

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Luciana Renata Rondina Stefanoni**

**A Justiça em Aristóteles e a mediação extrajudicial de conflitos**

**DOUTORADO EM DIREITO**

**SÃO PAULO  
2018**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP**

**Luciana Renata Rondina Stefanoni**

**A Justiça em Aristóteles e a mediação extrajudicial de conflitos**

**DOUTORADO EM DIREITO**

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de doutora em Direito, Sob a orientação do Professor Livre-docente Márcio Pugliesi.

**SÃO PAULO  
2018**

**BANCA EXAMINADORA:**

---

**Professor Livre-docente Márcio Pugliesi  
Orientador**

---

**Professora Livre-docente Regina Vera Villas  
Boas**

---

**Professora Livre-docente Clarice Von Oertzen  
de Araújo**

---

**Professor Doutor Isael José Santana**

---

**Professor Doutor Mário Lúcio Garcez Calil**

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço primeiramente a Deus, pois sem ele eu nada seria. À minha filha, Valentina, por ser a razão pela qual existo. Ao meu pai, José Gaspar Stefanoni (*in memoriam*), por ser meu maior incentivador. A minha mãe, Odete Rondina Stefanoni, que cuidou de minha filha, para que eu pudesse cumprir os créditos. A meu marido, Edson Lozan dos Santos, pelo apoio, inclusive, financeiro. A todos os meus familiares, que torcem por mim. Aos professores do PPGD da PUC-SP, em especial aos meus orientadores, Claudio de Cicco e Márcio Pugliesi. E a todos que de alguma maneira contribuíram para realização deste sonho.

## EPÍGRAFE

“A primeira igualdade é a justiça”.  
*Victor Hugo*

## RESUMO

Os conceitos relacionados à Justiça em Aristóteles influenciaram o direito de vários ordenamentos jurídicos, especialmente pelos paradigmas jurídicos romanos. A Ética em Aristóteles foi decisiva na construção desses. A mediação de conflitos incorporou boa parte do ideário greco-romano acerca da Justiça. Na atualidade, com a crise jurisdicional, a mediação passou a ocupar lugar de destaque dentre os métodos de resolução dos conflitos, de modo que alcançou um "ponto de mutação", tornando-se instituto indispensável à paz e à harmonia sociais. O objetivo do presente trabalho é estabelecer uma relação entre a teoria da Justiça em Aristóteles e o instituto da mediação no contexto do processo civil, tal como aplicado na atualidade, no Brasil. Defende-se a tese de que a mediação é capaz de atingir a Justiça em sentido aristotélico, de maneira mais efetiva do que a Jurisdição, pois se encontra mais próxima à teoria da Justiça que o direito processual civil. Para tanto, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, nos referenciais históricos, filosóficos, jurídico-filosóficos e jurídico-processuais pertinentes à espécie. Quanto à exposição, foi utilizado o método dedutivo, tendo em vista ter-se partido da amplitude dos conceitos da justiça aristotélica para as especificidades do instituto da mediação. Conclui-se que, de fato, a mediação é um instrumento capaz de atingir a Justiça no sentido desejado por Aristóteles.

**Palavras-chave:** Justiça. Aristóteles. Mediação.

## ABSTRACT

The concepts related to Justice in Aristotle influenced the law of several legal systems, especially those influenced by Roman legal paradigms. Ethics in Aristotle was decisive in the construction of those. The mediation of conflicts incorporates much of the Greco-Roman ideology about Justice. Nowadays, with the jurisdictional crisis, mediation has come to occupy a prominent place among the methods of conflict resolution, so that it has reached a "point of mutation", becoming an indispensable institute for social peace and harmony. The objective of this work is to establish a relation between the theory of Justice in Aristotle and the institute of mediation in the context of the civil process, as applied today in Brazil. The thesis that is defended is that mediation is capable of reaching Justice in the Aristotelian sense, more effectively than Jurisdiction, because it is closer the origins of the theory than the civil procedural law. For that, we proceeded to the bibliographical research, in the historical, philosophical, legal-philosophical and juridical-procedural references pertinent to the species. Regarding the exposition, the deductive method was used, in order to have started from the amplitude of the concepts of Aristotelian justice to the specificities of the institute of mediation. We conclude that, in fact, mediation is an instrument capable of reaching justice in the sense desired by Aristotle.

**Keywords:** Justice. Aristotle. Mediation.

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	10
<b>CAPÍTULO I - A CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO</b> .....	13
1.1 Uma crise de vários fatores.....	14
1.2 O problema da formação e do recrutamento dos juízes .....	16
1.3 A crise estrutural e o acúmulo de processos.....	19
1.4 A morosidade do Judiciário.....	22
1.5 A crise de acessibilidade: o problema da linguagem forense.....	26
1.6 A questão da judicialização da política e da politização do Judiciário .....	28
1.7 A crise de legitimidade .....	31
1.8 A crise de litigiosidade.....	35
<b>CAPÍTULO II - A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES</b> .....	44
2.1 A vida e os estudos de Aristóteles.....	44
2.2 A Justiça em Aristóteles: conceitos iniciais .....	49
2.3A justiça como virtude: o conceito de “homem justo” .....	55
2.4 O “justo meio” .....	59
2.5 A justiça universal.....	62
2.6 A justiça particular.....	63
2.6.1 A justiça distributiva .....	64
2.6.2 A justiça corretiva.....	69
2.7A justiça política .....	75
2.7.1 A justiça natural .....	77
2.7.2 A justiça legal.....	78
2.8 A justiça “doméstica”.....	80
<b>CAPÍTULO III - A INFLUÊNCIA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA NO DIREITO ROMANO</b> .....	84
3.1 O Direito Natural no Direito Romano: o “justo natural”.....	95
3.2 As bases éticas da construção da ciência do Direito Romano: <i>Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat</i> .....	104
3.3 O Direito como o “justo” e a razão como fundamento da ordem estatal.....	112

<b>3.4 A justiça como objetivo do processo romano.....</b>	<b>116</b>
<b>3.5 A <i>transactio</i> e a paz processual .....</b>	<b>125</b>
<b>CAPÍTULO IV - A MEDIAÇÃO: HISTÓRICO E CONCEITOS.....</b>	<b>127</b>
<b>4.1 A mediação no início da história .....</b>	<b>128</b>
<b>4.2 A mediação na China, o Confucionismo e suas relações com a justiça aristotélica ..</b>	<b>134</b>
<b>4.3 A mediação no direito romano-canônico.....</b>	<b>144</b>
<b>4.4 A mediação na Era moderna .....</b>	<b>151</b>
<b>4.5 A mediação no Brasil .....</b>	<b>154</b>
<b>4.6.1 A “conciliação”.....</b>	<b>159</b>
<b>4.6.3 A “mediação”.....</b>	<b>162</b>
<b>4.6 Conceitos relacionados à mediação: os “métodos alternativos de resolução de conflitos”.....</b>	<b>163</b>
<b>4.7 Funções da mediação .....</b>	<b>165</b>
<b>4.7.1 Um meio de fuga do autoritarismo jurisdicional.....</b>	<b>166</b>
<b>4.7.2 Um meio de fuga do autoritarismo jurisdicional.....</b>	<b>169</b>
<b>4.7.3 Um veículo de cidadania .....</b>	<b>173</b>
<b>CAPÍTULO V - MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO COMO “JUSTO MEIO” E O MEDIADOR COMO “HOMEM JUSTO” .....</b>	<b>178</b>
<b>5.1 Mediação e justiça aristotélica: a equidade mediada.....</b>	<b>178</b>
<b>5.2 As técnicas de mediação e o “justo meio”.....</b>	<b>184</b>
<b>5.2.1 A mediação “satisfativa” e a “Escola de Harvard”.....</b>	<b>185</b>
<b>5.2.1.1 Um modelo <i>negocial</i> .....</b>	<b>186</b>
<b>5.2.1.2 Um modelo <i>adversarial</i>.....</b>	<b>187</b>
<b>5.2.1.3 Evitar o “<i>não</i>”.....</b>	<b>189</b>
<b>5.2.1.4 Obter o “<i>sim</i>” .....</b>	<b>190</b>
<b>5.2.2 Mediação “<i>sistêmica</i>” ou “<i>circular-narrativa</i>”.....</b>	<b>191</b>
<b>5.2.3 A mediação “<i>transformativa</i>” .....</b>	<b>194</b>
<b>5.2.4 A “<i>terapia do amor mediado</i>” (<i>TAM</i>).....</b>	<b>196</b>
<b>5.3 O mediador como “homem justo” .....</b>	<b>202</b>
<b>5.3.1 Os objetivos do mediador.....</b>	<b>205</b>
<b>5.3.2 Os tipos de mediador.....</b>	<b>207</b>

<i>5.3.3 O mediador-negociador</i> .....	209
<i>5.3.4 O mediador transformador</i> .....	211
<b>5.4 A mediação nos diplomas legais</b> .....	213
<i>5.4.1 A mediação no Código de Processo Civil</i> .....	213
<i>5.4.2 A Lei da Mediação (13.140/2015)</i> .....	217
<i>5.4.3 A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça</i> .....	219
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	222
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	235

## INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é estabelecer uma relação entre a teoria da Justiça em Aristóteles e o instituto da mediação no contexto do processo civil, tal como aplicado na atualidade, no Brasil.

Os conceitos relacionados à Justiça, a partir da filosofia aristotélica, influenciaram o direito dos mais variados ordenamentos, especialmente os ocidentais, destacadamente aqueles influenciados pelos paradigmas jurídicos romanos, isso porque a Ética em Aristóteles foi decisiva na construção dos paradigmas do Direito romano.<sup>1</sup>

A mediação de conflitos, inerente à própria natureza gregária do ser humano, ao se tornar um instituto jurídico, incorporou boa parte do ideário greco-romano acerca da Justiça, especialmente, a partir dos paradigmas éticos aristotélicos. Desenvolveu-se o referido instituto no decorrer de toda a história da humanidade.

Na atualidade, com a crise jurisdicional, que ocorre ao redor do mundo, porém, em especial, no Brasil, a mediação passou a ocupar lugar de destaque dentre os métodos de resolução dos conflitos, seja sob uma ótica utilitarista (pois contribui para a diminuição do acúmulo de processos e para a economia processual como um todo) ou social (pois é capaz de promover a harmonia e a paz social de forma mais eficiente e duradoura do que o provimento jurisdicional).

A mediação, assim, alcançou um "ponto de mutação", tornando-se, progressivamente, um instituto indispensável à paz e à harmonia sociais e, via de consequência, à própria Justiça. Assim, no presente trabalho, defende-se a tese de que a mediação é capaz de atingir a Justiça em sentido aristotélico, de maneira mais efetiva do que a Jurisdição, tendo em vista encontrar-se mais próxima, inclusive, às próprias origens da referida teoria do que o próprio direito processual civil.

Para tanto, procedeu-se à pesquisa bibliográfica, nos referenciais históricos, filosóficos, jurídico-filosóficos e jurídico-processuais pertinentes à espécie. Quanto à exposição, foi utilizado o método dedutivo, tendo em vista ter-se partido da amplitude dos conceitos da justiça aristotélica para as especificidades do instituto da mediação.

Dividiu-se a pesquisa ora apresentada em cinco partes. Na primeira, foram analisados os principais fatores que levaram à atual crise no Poder Judiciário, no que concerne a vários de seus aspectos.

---

<sup>1</sup> De conformidade com o que será estudado no Capítulo 2.

Foram estudados, especificamente, aqueles que mais se relacionam à presente pesquisa, quais sejam, o problema da formação dos juízes, a crise estrutural e o acúmulo de processos judiciais, a morosidade do Judiciário, a crise de acessibilidade, especialmente em relação ao problema da linguagem forense, a questão da judicialização da política e da politização do Judiciário, a crise de legitimidade jurisdicional e, finalmente, crise de litigiosidade.

Na segunda parte, foram estudados os conceitos de Justiça em Aristóteles, a partir de sua biografia e de seus estudos, de forma a que fosse possível aferir a aplicabilidade desses conceitos ao instituto da mediação.

Foram tratados os conceitos basilares de sua teoria de Justiça, os conceitos de "homem justo" e de "justo meio", assim como as "subdivisões" desses conceitos: a justiça universal; a justiça particular e seus sub-conceitos, quais sejam, a justiça distributiva e a justiça corretiva; a justiça política e suas subclassificações em justiça natural e justiça legal; e a justiça "doméstica".

Na terceira parte, foi trabalhada a influência aristotélica no direito romano, de modo a possibilitar conhecer as influências das teorizações nos atuais institutos do direito processual civil. Procedeu-se uma comparação conceitual entre o direito natural romano e o conceito de "justo natural". Após, foram estudadas as bases éticas da construção da ciência do Direito Romano, o Direito "justo" e a razão como fundamento da ordem estatal romana, a justiça como objetivo do processo romano e, ao final, o instituto romano da *transactio* como um instrumento de paz processual.

Na quarta parte foi tratado o instituto da mediação em si, a partir de suas raízes históricas até a atualidade nacional, dando-se ênfase ao confucionismo chinês e a suas notáveis semelhanças com a filosofia aristotélica, notadamente no que se relaciona ao conceito de "justo meio".

Além disso, foram estudados os conceitos relacionados à mediação, como "método alternativo de resolução de conflitos", inicialmente, em comparação com o conceito de "conciliação", mas, também, como meio de fuga do autoritarismo jurisdicional, de forma a proporcionar "economia" e "celeridade" processuais e como um veículo de cidadania.

Finalmente, na última parte, foram tratadas as relações existentes entre a mediação e o mediador e a teoria da Justiça em Aristóteles, especialmente no que se refere à equidade e os conceitos de "justo meio" e de "homem justo".

Foram destacadas, nesse contexto, as principais "escolas": mediação satisfativa, a partir da "Escola de Harvard"; a mediação "sistêmica" ou "circular-narrativa"; a mediação

"transformativa"; e a chamada "terapia do amor mediado". No mesmo sentido, foram estudados os principais "tipos" de mediador, bem como seus objetivos negociais e transformadores. Ao final, foram examinados os diplomas legais relacionados à temática, quais sejam, o Código de Processo Civil, a Lei da Mediação e a Resolução número 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Por não se tratar de uma pesquisa voltada ao Direito Processual Civil, mas, sim, à Filosofia do Direito, não foi tratado o procedimento (ou procedimentos) de mediação, senão de maneira complementar aos conceitos diretamente relacionados aos objetivos do trabalho e à própria tese. No mesmo sentido, não se procedeu ao estudo ou à formulação de uma "teoria da decisão (extra) judicial", tendo em vista que o trabalho ora apresentado voltou-se ao estudo específico do instituto da mediação.

## CAPÍTULO I - A CRISE DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A insatisfação do povo em relação à tutela jurisdicional demonstra-se, diuturnamente, nos jornais, nas notícias televisionadas e nos meios cibernéticos. A lentidão na resolução das situações conflituosas, as caríssimas custas, a crescente dificuldade no deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como a insistência no uso da linguagem rebuscada e inacessível ao público em geral preocupa não apenas os profissionais do direito, como é prejudicial à concretização do próprio direito fundamental de acesso à Justiça.

Alguns fatores, todavia, mostram-se mais graves, estes relacionados à própria estrutura técnica, física e ética dos Tribunais, que resultam no gigantesco acúmulo de processos, inviabilizando a prolação das decisões em tempo razoável, no mau atendimento ao usuário dos serviços judiciais, na utilização de linguagem técnica e rebuscada, a tornar ininteligíveis as decisões ao público em geral.

Apesar disso, especialmente em decorrência da ineficiência no exercício das funções dos demais Poderes, relacionadas à regulamentação, normatização, regulação de serviços privados ou à prestação de serviços públicos, bem como em razão da conflituosidade inerente à sociedade brasileira, o Judiciário passou a ser o principal e, muitas vezes, a único foro a possibilitar a resolução de contendas dos mais variados tipos, o que resultou na atual “crise de litigiosidade” que enfrenta, responsável por abarrotar as prateleiras e os bancos de dados das Cortes, provocando os mais diversos entraves.

Nesse quadro de caos administrativo, diversas propostas de soluções já foram pensadas e tentadas, pouco amenizando a referida crise. Assim, o objetivo do presente capítulo é o estudo de alguns desses fatores, em especial, da “crise de litigiosidade”, em relação à qual a mediação de conflitos parece, ao menos hipoteticamente, ser uma alternativa viável.

