispõe de seus próprios suportes”<sup>26</sup>.

Ainda, estando em consonância com o entendimento do autor quando diz que “A mediação não responde a todos os problemas nem a todos os litigantes. Em primeiro lugar, ela responde a um problema de sociabilidade”<sup>27</sup>.

O ambiente propício e o tratamento adequado promovido pelos mediadores, irão preparar terreno fértil para o empoderamento dos envolvidos. As pessoas serão valorizadas e estimuladas a validar os interesses e sentimentos do outro. Desse modo, o empoderamento trata efetivamente da consciência das pessoas em relação às suas capacidades, qualidades e limites, a ponto de ser fundamental para o andamento da mediação e a conquista de um entendimento<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 35.

<sup>23</sup> NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Org.; COUTINHO, Aldacy Rachid; et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 43.

<sup>24</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. p. 290.

<sup>25</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. p. 291.

<sup>26</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. p. 301.

<sup>27</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012. p. 301.

<sup>28</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015. p. 171.

## 2. A MEDIAÇÃO E SUA BASE NO DIREITO FUNDAMENTAL À AUTONOMIA DAS PARTES

A mediação judicial pode ser considerada uma espécie do gênero de métodos autocompositivos de tratamento de conflitos, sendo a autonomia da vontade regra fundamental nesse procedimento. O objetivo exposto no Preâmbulo da Constituição Federal, de que é função do Estado promover a solução pacífica das controvérsias, confere a mediação judicial esse escopo enquanto política pública<sup>29</sup>, ratificado também pelo § 2º, do Art. 3º, do Novo Código de Processo Civil que adotou essa política pública no procedimento processual.

Fernanda Tartuce apresenta a autonomia como um valor essencial na mediação, em que o protagonismo dos indivíduos possibilita que a resposta do conflito seja consensual ao incluir o sujeito como “importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça. Como facilmente se percebe, a autonomia da vontade está ligada à dignidade e à liberdade.”<sup>30</sup>.

A autonomia da vontade está presente nos três textos legais que normatizam a mediação. Na Resolução 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, a autonomia aparece em dois momentos: no Art. 1º, do Anexo III, que contempla o Código de Ética de Conciliadores e mediadores judiciais, como um **princípio fundamental** que rege a atuação de conciliadores e mediadores judiciais, incidindo, portanto, na atuação desse profissional em relação aos mediados sendo dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido “recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo dever de redigir acordo ilegal ou inexecutável” e no Art. 2º, do mesmo Anexo, como uma das regras que regem o procedimento da mediação, considerada uma **norma de conduta** a ser observada pelos mediadores para o bom desenvolvimento da mediação, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, dispondo que a autonomia da vontade consiste no “dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo e de interrompê-lo a qualquer momento”.

No Novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015, a autonomia de vontade é apresentada como um princípio, no Art. 166, quando diz no § 4º que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.”.

---

<sup>29</sup> AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

<sup>30</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 69.

Ainda, na Lei da Mediação, Lei n. 13.140/2015, no Art. 2º, § 2º, a autonomia de vontade também é mencionada como um princípio, deixando o texto mais claro e em consonância com o NCPC, clarificando que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, respeitando, igualmente, o princípio da voluntariedade.

Procedimentalmente, o Novo Código de Processo Civil também inovou. Consoante com as ideias já trazidas pelo presente trabalho, a recepção do procedimento mediativo dentro do processo judicial ratifica a densificação de direitos fundamentais presentes no novo texto legal, preliminarmente apresentado pelas letras do Art. 3º.

O novo procedimento processual também privilegia a autonomia da vontade. A “opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação” agora figura como um requisito da petição inicial, presente no Art. 319, VII, conferindo ao réu fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência, conforme Art. 334, § 5º.

O Novo Código inovou ao tratar o Direito de Família, dispondo de um Capítulo exclusivo para tratar das ações de família. Nessas ações “todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação”, previsto no Art. 694, que em seu parágrafo único possibilita que “a requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar”, enaltecendo a possibilidade das partes buscarem profissionais de sua confiança em âmbito privado. Ressaltando a importância da mediação pré-processual, da audiência antes da apreciação do juízo (conforme procedimento adotado pelo Art. 334) e incidental.

Exclusivamente nas ações que versarem sobre Direito de Família, recai a polêmica obrigatoriedade no comparecimento das partes em audiência de mediação, pois o Art. 695 leciona que “recebida a petição inicial e, se for o caso, tomadas as providências referentes à tutela provisória, o juiz ordenará a citação do réu para comparecer à audiência de mediação e conciliação, observado o disposto no Art. 694”. Imprescindível mencionar que a obrigatoriedade no comparecimento não fere o princípio da autonomia de vontade das partes em permanecerem em mediação.