Nesse sentido, foram estudados: a questão da formação e do recrutamento dos magistrados; a crise de estrutura e o acúmulo de processos; a morosidade judicial; o problema da acessibilidade, especificamente no que tange à inacessível linguagem forense; a judicialização da política e a politização do Judiciário; a crise de legitimidade (diante do povo e dos demais Poderes; e a “crise de litigiosidade”.

O estudo é plenamente justificável, tendo em conta a gravidade da crise que, se não amenizada em breve, poderá resultar na instauração de um caos judicial jamais visto na história brasileira, bem como a necessidade de se tentar encontrar alternativas para aprimorar esse quadro.

## 1.1 Uma crise de vários fatores

De conformidade com o que foi estudado acima, a crise deriva dos mais variados fatores, que vão desde a estrutura judicial, incompatível com a quantidade de processos sobre os quais tem que decidir, até a acessibilidade relacionada ao teor das decisões judiciais, cuja linguagem faz-nas incompreensíveis ao público em geral.

Assim, é possível afirmar que há, no mínimo, quatro “crises da jurisdição”: estrutural; objetiva ou pragmática; subjetiva ou tecnológica; a crise paradigmática; e a crise funcional. Todas se relacionam à crise de identidade e eficiência. São seus reflexos, pois o Judiciário está vinculado ao positivismo jurídico inflexível, que tem, como consequência, o esmagamento da Justiça e a descrença do cidadão.<sup>2</sup>

A crise estrutural se refere à pluralidade de instâncias, à deficiência de controles e ao número insuficiente de juízes e servidores, em regra, decorrente da situação econômica dos Estados, bem como diz respeito ao financiamento, à infraestrutura de instalações, ao pessoal, aos equipamentos e aos custos. A crise objetiva ou pragmática engloba questões como a linguagem técnico-formal e ritualística dos trabalhos forenses, a burocratização e a lentidão dos procedimentos e o acúmulo das demandas. A crise subjetiva ou tecnológica relaciona-se à incapacidade tecnológica dos operadores jurídicos tradicionais de lidarem com as novas realidades fáticas, que exigem não somente a construção de novos instrumentos legais, como a reformulação das mentalidades à se adequarem à realidade. A crise paradigmática trata dos métodos e conteúdos utilizados pelo direito na busca de um tratamento pacífico para os conflitos, a partir da prática jurídica aplicável aos casos concretos. A crise funcional concerne à inadequação das leis, à intrincada processualística e à deficiência do sistema de provocação do Judiciário.<sup>3</sup>

Demonstram-se crescentes falhas na direção das condutas que sempre foram da competência estatal, por exercício e por imposição do direito. É aqui que se fala em crise da Justiça, em suas prováveis causas, assim como na busca de subsídios para a obtenção de soluções factíveis que possam, ao menos, amenizá-la.<sup>4</sup>

Os resultados alcançados pelas reformas do Judiciário foram significativos, porém, não poderão evitar que novos esforços sejam empreendidos na busca por outras estratégias de

---

<sup>2</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 78.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 78-79.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 106.

tratamento de conflitos, porém, baseadas no consenso, voltadas a possibilitar à sociedade a retomada da autonomia perdida, de modo a possibilitar encontrar respostas para as demandas.<sup>5</sup>

A reconstitucionalização de 1988 propôs um período de confiança e estímulo ao cidadão no que concerne aos órgãos jurisdicionais. Passou-se a confiar na resolução dos conflitos tradicionais e dos novos interesses protegidos pelo direito. Em sequência, porém, iniciou-se uma onda de frustrações, desconfianças e descréditos em relação à máquina jurisdicional estatal que já vinha mostrando vários sinais de asoberbamento e disfuncionamento. Assim, não conseguiu atender ao acréscimo de novas demandas.<sup>6</sup>

Nesse sentido, ocorreram várias tentativas de “amenizar” os problemas ocasionados pela crise, todavia, obtendo, apenas, um sucesso parcial, pouco notável pela população em geral.

A sobrecarga de processos, o custo e a morosidade dos processos, a burocratização da Justiça e dos procedimentos, contribuem para o distanciamento entre o Judiciário e seus usuários e para a obstrução das vias de acesso à Justiça. A crise apresenta vários aspectos: estruturais; institucionais, em relação ao equilíbrio entre os poderes; a mentalidade dos operadores da Justiça; e a inadequação do controle do exercício da função jurisdicional.<sup>7</sup>

A crise da Justiça “dissemina-se e serpenteia pelo corpo social”. Reflete-se na insatisfação dos “consumidores de Justiça” e no descrédito das instituições. Atinge os operadores do direito e os magistrados, que restam impotentes diante da complexidade dos problemas que afligem o exercício da função jurisdicional. Resulta em greves e protestos dos servidores e ricocheteia pelas páginas da imprensa e ressoa pelos canais de comunicação, assumindo dimensões gigantescas e estimulando a litigiosidade.<sup>8</sup>

O Judiciário, diante da inércia dos demais Poderes, transformou-se no principal caminho para a solução de contendas dos mais diversos tipos. Ocorre que nunca foi capaz de absorver a demanda, de modo que passou a, cada vez mais, fechar as vias de acesso à jurisdição.

A sociedade clama por uma justiça mais ágil, eficiente e adequada que, atualmente, inexistente. Essa afirmação é confirmada pelos frequentes protestos e greves dos servidores, pelo elevado custo operacional, pelo excesso de burocracia, pelo despreparo dos servidores, pela

---

<sup>5</sup> Ibidem, p. 106-107.

<sup>6</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>7</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder Judiciário. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n. 34, p. 11-12, dez., 1990, p. 11-12.

<sup>8</sup> Ibidem, p. 12.

lentidão, que é geradora de revoltas e injustiças, e que é um fator multiplicador de lides temerárias. Assim, o desprestígio do Judiciário diante da sociedade é gritante.<sup>9</sup>

A crise decorre de várias causas, como a falta de democratização da Justiça, falhas estruturais, a atuação inadequada dos operadores do direito, o ensino jurídico, questões financeiras e outras. A solução da crise não está apenas na ampliação do acesso dos jurisdicionados ao Poder Judiciário. É necessário rever a forma como o Judiciário recruta seus membros e compõe os tribunais superiores, bem como é preciso reformular a sua legitimidade.<sup>10</sup>

Assim, a crise não é apenas determinada pelo acúmulo de processos, determinante para a lentidão judicial. Trata-se, no limite, de uma crise de acesso à Justiça, ocasionada pelos mais diversos fatores, que se iniciam na própria formação daqueles que exercem funções jurídico-processuais, situação que é capaz de macular até mesmo o processo de recrutamento dos membros da magistratura.

## 1.2 O problema da formação

A formação dos magistrados já se inicia viciada. Os currículos dos cursos de direito pouco ensinam sobre a cidadania, a tolerância, o diálogo e, até mesmo, sobre os direitos humanos, situação que vem se modificando, porém, tímida e lentamente.

Chegou-se ao ponto de se sugerir a imposição de concurso público guardadas as devidas proporções de vagas e nível de dificuldade, para os advogados, de modo a selecionar, adequada e seguramente, quem passaria a atuar em juízo, defendendo interesses alheios. Já que o advogado é indispensável à administração da justiça e presta, a final de contas, um serviço público e exercendo função social, deveria se submeter a um certame, de modo a que apenas os mais capacitados, entre os milhares bacharéis, egresso dos vários cursos jurídicos possam ser acolhidos pelos quadros da OAB.<sup>11</sup>

A proliferação das faculdades de direito, especialmente após a Reforma Passarinho, de 1971, e a baixa qualidade dos cursos oferecidos fez com que a universidade “de elite” fosse

---

<sup>9</sup> HARADA, Kiyoshi. Poder judiciário em crise. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v.12, p. 282-299, jul., 2003, p. 282.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 284-285.

<sup>11</sup> HARADA, Kiyoshi. *Op. Cit.*, p. 288.

substituída pela universidade “massificada”, contribuindo para engrossar o “exército de bacharéis da reserva”.<sup>12</sup>

A massificação do ensino do direito fere de morte a formação humanista dos magistrados. As faculdades se transformaram em cursos preparatórios extensivos, que ensinam o direito de forma egoística, economicista e tecnicista, sobre bases eminentemente legalistas e analíticas, preocupando-se minimamente com os seres humanos que se encontram por detrás dos autos processuais.

A magistratura brasileira pressupõe a atividade jurisdicional como a resolução de conflitos interindividuais e, portanto, é refratária à judicialização de conflitos coletivos. Concebe o direito como desprovido de valores e, nessa medida, não aceita a interdisciplinaridade metodológica como necessária à cognição de fenômenos reais. É uma instituição informada pelos valores do tradicional bacharelismo nacional, pois ostenta uma oratória ornamental, desprovida de vinculação com a realidade, que esvazia de eficácia o direito, que perde importância como característica cultural. É extremamente apegada aos aspectos formais em detrimento dos substanciais.<sup>13</sup>

Problemas como o descontentamento difuso da maioria da população, a morosidade na solução de litígios, o alto custo operacional e a dificuldade do acesso à justiça somam-se aos aspectos materiais do fenômeno jurídico. Esse “caldo cultural”, inerente à tradição jurídica brasileira, é potencializado pela expansão desmedida dos cursos jurídicos no Brasil, que formatam milhares de operadores jurídicos que irão ocupar, posteriormente, os postos da magistratura.<sup>14</sup>

O bacharelismo brasileiro imunizou-se das indispensáveis influências de outras disciplinas na operação do direito, subordinada à lógica mecânica da subsunção dos dispositivos legais aos “casos concretos”.

As falsas fundamentações empregadas pelo judiciário são responsáveis por arbitrariedades que prejudicam o desenvolvimento nacional. Em decorrência dos vícios de formação, trabalham-se conceitos e regras, desprezando-se a virtude. Por um vício de

---

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 293.

<sup>13</sup> CAPELLARI, Eduardo. A crise do poder judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, v.152, p. 135-149, out. 2001, p. 135-137.

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 147.

formação jurídica, costuma-se trabalhar com conceitos, desprezando-se as “circunstâncias constantes nos autos”.<sup>15</sup>

Nesse contexto, o direito passa de instrumento de pacificação social a uma mera ferramenta voltada à eterna manutenção do *status quo*, agrilhoadada ao legalismo estrito e à lógica estritamente silogística do paleopositivismo.

Ocorre que a questão judiciária é um tema urgente que, todavia, foi arrancado do círculo dos magistrados, promotores e advogados. Não basta discutir e resolver o conflito entre os atores, nem de definir os espaços de cada um. Os cidadãos anseiam por resultados, por um sistema judicial “sem donos e feitores”, que sirva à nação e não a seus membros, que possa responder a três exigências: acessibilidade universal; previsibilidade das decisões; e decisões em tempo social e economicamente tolerável.<sup>16</sup>

Tais exigências devem ser atendidas, pois o Judiciário não é fim em si mesmo, e não é “espaço para biografias individuais”, nem a academia, de modo que não pode ser o foro para a afirmação de teses abstratas. É, sim, um instrumento da nação, que tem o seu papel no desenvolvimento nacional, de modo que deve atuar em parceria com os demais poderes e prestar contas à nação, permitindo transparência e cobranças.<sup>17</sup>

Assim, as preocupações dos magistrados não se resumem à fria aplicação da lei, muito menos à imposição tirânica do poder judicial, caracterizada pela proteção incessante das prerrogativas dos juízes em detrimento dos demais servidores públicos e da população em geral. A magistratura brasileira, em regra, distanciou-se do povo que deveria servir, desviando-se de sua missão original de servir aos próprios interesses.

A magistratura é treinada para lidar com diferentes formas de ação, mas não entende precisamente as estruturas socioeconômicas onde são travadas. Faz-se necessário alterar o viés formalista do Judiciário, para livrá-lo dos grilhões impostos pelos outros dois Poderes, que o enrijecem em termos organizacionais, torna-o excessivamente formalista, em termos procedimentais, preso à matriz hermenêutica de inspiração normativista-cultural.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 141-146.

<sup>16</sup> JOBIM, Nelson. **Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal**. 2004, n.p.

<sup>17</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>18</sup> FARIA, José Eduardo. A crise do poder judiciário no Brasil. Justiça e Democracia. **Revista dos Tribunais**, p. 18-64, jan. 1996, p. 21-24.

Por isso é que o Judiciário deveria liderar um amplo processo de auto-reforma, sob pena de se submeter aos projetos reformistas impostos pelo Executivo e pelo Legislativo, que tendem a reduzir suas competências funcionais e a submetê-lo ao controle externo.<sup>19</sup>

Desse modo, não há solução para a crise de formação dos magistrados que não uma radical modificação de paradigma, especialmente no que concerne à interdisciplinaridade de sua preparação, que deve preparar o juiz para lidar não apenas com as lides, mas, sim, com os próprios conflitos, que estão muito além deles.

### 1.3 A crise estrutural e o acúmulo de processos

A estrutura do sistema brasileiro de justiça produz um acúmulo gigantesco de processos, que levam ao desequilíbrio das contas e das atribuições, à sobrecarga física e psicológica dos magistrados e dos serventuários e, via de consequência, à lentidão na resolução das lides.

O volume de trabalho sobrecarrega os magistrados e o Poder Judiciário, servindo para escusar os juízes e tribunais da responsabilidade pessoal decorrente do atraso na prolação das decisões. Ocorre que essa situação não exime o Estado de sua responsabilidade objetiva decorrente do anormal funcionamento do serviço judiciário, que é atividade essencial ao Estado de Direito.<sup>20</sup>

Assim, a morosidade, por si só, pode levar a novas crises estruturais, inclusive, em decorrência da necessidade de se indenizar os usuários do sistema de justiça, prejudicando, ainda mais, o Poder Judiciário, que já se encontra financeiramente prejudicado, construindo-se, assim, um círculo vicioso: as falhas na estrutura judicial tornam o processo lento e insuficiente, levando a acúmulo de processos que, por sua vez, ocasiona outros problemas de natureza estrutural.

Demonstra-se que o dilema entre segurança e efetividade tem, ao longo da história, representado uma polaridade em relação que o Direito Processual não pode negar. Atualmente, porém, orienta-se pela efetividade.<sup>21</sup>

---

<sup>19</sup> Ibidem, p. 24-27.

<sup>20</sup> ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 94.

<sup>21</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. Celeridade versus economia processual. **Genesis: revista de direito processual civil**. Curitiba, v. 15, p. 49-55, jan., 2000, p. 49.

A despeito do aumento dos gastos com a Justiça, esta permanece lenta e distante da maioria da população, o que pode ser parcialmente explicado pelo crescimento da demanda por serviços judiciais, o que faz com que os juízes brasileiros sejam obrigados a julgar milhares de processos por ano. Inovações como os Juizados Especiais não foram capazes de reverter essa situação precária. Essa percepção se reflete no gigantesco número de reformas ocorridas nos últimos anos, discutidas dentro e fora do Congresso, que pouco têm avançado em medidas práticas.<sup>22</sup>

A ineficiência do Judiciário decorre da incompatibilidade estrutural entre sua arquitetura e a realidade socioeconômica na qual tem de atuar. Há problemas de ordem subjetiva, envolvendo a figura do magistrado, suas convicções e julgamentos, bem como de ordem estrutural, pois apresenta estrutura “piramidal” e uma forma burocrática de administração.<sup>23</sup>

O Judiciário atua de forma estratificada, mediante um conhecimento especializado e individualizado, que não permite a integração da problemática como um todo, mas, sim, apenas em “fragmentos de gestão”. Em decorrência dessa burocratização da atividade-meio e da atividade-fim, demonstra-se o conformismo e a estagnação intelectual que dificultam uma transformação.<sup>24</sup>

Retorna-se, aqui, à questão da interdisciplinaridade. Os magistrados, na esmagadora maioria dos casos, não detém conhecimentos sobre gestão pública, recursos humanos ou administração gerencial, pois sua única formação é jurídica, assim como a maior parte dos serventuários, o que acaba por fazer com que a situação se mantenha falha e, até mesmo prejudica a estrutura que já se encontra em crise.<sup>25</sup>

Os órgãos judiciais trabalham em um regime que, do ponto de vista organizacional, é “caótico”, até porque atuam em torno da busca por uma solução para sua própria inaptidão crônica para o enfrentamento do acúmulo de processos e da intolerável demora na prestação jurisdicional.<sup>26</sup>

Não há racionalidade administrativa, pois inexitem órgãos de planejamento e desenvolvimento de serviços forenses, nem mesmo estatísticas úteis organizadas de modo a verificar onde e por quê a marcha dos processos se entrava. Faz-se necessário enfrentar e

---

<sup>22</sup> LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 32.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 32-33.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>25</sup> THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, a. 30, n. 125, p. 68-71, jul., 2005, p. 69-70.

<sup>26</sup> *Ibidem*, p. 70.

analisar o impacto da lei entre a ação da parte postulante, a prestação jurisdicional e a conduta dos órgãos encarregados de realizá-la.<sup>27</sup>

O problema da litigiosidade em demasia expressa uma cultura de contenciosidade em detrimento de uma tradição de conciliação. Fala-se em uma “síndrome da litigiosidade”, em uma “verdadeira euforia no ânimo de demandar”, com uma correspondente redução da “capacidade de dialogar”.<sup>28</sup>

Apesar das sucessivas alterações nas leis processuais, a Justiça continua rotineira e ineficiente, apegada a métodos arcaicos, que redundam em julgamentos tardios, que mais negam do que distribuem justiça. O Judiciário é o mais burocratizado dos Poderes estatais, o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, o mais refratário à modernização e o mais ritualista. Por isso, é impotente para superar a morosidade e o esclerosamento das rotinas operacionais.<sup>29</sup>

A jurisdição, diante da inércia dos demais Poderes, tornou-se a “última porta” para o exercício dos direitos dos cidadãos, de modo que deveria ser mais acessível que os demais órgãos estatais; ocorre, porém, justamente o oposto, pois a burocratização do processo apenas prejudica a acessibilidade aos processos de resolução dos conflitos de interesse.

As razões econômicas não são prioridades do processo, pois a realização da Justiça não é um negócio, mas, sim, uma função pública necessária, exercida somente pelo Estado, que chamou para si o dever de solucionar os conflitos de interesse inconciliáveis.<sup>30</sup>

Assim, apesar de ser necessária a preocupação com a economicidade e o equilíbrio orçamentário dos Tribunais, a principal preocupação do Judiciário deve ser o ideal de Justiça, que tem movido as mais recentes reformas legislativas processuais e administrativas, inclusive, tendo modificado a própria Constituição.

Grande parte da legislação brasileira vigente é desatualizada, tendo sido elaborada para uma sociedade que pouco se parece com a atual, obrigando juízes a aplicar normas em muitos casos ultrapassadas. Advoga-se que o país deveria acompanhar uma tendência mundial

---

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 70-71.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 71.

<sup>30</sup> MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do Direito Processual Civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e Processo**: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 306.

no sentido de um enxugamento da legislação, de uma redução da intermediação judicial, da livre negociação e da auto-resolução dos conflitos.<sup>31</sup>

Apesar dessa tendência global de redução dos diplomas e legislações legais, ainda se mantém, apesar das reformas mais recentes, o mesmo formato “retalhado” da normatização processual, demonstrado pela existência de várias legislações voltadas a tratar de ações específicas, de diferenças gigantescas entre os vários regimentos internos, resoluções, instruções normativas dos tribunais, estes muitas vezes incompatíveis com a Constituição e o próprio Código de Processo Civil.

A escassez de órgãos judiciais, a baixa relação entre o número de órgãos e a população em constante aumento, a vacância de 20% na primeira instância, que nem a veloz sucessão de concursos públicos consegue preencher. Os juízes e o pessoal de apoio são insuficientemente preparados. A divisão do território em comarcas é irracional, pois, em algumas, a carga de trabalho é insuportável, enquanto em outras, pouco movimentadas, mantém-se impressionante ociosidade. A organização do trabalho é insuficiente e defeituosa no que concerne à utilização da moderna tecnologia, fatores que concorrem para reter em baixo nível a produtividade.<sup>32</sup>

A crise estrutural, porém, tem várias causas, bem como diversas consequências, muitas vezes não percebidas pelos servidores do Judiciário da mesma forma como são vistas pela população em geral.

#### **1.4 A morosidade do Judiciário**

Da crise estrutural resulta, diretamente, a morosidade na prestação jurisdicional, que produz a (não) justiça tardia, ineficaz e, assim, incompatível com o direito fundamental de acesso à jurisdição.

As críticas à morosidade ao Poder Judiciário, se analisadas do seu próprio ponto de vista, pareceria injusta, pois seus membros têm conhecimento das próprias falhas. A atuação do Judiciário, enquanto “prestador de serviços”, é deficiente e não aponta a aplicação de técnicas de gestão. A maior parte das serventias atua acima de suas capacidades produtivas,

---

<sup>31</sup> SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n.51, p. 79-101, maio-ago., 2004, p. 91-93.

<sup>32</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 6, p. 36-44, jul., 2000, p. 38-39.

são carentes de investimentos em organização, *layout* e informática. Em sentido oposto, as estatísticas das demandas são grandiosas.<sup>33</sup>

Não bastasse, o número de processos nos quais a Administração Pública, na defesa do interesse público secundário ainda ocupa números significativos na quantidade de processos, bem como, em decorrência de duas prerrogativas processuais, especialmente dos prazos dilatados, o que aumenta significativamente os números do acúmulo, bem como, via de consequência, a lentidão na prestação jurisdicional.

Até porque a Administração Pública conhece suas chances no processo e as deficiências desse instrumento de solução de conflitos, contando com a lentidão do Judiciário. Com a demora na solução, mesmo na derrota, terá o privilégio da execução por meio de precatórios, cuja quitação ficará condicionada à existência de recursos orçamentários.<sup>34</sup>

Evidente, porém, que não se pode imputar unicamente à Administração Pública a demora na prestação jurisdicional, por tratar-se de um problema claramente estrutural e operacional.

Até porque o número de juízes é insuficiente. Os magistrados iniciantes na carreira são despreparados. Faltam recursos materiais, a administração de tribunais é ruim, o número de recursos é excessivo, a prestação jurisdicional é morosa, as Defensorias Públicas são precárias em várias unidades da federação. A entrega na prestação jurisdicional é demorada, os recursos se acumulam nos tribunais superiores e o acesso do cidadão à justiça é difícil. Os dados representam, contudo, a realidade média dos tribunais. Assim, o cenário de contradição é ainda mais grave em diversos órgãos do Poder Judiciário.<sup>35</sup>

Essa situação de crise, todavia, pode ser indissolúvel pela mera reestruturação administrativa dos Tribunais, tendo em vista que a legislação processual mantém-se desatualizada, ainda não se adaptando às necessidades atuais da jurisdição, especialmente no que concerne à celeridade e à produtividade.

Os problemas decorrentes da legislação têm sido apontados como obstáculos ao bom funcionamento da justiça. Os operadores do sistema de justiça responsabilizam a legislação

---

<sup>33</sup> SERRA, Luiz Umpierre de Mello. **Gestão de serventias**. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p. 7-8.

<sup>34</sup> PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008, p. 287.

<sup>35</sup> SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: Lei 9.307, 23.09.96: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001, p. 62.

pela situação de crise. Esta é a visão de 67,5% dos magistrados, 78% dos integrantes do Ministério Público dos Estados e 73% dos Procuradores da República.<sup>36</sup>

Grande parte da legislação brasileira vigente é desatualizada, e foi elaborada para uma sociedade que pouco se parece com a atual, obrigando juízes a aplicar normas ultrapassadas. O país deveria acompanhar uma tendência mundial de enxugamento da legislação para redução da intermediação judicial, da livre negociação e da auto-resolução de conflitos.<sup>37</sup>

Confirma-se, assim, que a epidêmica morosidade judicial é consequência direta da crise estrutural, de vários fatores, que enfrenta o Poder Judiciário, inclusive, da desatualização da legislação processual.

Nesse sentido, o primeiro grau de jurisdição é o segmento mais sobrecarregado do Poder Judiciário e, conseqüentemente, o mais ineficiente. O Relatório Justiça em Números de 2015 revela que, dos 99,7 milhões de processos que tramitaram no ano de 2014, 91,9 milhões encontravam-se no primeiro grau, correspondente, portanto, a 92% do total.<sup>38</sup>

O primeiro grau, em 2014, baixou 24,3 milhões de processos, de modo que sua capacidade produtiva anual é de apenas 27% da demanda imposta à sua apreciação, o que demonstra que, para dar vazão ao estoque de processos, seria necessário cessar a distribuição por quase 4 anos, baixando, anualmente o mesmo número de processos de 2014. No primeiro grau da Justiça Estadual tramitaram, em 2014, 70,8 milhões de processos, com baixa de apenas 17,3 milhões, ou seja, 24,5% do total.<sup>39</sup>

No segundo grau da Justiça estadual tramitaram 3,9 milhões de processos, tendo sido baixados 2,1 milhões, 54,4% do total. A taxa de congestionamento do segundo grau é de 48%, enquanto a do primeiro é de 73%, ou seja, 50% superior. Em segundo grau, porém, a realidade é mais confortável, tanto que, em 2014, tramitaram 6,4 milhões de processos, excluídas as turmas recursais, e baixados 3,3 milhões, ou seja, 51,8% do total. Na Justiça estadual, os juízes de primeiro grau têm carga de trabalho de 7.398 processos, contra 2.784 no segundo grau, estabelecendo uma diferença de 166%.<sup>40</sup>

Na Justiça do Trabalho, o congestionamento é de 51%, e a diferença em primeiro grau. Em segundo graus é de apenas 32%. A carga de trabalho por magistrado de primeiro grau,

---

<sup>36</sup> SADEK, Maria Teresa. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, v. 10, n. 1, maio, 2004, p. 31.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 32.

<sup>38</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Política nacional de priorização do primeiro grau de jurisdição**: dados estatísticos. 2015, n.p.

<sup>39</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>40</sup> *Ibidem*, n.p.

computado todo o Judiciário é de 6.442 processos, contra 3252 no segundo grau, estabelecendo, portanto, uma diferença de 98%.<sup>41</sup>

Essa diferença se repete em todos os segmentos do Judiciário, embora seja menor na Justiça Federal, cuja taxa de congestionamento é mais equilibrada. No primeiro grau, a taxa é de 78%, excluídos os Juizados Especiais Federais, e de 66% no segundo grau (excluídas as turmas recursais).<sup>42</sup>

Apesar da excessiva carga de processos, a carga de trabalho por servidor é de 506 processos, enquanto que, no segundo, é de 232, estabelecendo-se, assim, uma diferença de 118%. Assim, o número de servidores que atuam junto ao primeiro grau é, proporcionalmente, inferior à dedicada ao segundo, o que aumenta a sobrecarga de trabalho em relação àqueles. No primeiro grau da Justiça Estadual, o congestionamento é de 80%, no primeiro grau, equivalendo a 563 processos por servidor, e de 46%, no segundo grau, o equivalente a 245 processos por servidor, ou seja, uma diferença de 129%.<sup>43</sup>

Apesar de a carga de trabalho sobre o número de servidores por magistrado de primeiro grau é 13, enquanto que, para cada magistrado de segundo grau, atuam 14 servidores. Na Justiça Federal, para cada magistrado de primeiro grau, atuam 11 servidores, enquanto que, na justiça federal, atuam 26 servidores por magistrado, estabelecendo uma diferença de 130%. Na Justiça do Trabalho de primeiro grau, atuam 8 servidores por magistrado, enquanto que, em segundo grau, por desembargador, trabalham 16 servidores, ou seja, o dobro. Destaque-se que a taxa de congestionamento do segundo grau da Justiça do Trabalho é 20 pontos percentuais inferior à de primeiro grau, o que somente qualifica a disparidade.<sup>44</sup>

Assim, a morosidade deriva de fatores estruturais, legislativos e numéricos, que produzem o injustificado acúmulo de processos judiciais nas mãos de poucos magistrados, enquanto a capacidade de trabalho nos Tribunais, de competência originária ou recursal, é evidentemente superior ao esquema organizacional que se encontra na primeira instância.

Nesse sentido, a injustificada demora na prestação jurisdicional tem ensejado um clima de insatisfação e angústia nos vários estratos da sociedade civil, e se traduz em perene fonte de decepção, de modo que é, sim, possível, que o jurisdicionado sofra dano moral pela demora da prestação jurisdicional, que responderá objetivamente por essa atuação ilícita.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>42</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>43</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>44</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>45</sup> ANNONI, Danielle. *Op. Cit.*, p. 18.

Assim, a demora na prestação jurisdicional, mais do que uma inconstitucionalidade, é capaz de provocar mais do que o mero “dissabor” no usuário do sistema de Justiça, podendo, inclusive, ocasionar-lhe danos morais indenizáveis, o que demonstra a gravidade da atual situação de morosidade.

### **1.5 A crise de acessibilidade: o problema da linguagem forense**

A crise judicial, porém, não se resume a questões estruturais e de formação. O acesso à justiça, tanto em sentido procedimental quanto em sentido substancial, torna-se cada vez mais restrito, inclusive, no que concerne à amplitude de sua interpretação.

Isso porque o direito de “entrar com uma ação judicial” não pode ser interpretada restritivamente, como a mera possibilidade de o cidadão ingressar em juízo. A inafastabilidade do controle jurisdicional se volta a garantir ao jurisdicionado um processo célere, seguro, efetivo e justo, norteado pelo devido processo legal, pela isonomia, pelo juiz e pelo promotor natural, pelo contraditório e ampla defesa, pela proibição da prova ilícita, da motivação das decisões judiciais, dentre vários outros.<sup>46</sup>

O direito de acesso à justiça equivale ao direito a uma proteção jurisdicional adequada, com decisões fundadas no direito, juridicamente protegidas e exequíveis. As normas garantidoras da abertura da via judiciária devem assegurar a eficácia da proteção jurisdicional, inclusive, por meio da determinação legal da via judicial apropriada, sob pena de serem violados o Estado Democrático de Direito e o direito fundamental de acesso à justiça e à tutela jurisdicional.<sup>47</sup>

Ocorre que o acesso à justiça, além de se referir a questões procedimentais a serem determinadas pelas leis e pelas normativas dos Tribunais, relaciona-se, diretamente à questão da linguagem processual.

Um dos “subidiomas” mais curiosos é o que se emprega na vida forense, suficientemente individualizado, merecendo consideração à parte, por ser um dialeto inconfundível. Os juristas contribuem para expandi-lo. Ocorre que nem sempre é fácil discernir a origem das expressões dessa linguagem. É difícil fazer com que a linguagem das

---

<sup>46</sup> GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional**: art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003, p. 29.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 32.

peças judiciais sejam acessível às pessoas comum. Ocorre que o respeito e o culto ao hermetismo é desproporcional.<sup>48</sup>

Há peças e decisões que são claramente redigidos com a intenção de que nenhum outro ser humano consiga entendê-los. Faz-se necessário “arejar o ambiente para dar cabo desse mofo”, pois, quem pleiteia deve lembrar-se de que necessita fazer-se entender por quem vai decidir, e quem decide precisa fazer-se entender, ao menos, por quem pleiteou. Desse modo, a linguagem forense não necessita ser “cifrada”. O aumento da inteligibilidade do que se escreve e diz no foro contribuiria para aumentar a credibilidade dos mecanismos da Justiça.<sup>49</sup>

Uma das principais inovações que são demandadas do Poder Judiciário é, justamente, a modificação da linguagem judicial, de modo a torna-la acessível ao povo, sob pena de que a ininteligibilidade das decisões torne-se mais um dos vários fatores que ocasionam a queda da legitimidade da jurisdição.

Ao julgador impõem-se duas exigências: deve ser racionalmente “persuadido”, formando seu convencimento a partir dos “fatos e circunstâncias” dos autos; deve explicitar seu convencimento pela análise “crítica” do conjunto probatório e, justificar, também, interpretação do direito aplicável.<sup>50</sup>

A sentença deveria demonstrar uma linguagem acessível a todos, inclusive, aos “leigos”, para que seja a fundamentação seja ideal. O número de recursos aumenta proporcionalmente à quantidade de provimentos jurisdicionais carentes de fundamentação, sendo que o inverso também é verdadeiro.<sup>51</sup>

Assim, a linguagem forense faz-se ininteligível para os “não-iniciados”. Necessitaria, porém, ser acessível às pessoas comuns, que são aquelas às quais o Poder Judiciário deveria, em última instância, servir, já que, claramente, não é um fim em si mesmo, mas, sim, um instrumento de justiça.

---

<sup>48</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 242- 245.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 245- 249.

<sup>50</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 152.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 155-156.

## 1.6 A questão da judicialização da política e da politização do Judiciário

As ingerências de um Poder sobre os outros têm se tornado comuns após a Constituição Federal de 1988, o que terminou por fazer com que o Judiciário passasse a exercer funções que não lhe são típicas, imiscuindo-se nas atividades dos demais órgãos da República.