As palavras de Fernanda Tartuce vão nesse caminho ao dizer que “a obrigatoriedade não se revela consentânea com a autodeterminação de que são titulares as partes”<sup>31</sup>. A mesma autora complementa que:

Há dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: havendo obrigatoriedade, as partes não tem motivação suficiente para chegar a uma solução negociada, sendo a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada; a partir do momento em que há voluntariedade, as partes acham

---

<sup>31</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 294.

a mediação atrativa por poderem controlar o procedimento e assumir a responsabilidade pessoal de resolver seus próprios problemas.<sup>32</sup>

Por isso a importância da compreensão do método consensual para a tomada de decisão quanto ao prosseguimento nesse caminho, sendo assim, a obrigatoriedade vai até o limite apresentado pela voluntariedade quanto à permanência na mediação.

Confere-se legitimidade ao possível resultado da mediação, conforme a previsão do Art. 20, da Lei da Mediação, Lei 13.140/2015, ao tratar que o procedimento de mediação será “encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes”, podendo ser considerada uma resposta jurídica para o controle de juridicidade, que se materializa na previsão parágrafo único normatizando que “o termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial”.

Nota-se que a juridicidade permeia a relação entre o Direito e a mediação em como esse procedimento será absorvido pelo Direito. Para essa preliminar análise, à título comparativo, Le Roy auxilia ao apresentar um quadro comparativo do que ele chama de “sistema ‘francês’ de resolução de conflitos”. Um dos pontos aplicados ao “Modelo ‘francês’ de solução dos conflitos” diz respeito aos “fundamentos da juridicidade” em relação ao “Processo tipo 1/Justiça imposta/ Socialidade”, ao “Processo tipo 2/Justiça negociada/Socialização e “Mediação/Solução aceita/Sociabilidade”, que respectivamente são respondidos por “Lei/Normas Gerais e impessoais”, “Modelos de conduta e comportamento” e “Sistema de disposições duradouras”<sup>33</sup>. Portanto, uma hipótese dedutiva de resposta jurídica da mediação judicial, baseada na juridicidade, poderá ser por meio da perenidade das resoluções obtidas em mediação, coadunando com a proposta apresentada pelo presente artigo, em que vigora a autonomia/autodeterminação das partes.

Complementa-se, ainda, a ideia de incidência da juridicidade em sede de mediação ressaltando os princípios e regras que regem o procedimento, presentes na Resolução 125/2010, do CNJ, ao abordar o “respeito à ordem pública e às leis vigentes”, da “decisão informada” e da “compreensão quanto à conciliação e à mediação”, respectivamente apresentando que há um dever “de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes”, “de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido” bem como “de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam

---

<sup>32</sup> TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 294.

<sup>33</sup> LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012.

perfeitamente suas disposições, que devem ser exequíveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento”.

Na abordagem exercida pela mediação, as partes apropriam-se do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição Estatal tradicional na qual este poder é delegado aos profissionais do direito, com preponderância àqueles investidos das funções jurisdicionais. Desse modo, a criação desse espaço de comunicação irá gerar também um compromisso pedagógico do próprio Estado<sup>34</sup> ao viabilizar o reconhecimento dos direitos e deveres fundamentais pelos usuários.

A autonomia permeia a construção da democratização do acesso à justiça, bem como a efetivação do Estado Democrático de Direito. Afasta-se a ideia do monopólio Estatal para a resolução de conflitos, sem deslegitimar a importância instrumental do processo como mecanismo de pacificação social.<sup>35</sup> O resgate da autonomia dos sujeitos se dá pela viabilização de exercício de direitos e deveres, empoderando o cidadão para a possibilidade de validação do próprio direito e da busca pelo resultado justo da demanda<sup>36</sup>.

É inevitável discutir questões relativas ao acesso à justiça, brevemente abordadas no presente trabalho. Ainda que se tragam questões que decorrem do Poder Judiciário,

---

<sup>34</sup> Afim de enriquecer essa possível análise pedagógica apresenta-se a contribuição dos estudos de Sandra Vial sobre educação “As comunicações educativas podem ser percebidas por intermédio do efeito que nossas ações cotidianamente apresentam. Por exemplo, um juiz, ao dar uma sentença, poderá, por intermédio desta, produzir, entre outros efeitos, também o efeito educativo; da mesma forma um advogado, quando orienta um cliente a respeito do seu processo. Ou seja, produzimos educação dentro e fora da escola. Tradicionalmente, o sistema jurídico não tem uma função educativa, mas os atos de seus operadores e dos incluídos neste sistema podem produzir comunicações educativas que gerarão, por sua vez, efeitos educativos. A comunicação é essencial para a existência e sobrevivência dos sistemas sociais. Tornam-se educativas porque promovem alterações, informam, orientam.” VIAL, Sandra Regina Martini. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 10. ed. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2013. p. 228.

<sup>35</sup> “O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação.” In: WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

<sup>36</sup> NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia, alteridades em diálogo. In: Maria Tereza Fonseca Dias (org.). *Mediação, cidadania e emancipação social*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010. p. 151- 168.

enquanto sistema e estrutura jurisdicional<sup>37</sup>, não se pretende substituir essa atuação do Estado<sup>38</sup>.

A mediação se apresenta como um meio de prática da alteridade<sup>39</sup>, proporcionando maior compreensão do outro no tratamento de conflitos, uma vez que este método tem por premissa a participação ativa dos mediandos, a fim de que se promova o efetivo acesso à justiça, exercício da cidadania, inclusão social, efetivação dos direitos fundamentais, agir comunicativo e a emancipação social como resposta do Direito em proporcionar a justiça.