As medidas provisórias, além de desorganizarem o parlamento, congestionam o Judiciário, especialmente aquelas referentes a questões econômicas, editadas irresponsavelmente e eivadas de inconstitucionalidades, injuridicidades, ignorando os fundamentos mais basilares da técnica legislativa. É evidente que o cidadão questionará tais medidas junto ao Judiciário e, frequentemente, será atendido, em decorrência do gigantesco acúmulo de ilegalidades que carregam essas medidas.<sup>52</sup>

Essas medidas provocam decisões contraditórias de juízes e Tribunais, em decorrência da natureza das próprias medidas provisórias, também contraditória. Ocorre que, para as “elites”, é o juiz o responsável pela desorganização legislativa, pelo congestionamento do judiciário e por decisões não uniformes.<sup>53</sup>

Essa situação se agrava enormemente no contexto da concretização dos direitos sociais, dependentes de normatização e de orçamento, cujas omissões têm sido comumente supridas pelo Poder Judiciário.

O desenvolvimento das políticas de bem-estar social forçaram mudanças na engenharia institucional, transformando o Judiciário em um poder ativo, impulsionando a tendência de crescente expansão da intervenção judicial sobre as decisões dos demais poderes, independentemente do sistema normativo.<sup>54</sup>

A Constituição de 1988 redefiniu o papel do Judiciário no que concerne à sua posição e à sua identidade na organização de poderes, ampliando seu papel político e sua margem de atuação, a partir da constitucionalização de direitos e liberdades individuais e coletivos. Assim, o Judiciário foi politizado e a política foi judicializada, de modo que a Carta de 1988 foi um ponto de inflexão que representou uma substancial mudança no perfil do Poder Judiciário, lançando-o ao centro da vida pública, conferindo-lhe um papel de protagonista.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> CERQUEIRA, Marcello. **Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia**. Rio de Janeiro: Revan, 1995, p. 40-41.

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 41.

<sup>54</sup> SADEK, Maria Tereza. **O sistema de justiça**. São Paulo: Sumaré, 1999, p. 296.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 297.

O Judiciário, em decorrência da ineficiência dos demais Poderes acabou por se tornar a “última porta” de acesso à Justiça, de modo que a passou a pesar sobre os ombros dos magistrados o dever, por exclusão, de concretizar direitos fundamentais, muitas vezes, substituindo-se ao administrador e, até mesmo, ao legislador.

É inevitável a tensão nas relações entre o Judiciário e os demais poderes, embasada pelo conflito teórico entre a filosofia da Carta de 1988 e a agenda neoliberal, na qual os juízes brasileiros se reconhecem como “herdeiros” dos magistrados e bacharéis que participaram da formação do Estado nacional e que animaram a ordem republicana, voltados a privilegiar, por formação doutrinária, a esfera pública na organização da vida social.<sup>56</sup>

O Judiciário era um Poder “periférico”, encapsulado na lógica de pretensões autopoieticas, inacessíveis aos leigos, distante da agenda pública e dos atores sociais. Hoje, porém, é uma instituição fundamental à democracia brasileira, no que se refere à sua expressão política e sua intervenção social.<sup>57</sup>

Essa “travessia” tem sido perpassada por conflitos e tensões políticas. Relembre-se, nesse sentido, a Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado, bem como a Reforma do Poder Judiciário, esta conduzida pela Câmara dos Deputados, cujo propósito foi a imposição de limites ao seu funcionamento, especialmente, à ação dos juízes que se encontram na “base” do sistema.<sup>58</sup>

A mudança de postura relativizou a “quietude quase monacal” e trouxe para o primeiro plano da vida pública os mesmos personagens que compunham a tradição institucional do Poder Judiciário. A “rota”, contudo, modificou-se no processo de transição à democracia, tendo escapa das mãos das “personalidades”, dos partidos e dos grupos sociais comprometidos com os valores da tradição republicana. Sua direção passou para lideranças que, sob a justificativa de “ajustar” o país às exigências da globalização, entronizaram o mercado como uma das instância determinante da vida social.<sup>59</sup>

O Executivo radicalizou seu contencioso com os juízes e impôs a supremacia da *rationale* econômica aos valores e instituições da ordem racional-legal. A história do país é dividida em duas “eras”: anterior a 1989, caracterizada pela “patologia patrimonialista” e pela herança da colonização ibérica, caracterizada pela “burguesias cartorial” e pela sujeição da

---

<sup>56</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Op. Cit., 2012, p. 197-198.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 198-199.

<sup>58</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 199-200.

sociedade civil ao estamento burocrático; e posterior a 1989, que deveria ter nascido moderna e informada pelo mercado, pela abertura ao mundo e às suas inovações.<sup>60</sup>

A “judicialização da política” denuncia a importância do Judiciário na relação de forças entre os poderes no Estado Democrático de Direito e sugere a convergência entre os sistemas da *civil law* e da *common law*, que já alcançou o direito brasileiro.<sup>61</sup>

Nesse sentido, novas modalidades de demandas chegam à atenção do Poder Judiciário, voltadas ao suprimento das omissões legislativas e executivas no que concerne às políticas sociais, muitas vezes, com pedidos emergenciais, a exemplo das ações de obrigação de fazer determinando o fornecimento de medicamentos de uso contínuo ou de tratamento essencial para a sobrevivência do peticionário, o que acaba por abarrotar ainda mais os Tribunais, aumentando, grandemente, a sua morosidade.

O modelo constitucional de 1988 conferiu ao Judiciário a capacidade de agir politicamente, questionando e paralisando políticas e atos administrativos aprovados pelos demais Poderes Executivo e Legislativo, e determinando medidas, independentemente da vontade executiva ou parlamentar.<sup>62</sup>

O foco central passou a ser as questões concretas, de natureza social, política e econômica, fortalecendo a inclinação do Direito para o pragmatismo, embaçando as fronteiras entre o Direito e a política. O Judiciário brasileiro é, ao mesmo tempo, um Poder do Estado e uma instituição prestadora do serviços público encarregado da prestação jurisdicional, arbitrando conflitos e garantindo direitos.<sup>63</sup>

O fato de o Judiciário ter, mesmo que forçosamente, assumido o papel de “concretizador” dos direitos sociais, imiscuindo-se nas funções típicas dos demais Poderes, confirma a sua função de guardião dos direitos fundamentais e via de consequência, da dignidade e da cidadania, não de forma imune a consequências nefastas.

As relações sociais passaram por mudanças em sua configuração, colocando em xeque as instituições tradicionais, o Estado e suas estratégias organizacionais, sob o modelo da especialização de funções. A tarefa atual de “dizer o Direito” encontra limites na precariedade da jurisdição, incapaz de responder às demandas contemporâneas, produzidas por uma sociedade que avança tecnologicamente, e permite o aumento da exploração econômica,

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 199.

<sup>61</sup> Ibidem, p. 199-200.

<sup>62</sup> SADEK, Maria Tereza. Op. Cit., , 2004, p. 83.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 84-85.

caracterizada pela capacidade de produzir riscos sociais e pela incapacidade de oferecer respostas a partir dos parâmetros tradicionais.<sup>64</sup>

Assim, a judicialização da política caracteriza-se como um fator de agravamento da crise jurisdicional, especialmente em decorrência do fato de que os magistrados não foram, em regra, preparados para lidar com situações eminentemente políticas, econômicas ou financeiras, o que apenas corrobora a sua alegada ilegitimidade para a atuação nessa seara.

A ideia de judicialização não é um processo unívoco. Essa dimensão abarca o comportamento dos atores que participam do processo, assim como o contexto histórico, social e político que motiva as decisões judiciais. A identificação entre a politização da justiça e a judicialização da política pode ser vista como a expansão do procedimento judicial, referente às atitudes dos atores judiciais, seus valores, preferências, e sua disposição em participar do *policy-making*.<sup>65</sup>

A relação entre o Judiciário e os demais poderes e o papel do Judiciário no processo decisório democrático não pode se ater apenas ao “procedimentalismo” da judicialização, que aponta para o aumento de prerrogativas judiciais trazido pela Constituição de 1988 e a consequente explosão de litigância e de protagonismo dos tribunais superiores na vida política do país.<sup>66</sup>

Nesse sentido, o significativo aumento, quantitativo e qualitativo, das prerrogativas judiciais pouco tem contribuído para a solidificação da legitimidade da jurisdição que, progressiva e rapidamente, diminui, em decorrência, especialmente, do descrédito da população no que concerne à atuação do Poder Judiciário.

## 1.7 A crise de legitimidade

Em um regime representativo, a exemplo do consagrado pela Constituição de 1988, o poder é exercido por intermédio daqueles que foram eleitos, indicados ou aprovados para, substituindo-se aos indivíduos ou aos grupos, na tomada de decisões ou na prática de ações

---

<sup>64</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. A crise das jurisdições brasileira e italiana e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_; (Org.) **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012, p. 25.

<sup>65</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. **Judicialização da política e demandas por juridificação: o Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade**. São Paulo: SBDP, 2011, p. 49-50.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 50.

que revelem ou concretizem o interesse público, de modo que há, no Brasil, algo como uma “presunção de legitimidade”, apoiada na letra da Carta Política.

Ocorre que, ultimamente, a legitimidade se volta ser a razão pela qual, nas comunidades nacionais, a população aceita um determinado regime político e obedece a um conjunto de normas jurídicas. A legitimidade, em sentido sociológico, permite, em alguns casos, “medir” o momento no qual a norma passa a estar em descompasso com a realidade que pretende regular. Em sentido filosófico, relaciona-se à visão de que existe uma “lei” superior à norma criada pelos homens, que seria uma fonte “legítima”, um “padrão ideal” de avaliação das normas concretas, aproximando-se da ética e aberta à ideia de “lei natural”.<sup>67</sup>

Legitimidade é, assim, a “medida” na qual o povo reconhece nos seus governantes a prática dos seus ideais, das suas pretensões e das suas ideias, demonstrando ser algo que não pode ser presumido, mas, sim, conquistado e mantido, por intermédio de ações que, efetivamente, voltem-se à consecução dos interesses públicos primários.

O exercício do poder sem legitimidade não é tranquilo. Seu exercício passou a basear-se em força bruta, podendo sucumbir se os dominados se organizarem ou se revoltarem em turba. A legitimidade é responsável pelo convencimento do dever de aceitação das ordens, decisões e diretivas de quem comanda, nem como das medidas coercitivas.<sup>68</sup>

O poder necessita de segurança, que vem da aceitação dos dominados. Por isso é que a democracia é convincente, pois sugere a ideia de que também participam do poder e sentem-se, também, dominantes, comungando dos atos de poder, elegendo aqueles que exercitarão as funções de representação.<sup>69</sup>

A instituição judiciária brasileira está falida porque não é capaz de trabalhar com o volume de serviço, não trata o jurisdicionado com respeito, nem proporciona paz e segurança à população. Ao contrário, provoca ansiedade, frustração, incerteza e neurastenia, que geram intranquilidade individual e social, em decorrência da excessiva demora na solução das demandas judiciais.<sup>70</sup>

Nesse contexto, o Judiciário não apenas perde terreno, como deixa de ser um Poder legítimo, desacreditado que está pelos movimentos sociais, pelos grupos de pressão, bem

---

<sup>67</sup> FONSECA JUNIOR, Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 139-142.

<sup>68</sup> LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira**: estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 105.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 105-106.

<sup>70</sup> *Ibidem*, p. 106.

como pelos indivíduos e pelas demais instituições, quadro que demanda ações radicais no sentido de recuperar sua legitimidade.

Ocorre que, no Poder Judiciário, as mudanças foram mínimas. A organização, a execução das tarefas, a solenidade dos ritos, a linguagem rebuscada e os trajes dos julgadores permanecem praticamente os mesmos há mais de um século. O mais grave, porém, é a mentalidade do Judiciário, que não evoluiu. Os movimentos de mudança iniciaram-se recentemente. O Judiciário envelheceu. Aquilo que muitos veneram como tradições não passa de “sinais de velhice”, o que evidencia o descompasso entre a jurisdição e as necessidades e exigências contemporânea.<sup>71</sup>

A velha mentalidade tem por aspecto principal a convicção de que o Judiciário não deve reconhecer suas deficiências nem ser criticado, tamanha é a “magnitude” de sua missão, o que faz com que seus integrantes se encontrem acima dos comuns mortais. O Judiciário permaneceu nessa atitude olímpica de superioridade, ignorando todo esse quadro, como se as condições de vida de hoje fossem as mesmas do início do século.<sup>72</sup>

O juiz, sobrecarregado de trabalho, pode não estar disposto a ouvir com paciência ou “traduzir” para a linguagem comum as expressões técnicas. Mas essa dificuldade de compreensão está ligada à atitude de superioridade em relação às pessoas comuns e à falta de percepção de que a magistratura é um serviço relevante para o povo. A inconsciência do papel social do magistrado influi para que fique distante do povo e prejudica a apuração da verdade e a realização da justiça, inutilizando e desprestigiando o Judiciário.<sup>73</sup>

O processo de distanciamento entre o juiz e o povo é evidente, apresentando-se na linguagem rebuscada e no tratamento cerimonioso e falsamente respeitoso, pois cria mais temor do que respeito. O interrogatório de uma pessoa simples numa audiência judicial demonstra que o juiz e o depoente usam o mesmo idioma, mas “não falam a mesma língua”. O depoente encontra dificuldades em responder as perguntas do juiz, por não conseguir entender o que lhe está sendo perguntado.<sup>74</sup>

Assim, o descrédito da população em relação à eficácia dos Poderes Legislativo e Executivo é evidente, estendendo-se, em decorrência, especialmente, da ausência de acessibilidade, ao Judiciário.

---

<sup>71</sup> DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 5-6.

<sup>72</sup> *Ibidem*. Op. Cit., p. 6-7.

<sup>73</sup> *Ibidem*, p. 144-145.

<sup>74</sup> *Ibidem*, p. 146-147.

Ocorre que a singularidade das “apostas” para vencer a crise do Judiciário se prende ao contexto do qual elas emergem, buscando responder às crescentes demandas por justiça de uma parcela da sociedade submersa e sem representação.<sup>75</sup>

Assim, a crise estrutural e de acessibilidade, bem como a morosidade judicial têm feito, porém, com que ocorra, com o Judiciário, outrora a última esperança do povo, o mesmo que acontece com os demais órgãos da República.

Com a passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social, durante a primeira metade do século XX, sob pressão dos movimentos sociais e o novo papel atribuído ao Judiciário, com a emergência dos conflitos coletivos, busca superar o paradigma liberal-positivista.<sup>76</sup>

Ao Poder Judiciário são comumente associados elementos que caracterizam a crise e provocam o descontentamento da população: a lentidão (morosidade) na solução de litígios; o alto custo operacional da atividade; a dificuldade de acesso à justiça. Nessa perspectiva, o cidadão litigante é concebido como um usuário, um “consumidor de decisões” sobre os conflitos.<sup>77</sup>

Mais importante do que o número de julgados é a análise da qualidade das decisões, que é capaz de evidenciar ainda mais a crise. É necessário, para isso, distinguir duas funções: solucionar conflitos; e garantir direitos. O governo civil, enquanto agente a soberania popular, que derivada da vontade das pessoas, deveria julgar os conflitos com imparcialidade, pois esse poder lhe é conferido para evitar os julgamentos individuais característicos do estado de natureza, que tantos conflitos causaram.<sup>78</sup>

Os litigantes, em decorrência de seu estado emocional, não conseguem debater serenamente, em busca de um tratamento para seu conflito. O Poder Judiciário tradicional tende a distanciar ainda mais essas pessoas, pois tem um perfil litigante, composto de duas partes combatentes. Nesse contexto, ao final, apresenta-se um ganhador e um perdedor, vinculados por uma resposta prevista pelo sistema jurídico.<sup>79</sup>

Assim, a queda na legitimidade do Judiciário é, também, um dos fatores que ocasionam um aumento na litigiosidade que, por sua vez, aumenta a demanda e o número de processos, tornando os processos ainda mais morosos e, por sua vez, corroborando a

---

<sup>75</sup> VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 9-11.

<sup>76</sup> *Ibidem*, p. 136.

<sup>77</sup> *Ibidem*, p. 137.

<sup>78</sup> *Ibidem*, p. 137-140.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 199.

ilegitimidade judicial, em um círculo vicioso, que acaba por se tornar uma espiral descendente.

### 1.8 A crise de litigiosidade

Tendo o Judiciário se tornado a “última porta” para a garantia dos direitos fundamentais, diante da omissão dos demais Poderes, a gama de temas que passaram a ser objetos de ações judiciais aumentou significativamente.

A consagração de novos direitos e atores fez com que o foco da discussão deixasse de ser apenas políticos e passasse a ser, tendo como principal local de discussão o Poder Judiciário, o que ocasionou uma “explosão de litigiosidade”, que demonstrou a incapacidade estrutural judiciária para atender a essas demandas, por problemas organizacionais e relacionados à crise teórica do modelo liberal de jurisdição.<sup>80</sup>

A situação se agravou, significativamente, a partir do surgimento de novos movimentos sociais, com demandas próprias, que também passaram a buscar a jurisdição para concretizar direitos.

As juridicidades, novas e velhas, ocorrem no marco das “regras do jogo”, ou seja, no terreno da legalidade, de modo que não se limitam ao plano formal, estendendo-se à real efetividade das normas, reconhecidas e sonegadas pelos Poderes vigente. Essa processualidade admite o “pluralismo jurídico”, expressão e condição de progresso que foi recepcionada pela legalidade, o que atesta a progressiva racionalização jurídico-normativa. Assim, não são apenas lutas que ocorrer dentro do direito estabelecido (*jus conditum*) mas, também, relacionadas ao reconhecimento de novos direitos (*jus condentum*).<sup>81</sup>

As pessoas e os movimentos sociais, todavia, em decorrência da cristalizada situação de perda de legitimidade do Legislativo e do Executivo, determinante para o fracasso das demandas na arena política, passaram a procurar o Judiciário não apenas para garantir direitos legalmente consagrados, mas, também, para “forçar”, até mesmo, a “criação” de novas formas de exercício dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados.

---

<sup>80</sup> LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 174-186

<sup>81</sup> ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997, p. 67-75.

Ocorre que o paradigma jurídico prevalecente no Brasil parte da matriz “hobbesiana”, pois institui a lei como única técnica disciplinar das relações sociais, concebendo o direito como instrumento de “cessação da guerra” subjacente ao “Estado de natureza”, de afirmação da “paz civil”, típica do “Estado de Direito”, de características liberal-clássicas. Importa, nesse contexto, a proteção, o reconhecimento e a institucionalização da liberdade negativa, por meio de normas gerais e abstratas editadas pelo Estado com base no modelo técnico-racional. Assim, o Estado é a fonte central de todo direito.<sup>82</sup>

Assim, a partir do quadro de ilegitimidade dos Poderes da República e da abertura dos mecanismos de acesso à jurisdição contenciosa, a litigiosidade no Brasil aumentou significativamente, rapidamente abarrotando o Judiciário com demandas que poderiam ser resolvidas fora do juízo.

Assim, a demora se prende à crise de demanda: a pessoa, devidamente etiquetada, como “consumidor”, “contribuinte”, “cidadão”, assume a condição de litigante “inveterado e intransigente”, reivindicando, ardorosamente, direitos reais ou hipotéticos, demandando “justiça a todo custo”, indiferente à posição e ao direito do seu adversário. Foi justamente a multiplicidade de litígios que fez com que fossem criados e difundidos meios alternativos para resolvê-la.<sup>83</sup>

O número gigantesco de meios de impugnação das decisões judiciais, especialmente os recursos, levou o acúmulo e a conseqüente lentidão na resolução das contendas aos Tribunais Superiores, cuja jurisdição deveria ser acionada apenas para manter a coesão da aplicação das normas legais e constitucionais, tornando-os, porém, algo como “terceiro e quarto graus” de jurisdição.

A desordem social decorrente da incapacidade da jurisdição de preservar a coesão social e fazer cumprir as normas jurídicas, além de comprometer a imagem do Judiciário, causa insegurança jurídica, o que se demonstra pelo monstruosos volume de processos julgados, anualmente pelo Supremo Tribunal Federal e pelos Tribunais Superiores.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> FARIA, José Eduardo. **O Poder Judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995, p. 27-28.

<sup>83</sup> ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 199-200.

<sup>84</sup> JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: \_\_\_\_; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil: novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 239.

A litigiosidade excessiva demonstra que a sociedade brasileira está “doente” em decorrência da falta de efetividade do Direito. Até agora, não há remédio que possa preveni-la. Ocorre que vem-se tentando cura-la por meio de um processo oneroso, lento e ineficiente. O modelo de organização do Poder Judiciário, concebido sob uma lógica de organização estatal com mais de cem anos de idade, que até hoje se mantém intocada, a despeito das transformações sociais, políticas, culturais e tecnológicas vivenciadas no XX, entrou em colapso.<sup>85</sup>

A explosão de litigiosidade, que torna o Judiciário moroso e, conseqüentemente, injusto, contribui para o avanço do processo de deslegitimação da jurisdição. A situação, todavia, persiste, fazendo com o descrédito da população só aumente.

A análise dos processualistas, vinculada aos diplomas legais e à compreensão das técnicas mostra-se ineficiente do ponto de vista da legitimidade e da operatividade do sistema jurídico, pois permite apenas soluções técnicas para a alta litigiosidade, porém, não proporciona o tratamento das causas que induzem a profusão das demandas e a má utilização do processo.<sup>86</sup>

O atual estágio do direito processual na América Latina suscita digressões em face do fenômeno da judicialização de inúmeras temáticas e pela utilização do processo para viabilizar a força contramajoritária da Jurisdição, que se tornou um espaço institucional para aqueles que não conseguem ser ouvido nas arenas político-institucionais, como o Legislativo e o Executivo.<sup>87</sup>

Assim, a crise do Legislativo e do Executivo traduziu-se na revolta dos indivíduos e dos movimentos sociais que, apesar de terem conquistado vários direitos consagrados constitucionalmente, paradoxalmente, carecem dos meios substanciais e procedimentais indispensáveis ao seu exercício.

A situação se traduz em um aspecto procedimental: a explosão de litigância, na demanda por decisões judiciais sobre vários temas, enquanto a dimensão substancial permanece negligenciada. O Judiciário deve promover a paz social. Detém uma função ordenadora de interesses difusos e deve perseguir a cooperação entre os indivíduos e

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 240-241.

<sup>86</sup> NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva, a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 36, n. 199, set., 2011, p. 45.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 45-46.

harmonizar as relações intersubjetivas, realizando os valores humanos, com máxima eficácia e com o mínimo de desgaste.<sup>88</sup>

Traduz-se em um aspecto procedimental: a explosão de litigância, na demanda por decisões judiciais sobre vários temas, enquanto a dimensão substancial permanece negligenciada. O Judiciário deve promover a paz social. Detém uma função ordenadora de interesses difusos e deve perseguir a cooperação entre os indivíduos e harmonizar as relações intersubjetivas, realizando os valores humanos, com máxima eficácia e com o mínimo de desgaste.<sup>89</sup>

A decadência do Judiciário, traduzida em uma “espiral descendente”, resulta, em grande parte, da consagração do conflito como forma de obtenção de resultados práticos das demandas sociais, tendo, “publicizado” as demandas que poderiam ser resolvidas no âmbito privado.

Com o reconhecimento do Estado como protetor universal dos seus nacionais, incrementou-se o seu poder de disciplinar as relações privadas e a importância da participação da jurisdição como forma de solucionar litígios. Com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e da dinamização sócio-econômico-científica, constatou-se a necessidade de se ter órgãos mais consolidados, independentes e imparciais para solucionar lides mais complexas.<sup>90</sup>

Com o reconhecimento do Estado como protetor proteção universais dos seus nacionais, incrementou-se o seu poder de disciplinar as relações privadas e a importância da participação da jurisdição como forma de solucionar litígios. Com o desenvolvimento dos meios tecnológicos e da dinamização sócio-econômico-científica, constatou-se a necessidade de se ter órgãos consolidados, independentes e imparciais para solucionar lides mais complexas.<sup>91</sup>

A jurisdição, enquanto exercício do monopólio estatal na distribuição de justiça, tem sido, na prática, o único meio utilizado pelos indivíduos para solucionar suas contendas, funcionando como poderoso instrumento para garantir e concretizar os direitos encartados nas Constituições. As pessoas depositam esperanças individuais e coletivas no Judiciário, que

---

<sup>88</sup> SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. Op. Cit., p. 64.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 64-65.

<sup>90</sup> LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. In: CONPEDI. Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI: sistema jurídico e direitos fundamentais individuais e coletivos**. 56 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 37.

<sup>91</sup> Ibidem, p. 37-38.

passa a ser visto como um “super órgão”, capaz de resolver todas as diferenças. É nesse contexto que se edifica a crise do sistema judicial brasileiro: na sua incapacidade de atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira.<sup>92</sup>

A jurisdição, enquanto exercício do monopólio estatal na distribuição de justiça, tem sido, na prática, o único meio utilizado pelos indivíduos para solucionar suas contendas, funcionando como poderoso instrumento para garantir e concretizar os direitos encartados nas Constituições.<sup>93</sup>

As pessoas depositam esperanças individuais e coletivas no Judiciário, que passa a ser visto como um “super órgão”, capaz de resolver todas as diferenças. É nesse contexto que se edifica a crise do sistema judicial brasileiro: na sua incapacidade de atender aos anseios dos jurisdicionados e a explosão de litigiosidade na sociedade brasileira.<sup>94</sup>

Os órgãos responsáveis pela distribuição de justiça não acompanharam o processo de globalização. Enquanto as empresas, trabalhadores, consumidores e Estados interagem entre si, rapidamente, potencializando o surgimento de lides, os tribunais se afogam em milhares de processos baseados em legislações processualistas truncadas e protelatórias. A quantidade de magistrados, servidores e bens públicos são insuficientes para atender ao tratamento constitucional a ser dado aos processos judiciais e administrativos.<sup>95</sup>

Assim, o Judiciário não foi capaz de absorver a explosão de litigiosidade ocasionada pela ociosidade e pela leniência dos demais Poderes que, todavia, não podem ser considerados os únicos “culpado” pela situação que se apresenta.

A litigiosidade exacerbada é um fenômeno que tem de ser compreendido desde as origens para ser adequadamente enfrentando. Esse fenômeno que não é recente, mas tem múltiplas causas, remotas e atuais. Nasce no seio da sociedade, na construção das relações de poder ao longo da história das nações e afirma-se como experiência assentada culturalmente, de modo que não pode ser tratado de forma reducionista, como um problema exclusivo do Judiciário.<sup>96</sup>

A expansão da litigiosidade é um problema social, que tem laços políticos, sociológicos, históricos e raízes para além do jurídico. Assim, não é um problema do Poder Judiciário, de modo que não pode ser resolvido por “panacéias normativas” ou medidas

---

<sup>92</sup> Ibidem, p. 39-40.

<sup>93</sup> Ibidem, p. 41-42.

<sup>94</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>95</sup> Ibidem, p. 55-62.

<sup>96</sup> OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, v.3. n.5. p. 112-113. dez. 2009, p. 112.

unilaterais e arbitrárias, voltadas, meramente, a acelerar a prestação jurisdicional, de modo a justificar o Judiciário diante da corrente e crescente demanda por soluções urgentes.<sup>97</sup>

Somando-se a esses fatores encontra-se a lentidão na evolução dos mecanismos jurídicos, materiais e processuais, voltados a tratar das referidas demandas, situação agravada pela lentidão do Legislativo, pela pessoalidade no exercício do Executivo e pelo apego ao formalismo e ao tradicionalismo do Judiciário.

O crescimento nos índices de procura pelo Judiciário está relacionado às taxas de industrialização e de urbanização, pois o crescimento desses indicadores provocam aumento no número e no tipo de conflitos e, conseqüentemente, aumenta a probabilidade de que os litígios convertam-se em demanda judicial. Essa potencialidade depende, contudo, da consciência de direitos e da credibilidade na máquina judicial.<sup>98</sup>

Assim, a mera transformação estrutural por que passou a sociedade brasileira, de predominantemente agrária e rural para industrial e urbana, num intervalo de menos de cinquenta anos, tomando-se 1930 como ponto de partida, justificaria a multiplicação dos conflitos. Tais tendências foram, no entanto, em grande parte, contidas pela ausência de vida democrática e pelo descrédito na justiça.<sup>99</sup>

Desse modo, a mera garantia de “inafastabilidade” da jurisdição, evidentemente, não é capaz de assegurar o efetivo acesso à justiça, tendo em vista que essa garantia fundamental, que deve ser concretizado na maior medida possível, comporta diversos outros fatores para além do “direito de propor ação”.

O conceito de acesso à justiça não pode se manter acorrentado às defasadas acepções, hoje ufanistas e irrealistas, atreladas à ideia do monopólio da justiça estatal, assentado em uma perspectiva elástica de universalidade e da ubiquidade da jurisdição, atrelada à leitura desmesurada da “facilitação do acesso”, que fez com que o direito de ação se transformasse em “dever de ação”, insuflando a contenciosidade no interior da sociedade e desestimulando a busca por outros meios de composição.<sup>100</sup>

Observe-se, nesse sentido, o crescimento das demandas diretamente relacionadas às situações de hipossuficiência, especificamente, em relação aos segurados previdenciários e aos consumidores que, tendo seus direitos negados, tanto pelo INSS quanto pelas instituições bancárias, passaram a procurar o Judiciário como “último recurso” para concretização de seus

---

<sup>97</sup> *Ibidem*, p. 112-113.

<sup>98</sup> SADEK, Maria Tereza. *Op. Cit.*, 2004, p. 85-86.

<sup>99</sup> *Ibidem*, p. 86-87.

<sup>100</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 24.

direitos, o que corrobora a afirmação de que o fato de o Judiciário ter se tornado a “última porta” de acesso à justiça é o principal fator de aumento das demandas judiciais.

Há, de acordo com pesquisa realizada pela Fundação Getúlio Vargas, sob encomenda do Conselho Nacional de Justiça, um aumento progressivo da litigiosidade no Brasil, caracterizado por demandas, temas e teses repetitivas mais comuns, situação que decorre do fato de que cidadão tem cada vez mais tomado consciência de seus direitos, assim como da existência de vários canais que incentivam à judicialização.<sup>101</sup>

Dentre esses canais, destacam-se os seguintes: o setor público que, ao criar ou violar direitos, contribui para a geração de “zonas cinzas” de regulamentação, que favorecem o surgimento de demandas; a advocacia, na busca por novos nichos de atuação, fomenta a reprodução da litigiosidade por meio da criação de novas teses, o que se demonstra pela franca expansão da advocacia contenciosa massiva, especificamente no âmbito previdenciário, no qual um único escritório pode ser responsável por até 25% dos processos em curso em um juízo; e a mídia, que, ao conscientizar as pessoas sobre seus direitos e sobre a forma de buscar sua concretização, aborda questões jurídicas de maneira equivocada, incentivando o ingresso pretensões descabidas ou que atrapancam o funcionamento do Judiciário, especialmente por meio da divulgação de notícias incompletas ou não respaldadas pela lei ou pela jurisprudência.<sup>102</sup>

Os grandes escritórios conseguem oferecer formas de cobrança mais atraentes, vinculadas ao êxito da demanda. Assim, a partir da concessão da gratuidade processual, o ajuizamento representa somente o possível ganho, não implicando qualquer ônus. Na advocacia de massa, porém, é comum haver deficiências técnicas na postulação e na própria do processo, que acarretam a necessidade de atos processuais adicionais, tornando o trâmite mais demorado. Dentre essas ações, é possível citar os exemplos da “desaposentação” e das ações revisionais de contratos bancários.<sup>103</sup>

No caso da desaposentação, que se refere à tese jurídica acerca da possibilidade de o segurado do INSS, que permaneceu em atividade remunerada, renunciar ao benefício atual para requerer nova aposentadoria, mais vantajosa. A tese se originou partir da “zona cinzenta de regulamentação” sobre possibilidade de readequação do valor do benefício à figura do “segurado contribuinte”.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas repetitivas e a morosidade da justiça**. Brasília: CNJ, 2011, p. 5.

<sup>102</sup> Ibidem p. 5-6.

<sup>103</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>104</sup> Ibidem, p. 6-7.