## CONCLUSÃO

É preciso estabelecer espaços que promovam o legítimo acesso à direitos e exercício da autonomia na resolução dos conflitos, tendo os métodos autocompositivos como complementares ao aparato jurisdicional. A adoção dessas novas medidas não irá retirar o poder jurisdicional do Estado, pelo contrário, a jurisdição passará por uma adequação na atividade e prestação jurisdicional, onde o cidadão poderá ter autonomia ao escolher qual método é mais adequado para a resolução de seu conflito.

A partir dessas premissas será possível verificar o quanto a análise de juridicidade nesse novo paradigma atenderá a necessidade do Estado, enquanto jurisdição, de efetivar direitos fundamentais.

A expectativa, quanto aos resultados esperados na continuidade dessa pesquisa, visa construir criticamente um parâmetro de incidência da juridicidade na mediação e

---

<sup>37</sup> “Para a solução dos conflitos, o Direito propõe tradicionalmente o recurso ao Judiciário estruturando como poder de Estado encarregado de dirimi-los. Para tanto, os sistemas judiciários estatais, no interior do Estado de Direito, são os responsáveis pela pacificação social através da imposição das soluções normativas previamente expostas através de uma estrutura normativa escalonada e hierarquizada, tal como pensada por Kelsen. Ou seja: ao Judiciário cabe, em havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativa, a imposição de uma solução, pois é a ele que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).” In: MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003. p. 80.

<sup>38</sup> “Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.” (grifo nosso). In: BRASIL. Lei n. 13.105/2015. *Código de Processo Civil*. 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: 16 ago. 2016.

<sup>39</sup> Neste momento, adota-se o conceito de alteridade no contexto da mediação a partir das ideias de Luis Alberto Warat. “Falar de alteridade é dizer muito mais coisas que fazer referência a um procedimento cooperativo, solidário, de mútua autocomposição. Estamos falando de uma possibilidade de transformar o conflito e de nos transformarmos no conflito, tudo graças à possibilidade assistida de poder nos olhar a partir do olhar do outro, e colocarmo-nos no lugar do outro para entende-lo a nós mesmos. [...] Enfim, é a alteridade, a outridade como possibilidade de transformação do conflito, produzindo, no mesmo, a diferença com o outro. A outridade afeta os sentimentos, os desejos, o lado inconsciente do conflito [...] Nesse sentido, também se fala em outridade ou alteridade: a revalorização do outro do conflito em detrimento do excessivo privilégio outorgado aos modos de dizer do direito, o litígio.” In: WARAT. Luis Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZAROBBA, Orides et al (Coord.) *Surfando na pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol. 3, 2004. p. 62.

como o Direito pode acolher esse sistema em consonância com os objetivos traçados pelo Novo Código de Processo Civil, no que diz respeito à eficácia de direitos fundamentais. Ademais, identificar os impactos da institucionalização da mediação e viabilizar a mediação a partir de semânticas institucionais sem que se perca a essência do procedimento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*, 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

FEITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

FERNANDES, Francisco Luiz; FERNANDES, Thallita Maria Moreeuw. Princípio da juridicidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <[http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13405&revista\\_caderno=9](http://ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13405&revista_caderno=9)> Acesso em: 16 ago. 2016.

FINCATO, Denise Pires. *A pesquisa jurídica sem mistérios: do projeto de pesquisa à banca*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Sapiens, 2014.

LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. In: *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, jul./dez., 2012.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. *Código de Processo Civil*. 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: 16 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 13.140/2015. *Lei da Mediação*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em: 16 ago. 2016.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da jurisdição e acesso à justiça. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003.

NETO, Adolfo Braga. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: SALES, Lília Maia de Moraes. *Estudos sobre mediação e arbitragem*. Rio de Janeiro: ABC, 2003.

NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang; Org.; COUTINHO, Aldacy Rachid; et al. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

NICÁCIO, Camila Silva. Mediação para a autonomia, alteridades em diálogo. In: Maria Tereza Fonseca Dias (org.). *Mediação, cidadania e emancipação social*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2010.

NICOLAU, Gilda. Entre Mediação e Direito: elementos para uma nova *ratio* jurídica. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 325-392, jul./dez., 2012.

PRENHOLATO, Bruno Augusto. Controle de juridicidade – Uma análise à luz do interesse público. In *REPATS - Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 110-125, jul./dez., 2014.

REICHELDT, Luís Alberto. Considerações sobre a mediação e conciliação no projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 97, p. 123 – 142, jan./fev., 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2 ed., rev., atua. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VIAL, Sandra Regina Martini. O Sistema da Saúde e o Sistema da Educação: uma reflexão sobre as expectativas e a constante necessidade de reforma. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 10. ed. São Leopoldo: Livraria do Advogado, 2013.

WARAT. Luís Alberto. O ofício do mediador. In: MEZZARROBA, Orides *et al* (Coord.) *Surfando na pororoca: O ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, vol. 3, 2004.

WATANABE, Kazuo. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2016.