A tese da desaposeitação passou a ser uma tese popular na advocacia, na mídia e na doutrina previdenciarista. Negada na esfera administrativa, as demandas buscando a desaposeitação passou a ser frequente no Judiciário após o ano 2000, popularizando-se, especialmente, no âmbito do TRF da 3ª Região. No final de 2008, a tese representava 50% dos processos judiciais em tramitação em algumas varas federais de São Paulo.<sup>105</sup>

A política de ampliação do acesso à justiça, por meio dos Juizados Especiais contribuiu apenas para aumentar a litigiosidade, pois não desafogou as varas federais e previdenciárias existentes, tendo, ao contrário, incentivado o ingresso de demandas repetitivas e a advocacia de massa. A profusão de regras, a falta de clareza e a instabilidade normativa e jurisprudencial, características do Direito Previdenciário, potencializam o surgimento de litígios entre os segurados e o INSS que, posteriormente, são levados ao Judiciário.<sup>106</sup>

No caso das ações relacionadas ao direito do consumidor, o contexto socioeconômico nacional em muito contribui para a litigiosidade, pois, entre 2005 e 2010, a classe média (classe C) passou de 62 para 92 milhões de consumidores. No mesmo sentido, observa-se a existência de canais independentes de resolução de conflitos, que permitem ao consumidor optar por tentar resolver a sua demanda judicial ou extrajudicialmente. É comum, porém, que os consumidores prefiram o Judiciário, pois há muitos incentivos para o aumento da judicialização de conflitos consumeristas.<sup>107</sup>

O custo de ingresso é baixo e a possibilidade de sucesso é notável, especialmente nos Juizados Especiais. Além disso, a advocacia massificada massa que estimula o requerimento de indenizações por dano moral e a propositura de ações em grandes quantidades sobre demandas idênticas a legislação processual que estimula o tratamento individual de demandas de massa, ao invés de tratá-las coletivamente e evitar a proliferação de casos repetitivos.<sup>108</sup>

Além disso, a jurisprudencial dos Tribunais Superiores a respeito dessas matérias não está unificada, especialmente no que concerne aos conflitos entre o consumidor e instituições financeiras. Os entendimentos dos Tribunais Estaduais diferem ao redor do país.<sup>109</sup>

De acordo com a FEBRABAN, a população “bancarizada” do país dobrou de volume entre 1995 e 2005, passando de 40 para 80 milhões de pessoas. Grande parcela dos novos consumidores, todavia, não é adequadamente informada pelos bancos a respeito dos produtos e serviços financeiros que adquirem. Além disso, a existência de cláusulas abusivas nos

---

<sup>105</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 7-8.

<sup>107</sup> Ibidem, p. 8.

<sup>108</sup> Ibidem, p. 8-9.

<sup>109</sup> Ibidem, p. 9.

contratos, acompanhada de serviços falhos de atendimento ao consumidor demonstram ser estímulos ao ajuizamento de ações judiciais que poderiam ser evitadas.<sup>110</sup>

Tendo o Judiciário tomado para si, constitucionalmente, o dever de guardar a concretude constitucional, a lógica contenciosa do processo restou fortalecida, o que resultou no acúmulo gigantesco de processos nos juízos de todas as instâncias, em proporção nunca dantes observada no país, o que resulta, fatalmente, na morosidade judicial que, por sua vez, leva ao descrédito da população no que se relaciona à jurisdição.

---

<sup>110</sup> Ibidem, p. 9-10.

## **CAPÍTULO II - A JUSTIÇA EM ARISTÓTELES**

O estudo das ideias aristotélicas é indispensável à compreensão da filosofia jurídica moderna como um todo, especialmente no que toca ao conceito de Justiça, comumente empregado em concomitância com o próprio conceito de Direito.

No contexto do presente trabalho, o conceito aristotélico de justiça será essencial no que concerne à compreensão das finalidades individuais e sociais da mediação judicial na resolução dos conflitos civis.

Assim, o objetivo do presente capítulo é o de apresentar o conceito aristotélico de Justiça, por meio de pesquisa bibliográfica, nos referenciais adequados, analisando-a e comparando-a à arbitragem judicial, enquanto forma "justa" de resolução e eliminação dos conflitos civis.

Essa essencialidade decorre, em especial, do fato de que o conceito de Justiça em Aristóteles relaciona-se não apenas à ética enquanto atuação individual, mas, também, se insere na contextualização de uma sociedade política, enquanto fator indispensável à ordem e à paz social.

Não bastasse, Aristóteles é um dos mais celebrados filósofos da antiguidade clássica. A ele são atribuídas algumas das mais festejadas teorizações, relacionadas à lógica, à metafísica e à própria natureza humana e da sociedade política.

Diante disso, é de bom alvitre formular breve esboço acerca da biografia do referido filósofo.

### **2.1 A vida e os estudos de Aristóteles**

A biografia de Aristóteles revela que, jovem, iniciou-se nas ciências, tendo desenvolvido pesquisas até momento próximo à sua morte.

De acordo com Reale e Antiseri, Aristóteles nasceu entre os anos de 384 e 383 a.C., em Estagira, na fronteira com a Macedônia. Seu pai, Nicômaco, foi um corajoso médico, que serviu ao rei Amintas, pai de Filipe da Macedônia. Durante certo tempo, presume-se, o jovem Aristóteles, morou em Pela, a sede do reinado de Amintas, tendo, inclusive, frequentado a corte. Entre 366 e 365 a.C., Aristóteles, órfão há alguns anos, deslocou-se para Atenas e

ingressou na Academia platônica, na qual amadureceu e consolidou sua vocação filosófica, tendo lá permanecido por vinte anos, correspondentes ao restante da vida de Platão.<sup>111</sup>

Desta parte da vida de Aristóteles denota-se sua ligação intelectual com Platão, um de seus mestres mais próximos.

Aristóteles conheceu os mais notórios cientistas da época, a exemplo de Eudóxio, que se encontrava na Academia durante os primeiros anos. Aristóteles a frequentou, correspondente ao período no qual Platão estava na Sicília. Durante os vinte anos passados na Academia, Aristóteles assimilou os princípios platônicos e os defendeu em alguns escritos e os submeteu, ao mesmo tempo, a prementes críticas, na tentativa de encaminhá-los a novas direções. A partir da morte de Platão, ocorrida em 347 a.C., Aristóteles preferiu deixar a Academia, por não concordar com a direção que a escola havia tomado, liderada por Espêusipo, tendo deixado Atenas, em direção à Ásia Menor.<sup>112</sup>

Juntamente com Xenócrates, seu companheiro de Academia, estabeleceu-se, inicialmente, em Axo, na costa de Trôade, onde fundou uma escola junto aos platônicos Erasto e Corisco, naturais da cidade de Scepsis, que eram conselheiros de Hérmiás, Senhor de Atarneu e Axo, tendo lá permanecido por três anos. Após, dirigiu-se a Mitilene, na ilha de Lesbos, impelido por Teofrasto. Durante seu tempo em Axo, ministrou cursos sobre as disciplinas mais propriamente filosóficas. Em Mitilene, realizou pesquisas sobre ciências naturais, em colaboração com Teofrasto, que teriam papel decisivo nos destinos do peripatetismo.<sup>113</sup>

Demonstra-se, aqui, a imensa versatilidade dos estudos aos quais procedeu Aristóteles, que foram relacionados não apenas à filosofia, porém, a vários outros ramos do conhecimento.

Aristóteles também se envolveu na vida pública. Não de modo tão ardente quanto Platão, mas, sim: como conselheiro de príncipes, inclusive do tirano Hérmiás, na Ásia Menor, reconstrutor e legislador de Estagira, sua cidade natal e amigo de Antipater, regente da Mecedônia e da Grécia, por exemplo.<sup>114</sup>

Responsabilizou-se, também, pela educação de uma das maiores figuras da história da humanidade.

---

<sup>111</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: Antigüidade e Idade Média.** v. 1. São Paulo: Paulus, 1990, p. 173.

<sup>112</sup> Idem.

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno.** São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 38.

Entre os anos de 343 e 342 a.C., Filipe da Macedônia convocou-o para a corte, confiando-lhe a educação do filho Alexandre, que acabou por revolucionar a história grega. Alexandre contava, na época, treze anos de idade. Aristóteles permaneceu na corte da macedônia até o momento no qual Alexandre ascendeu ao trono, o que ocorreu por volta de 336 a.C.<sup>115</sup>

Aristóteles, de conformidade com o que se demonstra acima, foi o principal responsável pela formação intelectual de uma das figuras mais importantes da história mundial.

De 335 a 334 a.C., Aristóteles regressou a Atenas, onde alugou alguns prédios localizados nas proximidades de um pequeno templo dedicado a Apolo Lício, "[...] de onde provém o nome de 'Liceu' dado à escola".<sup>116</sup>

Lá, Aristóteles ministrava seus ensinamentos passeando pelas veredas do jardim anexo aos prédios, o que fez com que a escola passasse a ser também chamada de *Perípatos* e seus seguidores denominados "peripatéticos".<sup>117</sup>

O peripatetismo<sup>118</sup> é uma das mais importantes e celebradas metodologias de ensino de todos os tempos.

Esses anos foram os mais fecundos na produção de Aristóteles, nos quais terminou a grande sistematização dos tratados filosóficos e científicos que nos chegaram. Em 323 a.C., com a morte de Alexandre, Aristóteles tornou-se réu, acusado de "impiedade", por ter honrado Hérmiás,<sup>119</sup> oportunidade na qual retirou-se para Cálcis, deixando Teofrasto na direção da escola peripatética. Aristóteles faleceu em 322 a.C., depois de poucos meses de exílio.<sup>120</sup>

Até mesmo em decorrência de seu prolongado estudo, que durou várias décadas, a obra de Aristóteles é extremamente densa e extensa, abordando diversos tópicos da

---

<sup>115</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. Cit., p. 174.

<sup>116</sup> Ibidem, p. 174-175.

<sup>117</sup> Ibidem, p. 175.

<sup>118</sup> "El nombre 'peripatéticos' se deriva del vocablo *περίπαιτος* (= 'paseo cubierto') y designa el lugar en el cual fue instalado el Liceo por Aristóteles [...]. (MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofía**. v. 1: A-K. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964, p. 400-401)

<sup>119</sup> "Nessa altura Aristóteles voltou a Atenas, dirigiu a escola durante treze anos, e depois saiu em segredo para Caleis, dado ter sido acusado de impiedade pelo hierofante Eurimédon ou por Demófilo [...], por causa de um hino que Aristóteles compusera acerca de Hérmiás, e por causa de uma epigrama que escrevera acerca de uma estátua de Delfos [...]". (LAÉRCIO, Diogenes. A vida de Aristóteles. In: ARISTÓTELES. *Organon*. v. 1: I. Categorias; II. Periérmeneiras. Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 22-23).

<sup>120</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. Cit., p. 175.

experiência humana, desde as origens do pensamento até os usos mais específicos da razão individual e coletiva.

Essa obra foi edificada sobre a platônica, discrepando dela, porém. A tensão frequente entre os platônicos e os aristotélicos, bem como as várias tentativas de conciliação entre os dois pensadores demonstra claramente a coexistência de uma raiz comum e, ao mesmo tempo, de uma considerável divergência.<sup>121</sup>

Aristóteles desenvolveu seu pensamento não apenas com a intenção de abarcar todos os saberes, mas também, diferentemente de seu mestre Platão, concentrou-se, especificamente, nas dificuldades envolvidas na explicação do mundo.

Pensava ser contraditória a afirmação de que seria necessário construir apenas um saber universal e verdadeiro que se distanciasse do estudo do individual, do contingente e do fático.<sup>122</sup>

As contribuições de Aristóteles são indispensáveis no estudo da filosofia e da teoria geral do Direito.

Isso porque o referido filósofo voltou-se à metafísica e ao estudo do ser, tendo discutido não apenas as teses platônicas. Tratou, também, de expor os fundamentos de seu próprio pensamento. No mesmo sentido, escreveu sobre política, ética, os usos da linguagem na retórica e na poética. É considerado, também, o "criador" da lógica, tendo se dedicado ao uma série de estudos sobre dialética, analítica, os argumentos sofistas e a interpretação.<sup>123</sup>

Aliás, a referência ao "dom da palavra" serve, em Aristóteles, como sinal da natureza política do homem e o fato de que as palavras servem para "[...] expressar o benéfico e prejudicial, o que é justo e o que é injusto, o que é certo e o que está errado". A afirmação de que a palavra é um instrumento de "ação", não de "trabalho" ou "produção", indica que o homem "[...] é feito para um tipo de sociedade: a cidade, o local de ação, o 'espaço público' onde a liberdade é exercida".<sup>124</sup>

O referido filósofo evoluiu a partir dos estudos de seus Mestres e de sua formação inicial.

Aristóteles iniciou a sua vida intelectual no momento do conflito entre a ontologia platônica e a retórica dos sofistas. Foi discípulo de Platão, porém, admitia o objetivo da

---

<sup>121</sup> MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofía**. v. 1: A-K. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964, p. 130.

<sup>122</sup> Idem.

<sup>123</sup> Idem.

<sup>124</sup> ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** 5. ed. - São Paulo: Saraiva, 2012, p. 361.

filosofia é a verdade e o seu método é a “demonstração necessária”. Também atentou para a importância da reflexão acerca do âmbito opinativo da experiência humana (a *doxa*), que havia sido desprezada por Platão.<sup>125</sup>

Nesse ponto, por exemplo, avançou grandemente em relação a Platão e aos platônicos, concentrando muito de seus esforços na construção de uma autêntica teoria científica da moral.

Em Aristóteles, a moral não tem como principal objeto o *direito*, as leis ou a vida judiciária, que são abordados apenas incidentalmente. Dedicou-se a descrever comportamentos, costumes (*Ethika*), caracteres, maneiras habituais de agir, bem como o caráter do homem prudente, do homem temperante etc., ou seja, as *virtudes* e vícios que lhes correspondem, por exemplo, *justiça* e *injustiça*.<sup>126</sup>

Preocupou-se em classificar diferentes espécies de *fins* para os quais tendem essas diversas espécies de atividades, que são as *virtudes*: trata-se de uma forma de vida ou de virtude dirigida à verdade, o domínio sobre si mesmo e a divisão dos bens exteriores dentro de um grupo. Acerca desses comportamentos, Aristóteles chegou a uma definição acerca da finalidade da atividade jurídica.<sup>127</sup>

Trata-se, portanto, de um estudioso essencial à história, à filosofia e à própria teoria do Direito, especialmente em decorrência do fato de que formulou uma teorização jurídica a partir da *praxis* e do exercício efetivo da virtude, em sentido diametralmente oposto à doutrina platônica.

Platão volta-se para o pretense “céu das ideias”, enquanto Aristóteles observa a terra e reabilita uma experiência sensível. Grande parte da obra de Aristóteles, hoje perdida, tratou do direito e da política.<sup>128-129</sup>

Quanto a seus resultados práticos, acusaram-na de ser chã e burguesamente conformista. Aristóteles, ao contrário de ser “chã e burguesamente conformista”, demonstra

---

<sup>125</sup> Idem.

<sup>126</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 55-56.

<sup>127</sup> Ibidem, p. 56.

<sup>128</sup> Rafael, um dos grandes nomes do renascentismo, em uma de suas obras mais conhecidas, a *Causarum Cognitio*, ou “A Escola de Atenas”, um afresco encomendado pelo Papa Júlio II, no Século XVII, e é constituído por quatro painéis. A “Escola de Atenas” ilustra a Academia de Platão. OS filósofos que são apresentados, contudo, são de épocas distintas, o que demonstra a continuidade do pensamento filosófico. Ao centro, encontram-se Platão e Aristóteles. Platão segura o *Timeu* e aponta para o alto. Essa posição é interpretada como a indicação ao mundo das ideias. Aristóteles segura a *Ética*, com uma mão na horizontal, o que representaria o mundo terrestre, sensível. (BRITO, Carla. **Análise da obra**: “A Escola de Atenas”, de Rafael. 2016, n.p.)

<sup>129</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 39.

ser antes, um conservador. Não está propenso a se comover com as desigualdades sociais. Isso porque não procura superar as instituições de seu tempo, dedicando-se a escolher as melhores.<sup>130</sup>

Assim, Aristóteles parece não ter um "senso de progresso", pois não está propenso a utopias, entregando a cada um seu papel. O objetivo da filosofia não é dar, sozinha, soluções de direito concretas, nem fazer avançar a história. Até porque, não se tratava de um profeta. Sua mente especulativa não buscava transformar o mundo, mas, somente, compreendê-lo e descrevê-lo. Aristóteles e Platão representam duas concepções diferentes da filosofia e duas tendências do espírito humano.<sup>131</sup>

Platão traz um ideal insustentável, porém, exaltante, enquanto Aristóteles sem pretender que a filosofia fosse capaz de retratar um direito ideal, tem por objetivo observar, sem uma ideia preconcebida, a realidade, contudo, de maneira honesta e integral. Aristóteles tratou de manter distância de sistemas unilaterais idealistas e do falso realismo. Tratou de discernir qual era o ofício do jurista e a forma de elaboração do direito. É por isso que suas análises desempenharam papel relevante na história do direito.<sup>132</sup>

O conceito de Justiça em Aristóteles também é indispensável no que concerne às especificidades da mediação judicial, especialmente no que se relaciona à busca da Justiça por seu intermédio.

Nesse diapasão, um dos conceitos centrais dos estudos de Aristóteles é a sua teoria da justiça, que se passa a estudar a partir do próximo tópico.

## 2.2 A Justiça em Aristóteles: conceitos iniciais

O conceito de "Justiça", de especial importância para a Filosofia e para a Teoria do Direito, tem sido estudado e debatido há milênios, até mesmo no que concerne à etimologia da palavra.

Atualmente, segundo o "neopositivismo", "justiça" representa absolutamente nada, pois não remete a nenhum dado verificável. É, portanto, uma "palavra vazia", pois a justiça escapa das redes da ciência moderna. Os positivistas ainda não conseguiram eliminar a

---

<sup>130</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>131</sup> Ibidem, p. 65-65.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 66.

palavra de nosso vocabulário. É bastante frequente o seu uso nos discursos dos políticos, da grande imprensa, dos sermões dos padres progressistas, e dos tratadistas de direito civil.<sup>133</sup>

A ideia de justiça é muito mais influenciada pelo idealismo, que buscou na filosofia essa razão puramente subjetiva. A Justiça passou a ser um sonho, do espírito humano, de *igualdade* absoluta, por meio da “justiça social”. É, também, o sonho de *liberdade*, de “respeito por cada ser humano”, e de exaltação dos “direitos do homem”, de modo a fazer com que cessem as interdições e as legislações repressivas.<sup>134</sup>

Se a Justiça alimenta as plataformas revolucionárias, a tarefa quotidiana do *juiz* não tem a ver com a busca de ideais irrealizáveis. Entre a Justiça do idealismo e a aplicação da justiça há uma cisão, um abismo entre Justiça e Direito.<sup>135</sup>

Se se insiste que o direito se encontra a serviço da justiça, arisca-se grandes erros, pois essa fórmula esvaziou-se de sua substância original. Faz-se necessário, assim, regressar aos *gregos*, pois a *Justiça* é o centro do pensamento grego. É possível estudá-la em Píndaro, Heráclito ou Platão.<sup>136</sup>

Diante disso, comprova-se a necessidade do estudo dos filósofos da antiguidade para que seja possível o entendimento pleno do conceito de Justiça e de suas aplicações à filosofia e à teoria do direito.

Aliás, para alguns, “Justiça” origina-se das palavras *jus*, *justitia* e *justum*, que derivam do *ju* (“yu”), do sânscrito, que significa “unir”, “atar”. Essas expressões deram origem à palavra latina *jungere*, ou “jungir”, e *jugum*, ou, “jugo”, “submissão”, “autoridade”. Para outros, origina-se da expressão *yóh*, também do sânscrito, encontrada no nos Vedas, o livro sagrado dos hindus, correspondente à ideia religiosa de salvação. Já os modernos associaram a ideia de *jus* a Zeus (Júpiter para os Romanos), divindade helênicas suprema. Evidencia-se, assim, que a primeira noção de Justiça se relacionou à ideia de proteção divina.<sup>137</sup>

Ocorre que não é possível, etimologicamente, ligar a expressão grega relacionada à Justiça com qualquer “ser”, terreno ou divino.

A palavra *díkaion* é, ao mesmo tempo, um neutro(a) e um neutro(a) substantivado(a) (*to díkaion*), assim como o substantivo latino *jus*. O grego, porém, ajuda a perceber uma

<sup>133</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 51-52.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 52-53.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>137</sup> BARBOSA, Joaquim. **O que é justiça**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 33-34.

distinção fundamental entre o fato de ser um homem ou uma mulher justa (*díkaios*), de possuir a virtude da justiça, ou o fato de realizar a *coisa* justa (*to díkaion*).<sup>138</sup>

Assim, a conceituação aristotélica resulta em um conceito de Justiça enquanto virtude individual, porém, voltada à salutar convivência em uma sociedade política que, especialmente no que tange à prática de atos "justos", mais se relaciona ao ordenamento jurídico estatal (*pólis*) do que, propriamente, às divindades.

Aristóteles acabou por fornecer subsídios epistemológicos para a racionalização de toda a abordagem da Justiça e estabelecer parâmetros para uma redefinição das fronteiras do equilíbrio social. Nesse sentido, a filosofia aristotélica deve ser o ponto de partida da crítica moderna, bem como sua "aporética".<sup>139</sup>

A teoria aristotélica da Justiça, contudo, surge a partir do estudo da metafísica e da condição humana, individual e nas relações sociais, compreendendo uma significativa parcela de suas teorizações. É, assim, um conceito complexo. Além disso, não construiu, propriamente, uma "definição" do que seria Justiça.

A Justiça é um conceito normativo, de modo que a sua definição em termos descritivos é difícil. Em Aristóteles, a Justiça é equiparada à legalidade, à imparcialidade, ao igualitarismo e à retribuição do indivíduo de acordo com seu grau, sua habilidade e sua necessidade.<sup>140</sup>

Para Aristóteles, a palavra "justiça" não remete a uma utopia ou a um "estado de coisas ideal", mas, sim, a algo real, uma virtude de muitas espécies de comportamentos habituais. Por isso, afirmar que um homem é "justo" equivale a exprimir, em geral, a sua superioridade moral".<sup>141</sup>

Enquanto definição normativa, o "justo" tem o mesmo significado de "igual". Diante disso, se determinada norma for igualitária, logicamente, ela também é justa, de modo que seria incoerente considerar injustas tanto as normas igualitárias como as normas não-igualitárias.<sup>142</sup>

Ao se estudar o conceito de Justiça a partir de Aristóteles, é necessário compreender que não há uma transposição direta dos fatos aos valores, pois suas definições juízos normativos, erroneamente chamados "definições", para a obtenção de alguma eficácia

<sup>138</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 70.

<sup>139</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005, p.152.

<sup>140</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998, p. 661.

<sup>141</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 59.

<sup>142</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit., p. 661.

retórica. Assim, o conceito de Justiça liga-se não somente ao conceito de “bem”, também, ao de direito legal e moral.<sup>143</sup>

Ocorre que esse "costume" de relacionar, diretamente, a Justiça à origem, aos fundamentos e aos objetivos do Direito gera equívocos até mesmo nas teorizações contemporâneas.

Atualmente, há uma grande tentação da doutrina jurídica em confundir direito e moral e direito e *justiça penal*. A linguagem grega parece autorizar essa confusão, ao associar os termos justiça (*díkaiosunê*) e direito (*díkaiion*).<sup>144</sup>

A conceituação de Justiça (ou das várias “Justiças”) em Aristóteles divide-se em vários juízos normativos, de modo que são mais comandos ou recomendações do que definições em sentido semântico.

Trata-se, então, não de uma ciência teórica, mas, sim, de uma "ciência prática", relacionada diretamente à conduta dos homens e aos fins que procuram atingir, como indivíduos ou como parte de uma sociedade. Ao estudar a conduta e os fins do homem como indivíduo, é "ética"; ao estudar a conduta e os fins do homem como parte de uma sociedade, é "política".<sup>145</sup>

Diante disso, o conceito de Justiça em Aristóteles, ao relacionar-se diretamente à ética, incorpora valores individuais e sócio-políticos.

Assim, a justiça aristotélica é a primeira das virtudes em relação a todas as instituições sociais. O que a verdade é para a ciência, a justiça deve ser para as instituições sociais. Uma sociedade organizada deve possuir máxima aderência de suas partes contratantes, exclusivamente pelo critério da Justiça, que se traduz nas estruturas institucionais de sociedade.<sup>146</sup>

É, portanto, a virtude individual máxima, indispensável à construção, à coesão e à manutenção do próprio tecido social e político.

Para Aristóteles, todos os homens entendem a justiça como uma disposição de caráter, faz com que as pessoas sejam propensas a fazer o que é justo. Injustiça é a disposição que as leva a agir injustamente, a desejar o que é injusto. Assim, apesar dos termos "justiça" e "injustiça" parecem termos ambíguos, seus significados se aproximam. Isso porque, o "justo" é o respeitador da lei e o probo, cujos atos são legítimos, enquanto o "injusto" refere-se ao o

---

<sup>143</sup> Ibidem, p. 661-662.

<sup>144</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 62.

<sup>145</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario, Op. Cit, p. 203.

<sup>146</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, Op. Cit., p. 377.

homem sem lei e ímprobo. Trata-se, assim, da "virtude completa" no que se relaciona ao próximo, mais admirável que a Vésper e a "estrela-d'alva". Até porque todas as virtudes estão compreendidas na Justiça.<sup>147</sup>

Aquele que possui tal virtude a exerce não apenas sobre si, porém, sobre o próximo, apesar de muitos homens somente serem capazes de exercê-la nos seus assuntos privados. Trata-se de uma virtude indispensável a quem governa, por se relacionar com outros homens e ser um membro da sociedade.<sup>148</sup>

Até porque, somente a virtude da justiça relaciona-se ao "bem de um outro", que determina a prática do que é vantajoso a outra pessoa, governante ou associado. Diante disso, por ser a Justiça virtude máxima, o pior dos homens é aquele que não a exerce para com o outro. Nesse sentido, a Justiça é uma virtude "inteira", enquanto a injustiça é um "vício inteiro".<sup>149</sup>

Aquilo que, em relação ao próximo, é justiça, como uma disposição de caráter em si mesma, é virtude. O "bem supremo" é o aperfeiçoamento do homem em relação ao seu meio, por intermédio das atividades que o diferenciam das coisas. Nesse contexto, "vida" corresponde à atividade da razão.<sup>150</sup>

A Justiça, nesse contexto, inicia-se no homem, enquanto virtude "total", para o meio social (a *polis*), tendo em vista ser adquirida por meio do exercício prático do bem "para o outro".

Desse modo, trata-se de uma virtude intelectual que regula princípios práticos, relacionando-se a um fim ou a um princípio superior à própria sabedoria especulativa, recebendo dela os princípios absolutos voltados à sua aplicação em cada situação.<sup>151</sup>

É um conjunto de valores intrínsecos ao ser humano, porém, necessários à convivência em uma sociedade política, por ser inerente às próprias relações sociais, entre indivíduos e entre grupos de indivíduos.

Assim, a felicidade é alcançada quando o homem exerce todas as potencialidades da alma, de forma que se faz necessário não somente agir, mas, sim, "agir virtuosamente". A Justiça, assim, é entendida como uma *areté* do espírito humano, a realização da natureza racional humana, inerente ao homem a sociabilidade. É um pressuposto para a capacidade de

<sup>147</sup> ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 97.

<sup>148</sup> Ibidem, p. 97-98.

<sup>149</sup> Ibidem, p. 98-99.

<sup>150</sup> Ibidem, p. 99.

<sup>151</sup> MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1982, p. 24.

organizar-se politicamente para a autossuficiência e para a busca da felicidade (*eudaimonia*). Releva-se, então, no convívio social, pois é nesse contexto que se torna possível o exercício prático da virtude, e, via de consequência, a evolução das faculdades da alma (*psyché*) humana.<sup>152</sup>

A felicidade, mesmo quando se refere à "vida contemplativa", inclui as outras virtudes, como a temperança, a coragem, a justiça e a amizade. Nesse sentido, Aristóteles afirmou que não há diferença entre a felicidade dos homens e das mulheres e a felicidade da cidade.<sup>153</sup>

Aqueles que buscam a felicidade como "atividade perfeita e prática da virtude", além de praticar a justiça e eliminar o mal, devem aspirar à honra e ao bem-estar, fazendo o bem. Para atingir esse objetivo, fazem-se necessárias fortunas e virtudes, ou seja, conhecimento e escolha deliberada. Até porque a cidade só alcançar a felicidade e virtude se todos os seus cidadãos forem virtuosos, ou seja, caso participem plenamente de cidadania.<sup>154</sup>

Nesse sentido, Aristóteles distingue várias espécies de *amizades*. Toda cidade, toda relação de negócios envolve uma dose de amizade. Não se diz, portanto, que a amizade seja o contrário do direito; para que o direito exista é preciso uma certa espécie de amizade.<sup>155</sup>

Desvende-se, nesse sentido, a razão pela qual o conceito de Justiça em Aristóteles é, sim, normativo e, conseqüentemente, indispensável ao entendimento da Filosofia e da Teoria do Direito.

Até porque a Justiça pressupõe: "relação social, conflito e bilateralidade". Exige a correspondência histórica entre uma obrigação e uma pretensão, dentro de certas proporções, estas indicadas por situações histórico-sociais.<sup>156</sup>

A justiça, enquanto conceito normativo, torna-se uma exigência de uma determinada ordem positiva e supõe o poder para realizá-la. É, porém, distinta da "força" e encontra-se acima dela. É o valor que justifica e legitima o poder.<sup>157</sup>

Tendo em vista ser o primeiro aspecto da Justiça um valor intrínseco ao indivíduo humano, necessário estudar a Justiça enquanto virtude e o conceito aristotélico de "homem justo".

---

<sup>152</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, Op. Cit., p.73.

<sup>153</sup> BERTI, Enrico. **Aristóteles**. Madrid: Gredos, 2012, p. 105.

<sup>154</sup> Ibidem, p. 113.

<sup>155</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 81-82.

<sup>156</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario, Op. Cit., p. 203.

<sup>157</sup> Idem.

### 2.3 A justiça como virtude: o conceito de "homem justo"

Para a filosofia aristotélica, a Justiça, enquanto valor intrínseco ao homem, nasce em seu âmago, contudo, por meio da “prática” da interação com o meio social no qual encontra-se inserido, por intermédio de atos voluntários.

Há diferença entre “ser justo” (no masculino ou no feminino) e “realizar o justo” (no gênero neutro), ou seja, entre *díkaios* e *to díkaion*. Assim, é possível realizar o *díkaion* (atos justos), sem ser *díkaios* (intimamente justo).<sup>158</sup>

Note-se, aqui, o quanto de "subjetivo" e "individual" há na conceituação de Justiça a partir de Aristóteles.

A Justiça aristotélica é, diante dessa lógica, aquilo em virtude do que o homem justo, por escolha própria, pratica, e que termina por distribuir, não de forma a dar mais do que convém a si e menos ao seu próximo, mas, sim, dando o que é igual, proporcionalmente e, da mesma forma, quando se distribui entre outras pessoas.<sup>159</sup>

A virtude da Justiça é praticada de maneira exclusivamente voluntária (por ação ou mesmo por omissão); em sentido oposto, o vício da injustiça pode ocorrer mediante atos involuntários.

De modo a estabelecer diferenças entre certas situações, Aristóteles lista três espécies de "dano", que pode ser praticado em detrimento do outro, porém, de maneira involuntária, de modo que aquele que os pratica, apesar de agir com injustiça, não pode ser tido como um homem "injusto" ou "vicioso".

Há, inicialmente, aqueles danos que são infligidos por ignorância (os “enganos”), que ocorrem quando a pessoa atingida pela ação ou pelo fim a ser alcançado. Aliás, são diferentes daquilo que o agente supõe; aqueles que ocorrem quando era razoável esperar o “infortúnio” ou que ocorrem quanto a uma expectativa razoável, derivados, portanto, de um “engano”; e aqueles que ocorrem quando o agente sabe o que faz, porém, sem deliberação prévia.<sup>160</sup>

Os homens, desse modo praticam atos nocivos, de modo que agem injustamente. Isso não significa, porém, que os agentes sejam injustos, até porque o dano decorre do vício. Situação diversa, todavia, ocorrerá se um prejudicar a outro por escolha: são justamente esses

<sup>158</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 46.

<sup>159</sup> ARISTÓTELES, Op. Cit., p. 109.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 114-115.

os atos que caracterizam os homens injustos e viciosos. Assim, um homem será *justo* se agir justamente, por escolha; mas sua ação somente será justa se for voluntária.<sup>161</sup>

Da mesma forma, a justiça ocorre, sim, no tratamento com justiça. Toda ação justa é voluntária, de modo que é razoável que haja uma oposição semelhante em cada um dos casos.<sup>162</sup>

Um homem pode ser voluntariamente prejudicado e sofrer injustiça. Ocorre que ninguém seria voluntariamente tratado de forma injusta, pois ninguém desejaria ser tratado injustamente, nem mesmo o louco.<sup>163</sup>

Diante disso, a conduta "justa" é praticada por ações; em sentido oposto, a "injustiça" pode ser praticada tanto por ação quanto por omissão. Os referidos conceitos, portanto, não são propriamente "antinômicos", mas, sim, "dicotômicos" e "coexistentes". No plano da prática, ao mesmo tempo, opostos e complementares.

Nesse mesmo sentido, Aristóteles afirmou que "a virtude é um hábito", ou seja, trata-se de um comportamento repetido, ou mesmo uma disposição adquirida de agir de um determinado modo. Diante desse conceito, um indivíduo realiza a moral por meio de um exercício constante e estável do que está inscrito no seu caráter como disposição ou capacidade de fazer o bem, como uma virtude".<sup>164</sup>

Por intermédio da prática (do hábito de praticar a Justiça), o indivíduo contribui, constantemente, por intermédio de suas virtudes, para a realização da moral. Atos extraordinários ou privilegiados, próprios do herói ou de uma personalidade excepcional, não se fazem necessários. É indispensável, porém, a prática cotidiana e repetida, que decorre de uma disposição permanente e estável. Para ser, de fato, "virtuoso", o indivíduo deve estar sempre disposto a praticar a Justiça.<sup>165</sup>

Ocorre que o "homem justo" não se constrói apenas por uma ação, nem mesmo por diversas condutas "justas" praticadas isoladamente.

De tanto praticar, chega o homem a ser virtuoso, de modo que as virtudes morais, como a prudência, a fortaleza, a temperança e a sua síntese, a Justiça, são, precisamente, aquilo que compõe o justo meio, que se volta a evitar os excessos.<sup>166</sup>

---

<sup>161</sup> Ibidem, p. 115.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 116-117.

<sup>163</sup> Idem, p. 117.

<sup>164</sup> VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 214.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 215.

<sup>166</sup> NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 150.

Ocorre que, a partir desse ponto, Aristóteles já demonstra diferenciações entre as virtudes e até mesmo entre as pessoas.

Em Aristóteles, porém, a prudência, a força e a justiça são diferentes entre homem e mulher. Há uma capacidade de caminhar e de para servir. O mesmo se aplica às outras virtudes. Até mesmo a administração doméstica pela mulher e pelo homem são diferentes, pois a função da primeira é a de adquirir.<sup>167</sup>

A prudência é a virtude intelectual que decide, sobre situações contingentes, sem o tempo ou os meios para expor suas razões. Trata-se da “virtude por excelência”, do legislador e do juiz, que enunciam o direito nas causas particulares.<sup>168</sup>

Diante disso, somente por meio do hábito de praticar a Justiça é que se pode construir um “homem justo”.

A realização gradual e constante de atos "justos" produz, nesse diapasão, homens justos, o que ocorre por intermédio da aquisição da virtude da Justiça, que se transforma, então, em um *habitus*, que contribuirá para se passe a realizar, como "felicidade", outros atos de Justiça. Após, ao realizar, paulatinamente, atos de valor, tornamo-nos “valentes”, adquirindo o hábito do valor, que passará a produzir, com facilidade, atos de “valentia” e, assim, sucessivamente. Desse modo, em para Aristóteles, as virtudes éticas são aprendidas do mesmo modo que se aprendem as artes, que, também, são hábitos.<sup>169</sup>

A aquisição da virtude da Justiça como virtude máxima ocorre, então, por meio da prática de atos justos, ou seja, voltados ao “outro”.

Por meio da equidade no interior das ações particulares poder-se-ia chegar à equidade no seu sentido universal. Aqui, a virtude é um hábito, que se consolida apenas por meio da ação. Não é, portanto, um saber teórico, mas, sim, um conjunto de costumes a serem repetidamente exercitados com as gerações mais jovens, com o objetivo de que estas venham a adquirir a força moral extraída das três estratégias educativas: exortação, exemplo e envolvimento.<sup>170</sup>

Aristóteles estabelece a equidade e a justiça do caso concreto. Trata-se de um dos conceitos jurídicos essenciais até hoje. É um processo de integração do ordenamento positivo. A justiça é a potência que se deve converter em atos, porém, sem jamais aperfeiçoar-se

---

<sup>167</sup> BERTI, Enrico. Op. Cit., p. 201.

<sup>168</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 63.

<sup>169</sup> REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. 10. ed. Lisboa; Edições 70, 1997, p. 89.

<sup>170</sup> Idem.

plenamente. É daí que surge a necessidade da equidade, enquanto justiça individualizada, a ser efetivada no mundo real.<sup>171</sup>

A equidade, embora “extrapole” a justiça, é algo como uma “superjustiça”, uma plena realização da igualdade. A justiça, que estava, inicialmente, na lei, ao fim do processo de elaboração do direito, passa à função de corrigir a lei escrita.<sup>172</sup>

Apesar de seu caráter individual, demonstra, em Aristóteles, ser essencial para a construção e para a manutenção de uma sociedade política. Até porque a virtude total da Justiça, especialmente no que se relaciona à “prudência”, tem como um de seus objetivos principais o controle das necessidades da vida, que coagem o homem e o mantêm sob seu poder.

Diante disso, de acordo com Ramiro Marques: “O homem livre, o cidadão da *polis*, não é coagido pelas necessidades físicas nem tampouco sujeito à dominação artificial de outros”.<sup>173</sup>

Por ser a “soma de todas as virtudes” e essencial às relações entre os cidadãos, a conceituação (normativa) de Justiça acabou por ser dividida, na teorização aristotélica, em diversas “espécies”, complementares entre si.

Já que a virtude é um trabalho da natureza, do hábito e da razão, e passa da natureza à razão por intermédio do hábito e da educação (*Paideia*), o legislador deve garantir a todos os cidadãos a educação que precisam para se tornarem virtuosos.<sup>174</sup>

Desse modo, assim como o homem perfeito é “o melhor dos animais”, se não se atentar à lei e à justiça, “é o pior de todos”, pois a mais insuportável das injustiças é a que possui armas. Isso porque o homem é, naturalmente, armado para o bom senso e para a virtude, mas pode usá-las para coisas opostas. Sem virtude, o homem é o ser mais ímpio e feroz, o pior em luxúria e voracidade. A justiça, assim, é um valor cívico, pois é a ordem da comunidade civil. A virtude da justiça é o discernimento do justo.<sup>175</sup>

As demais virtudes devem ser tratadas da mesma forma. Todos devem participar delas, porém, não da mesma maneira, mas, sim, na medida em que cada um deles é necessário para sua função. Aquele que comanda deve ter uma “virtude ética perfeita”, pois sua função é a de

---

<sup>171</sup> ADEODATO, João Maurício. Op. Cit., p. 141.

<sup>172</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 63.

<sup>173</sup> MARQUES, Ramiro. **O livro das virtudes de sempre: ética para professores**. São Paulo: Landy, 2001, p. 50.

<sup>174</sup> BERTI, Enrico. Op. Cit., p. 113.

<sup>175</sup> *ibidem*, p. 151.

quem dirige a ação, enquanto a razão é como aquele que dirige a ação a cada um dos cidadãos, na medida correspondente.<sup>176</sup>

No contexto do presente trabalho, necessário destacar que o mediador deve, necessariamente, ser um "homem justo", no sentido aristotélico. Isso porque deve, no seu dia a dia, ao exercer seu mister, efetiva e conscientemente, praticar a Justiça, em cada caso concreto que lhe for apresentado.

Ocorre que um dos aspectos essenciais do exercício da Justiça, até mesmo por se relacionar diretamente à prática da virtude, relaciona-se ao equilíbrio necessário nas relações entre as pessoas em uma comunidade política. Trata-se, abaixo, do conceito aristotélico de "justo meio".

## 2.4 O "justo meio"

Um dos sub-conceitos essenciais à formulação aristotélica é, sem dúvida, o conceito de "justo meio", que guarda relação direta com o equilíbrio nas relações entre os homens, na busca pela Justiça.

As "virtudes éticas" têm como característica essencial comum o fato de que os impulsos, as paixões e os sentimentos tendem ao excesso ou à falta, de modo que é essencial impor uma "justa medida", que é o "meio do caminho" ou a "mediania" entre dois excessos.<sup>177</sup>

A Justiça encontra-se, assim, em uma prática de atos justos para com o outro, voltada ao equilíbrio entre tais relações.

A virtude, nesses termos, consiste em um "justo meio" entre dois extremos. Na teoria aristotélica, é ilustrada pela análise de algumas das principais virtudes éticas dos gregos, derivadas empírica, cumulativa e harmoniosamente. Trata-se do "justo meio" entre os excessos da temeridade e da covardia. Trata-se da justa medida imposta ao sentimento de temor que, distante do controle racional, pode transformar-se em "covardia" ou, pelo excesso oposto, em "audácia".<sup>178</sup>

Desse modo, a temperança é o justo meio entre a "libertinagem" e a "insensibilidade". Trata-se, assim, de uma atitude justa, que a razão nos obriga tomar perante determinados prazeres. No mesmo sentido, a "liberalidade" é o justo meio entre avareza e a prodigalidade,

<sup>176</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>177</sup> REALE, Giovanni; ANTISERI, Dario. Op. Cit., p. 204.

<sup>178</sup> REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. 10. ed. Lisboa; Edições 70, 1997, p. 89.

de maneira que é o comportamento justo, derivado da razão, relacionado ao gasto de dinheiro.<sup>179</sup>

Diante disso, o equilíbrio na prática do bem para "o outro", no sentido de se poder alcançar o "meio-termo" nas relações sociais é base "lógica" da teoria da Justiça de Aristóteles, sendo indispensável para o entendimento de todo o restante dessa parte específica de seus estudos.

É, então, possível tomar mais, menos ou uma quantidade igual de tudo aquilo que é "contínuo e divisível". Nesses termos, o "igual" é um meio-termo entre "excesso" e "falta". É, especificamente, aquilo que está equidistante dos extremos, que é um só para todos os homens. No que tange às relações entre as pessoas, tudo aquilo que não é nem "demasiado" nem "demasiadamente pouco" corresponde ao que não é o mesmo para todos. Trata-se da própria virtude moral, que respeita tanto às paixões quanto às ações.<sup>180</sup>

Diante disso, o "justo meio" não é obtido em abstrato, mas, sim, na avaliação da relação de fato, no caso concreto.

De acordo com a filosofia de Aristóteles, no momento de se considerar uma prática como justa ou injusta, é necessário considerar com que espécie de ações se relacionam, que espécie de meio-termo é a justiça e entre que extremos o ato justo é intermediário.<sup>181</sup>

Há, então, um ponto intermediário entre as iniquidades de cada caso. Trata-se, aqui, da equidade. Em toda espécie de ação em que há o mais e o menos, também há o igual. O injusto é iníquo, enquanto o justo é equitativo. Diante disso, como o igual é um ponto intermediário, o justo é um meio-termo.<sup>182</sup>

O justo é um "termo proporcional", de modo que o injusto viola a proporção. O homem que atua injustamente tem excesso, e o que é injustamente tratado tem demasiado pouco. No caso do mal, o menor mal é um bem em comparação a um mal maior.<sup>183</sup>

Assim, a ação justa é intermediária entre agir injustamente e ser vítima de injustiça. Assim, a justiça é um meio-termo porque se relaciona com uma quantia ou quantidade intermediária; a justiça, por sua vez, relaciona-se aos extremos. Conclui-se, assim, que a

---

<sup>179</sup> Ibidem, p. 89-90.

<sup>180</sup> SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001, p. 29.

<sup>181</sup> ARISTÓTELES, 1991, Op. Cit., p. 96.

<sup>182</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 103.

Justiça é algo humano.<sup>184</sup> O justo deve, ao mesmo tempo, ser intermediário, igual e relativo.<sup>185</sup>

Conclui-se, assim, que agir de maneira justa não equivale a um dever de alguém se submeter à injustiça.

Diante disso, no domínio das paixões e das ações, a virtude ética é a posição intermediária entre os dois extremos da paixão, um por padrão, outro por excesso. Assim, para Aristóteles, o meio termo não é a mediocridade, mas, sua antítese, encontrando-se em uma posição superior aos extremos, representando sua superação e sua "superioridade". Encontra-se, assim, no mais elevado da perspectiva de valor, enquanto indica a afirmação da razão sobre o irracional, de modo que, por essência, a virtude é um meio que, em relação ao bem e a perfeição, está no ponto mais alto.<sup>186</sup>

Destaque-se, no presente contexto, que uma das principais funções do mediador, na prática da Justiça é, justamente, levar as partes, por intermédio do diálogo, a alcançar o “justo meio” e, via de consequência, eliminar o conflito instaurado ou cristalizado pelo processo judicial.

A moral em Aristóteles é a moral do justo meio, de modo que seria errado classificá-la como uma moral da mediocridade. O justo meio-termo é aquilo que exige maior esforço, até porque não é o pântano, mas, sim, o topo da montanha, mais difícil de ser atingido, entre dois “declives de facilidade”.<sup>187</sup>

Desse modo, o *ison* não é apenas a equivalência entre duas quantidades, mas, sim, a harmonia, o valor do justo, próximo do valor do belo. É um "justo meio-termo" entre excesso e falta, não equivalendo, de forma alguma, à igualdade simples ou “aritmética” do moderno igualitarismo".<sup>188</sup>

Na Ética a Nicômaco, Aristóteles descobre no que consiste a felicidade do homem, que é o objetivo da sua conduta moral e acaba por definir a virtude como um “meio-termo”, especialmente, no Livro V, onde se encontra a doutrina completa da justiça e do direito.<sup>189</sup>

---

<sup>184</sup> Ibidem, p. 109.

<sup>185</sup> Ibidem, p. 112.

<sup>186</sup> REALE, Giovanni. Op. Cit., p. 104.

<sup>187</sup> "Que se diria de uma harmonia que não estivesse carregada de acordes *desiguais*? Precisamos dos metais e das cordas, das dominantes e das tônicas, das semínimas e das colcheias, dos *forte*, dos *pianissimi*". (VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 70).

<sup>188</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 74.

<sup>189</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 39.

O meio-termo, aqui, está nas próprias coisas que são distribuídas a cada um, em quantidades nem grandes nem pequenas demais, mas, sim, médias entre os dois excessos (*medium rei*). Por isso, é que o objeto da justiça não se confunde com o conjunto da moral.<sup>190</sup>

Afirmar que um homem é “justo” equivale a afirmar que tem o costume de não pegar 'mais do que lhe cabe dos bens “exteriores”, disputados num grupo social, nem menos do que lhe cabe dos encargos.<sup>191</sup>

A partir desse aspecto desenrola-se toda a prática da Justiça. Faz-se necessário, contudo, examinar a classificação das diversas "justiças" em Aristóteles

## 2.5 A justiça universal

O primeiro dos aspectos do conceito de Justiça em Aristóteles é o seu aspecto "universal", relacionada ao "hábito" de observar as leis, conceito que, novamente, comprova o distanciamento da teoria aristotélica dos aspectos divinos encontrados nos estudos filosóficos da época.

Trata-se, em apertada síntese, da própria observância da lei, correspondente ao exercício completo e perfeito da virtude, exercida pelo indivíduo sobre si mesmo e o próximo".<sup>192</sup>

O “justo total”, nesse contexto, é a observância das regras sociais vinculantes. Nesse contexto, o "hábito" de conformar as ações ao conteúdo da lei corresponde à própria realização da justiça “total”. Nesse contexto, a justiça e a legalidade são a mesma coisa. Até porque, aqui, observa-se a identificação entre a justiça e as leis de cada Estado, que abarca toda a “vida moral”, de modo que a justiça compreende a virtude como um todo.<sup>193</sup>

Assim, ser um “homem justo” equivale a ser, ao mesmo tempo, piedoso, corajoso, prudente, temperante e modesto, dentre outras virtudes. Ocorre que a “justiça geral” não se confunde com a moralidade plena. A virtude é, pois, parte (*meros*) da moralidade total e da "justiça geral". Ocorre que seus contornos são bem mais nítidos. É uma virtude que se confunde com a “soma de todas as virtudes”.<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>191</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 63-64.

<sup>192</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 37.

<sup>193</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>194</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 59.

Demonstra-se, aqui, um dos aspectos principais da teoria aristotélica da Justiça, que se relaciona de forma direta com a ciência do Direito.

Além da Justiça universal, porém, a teoria aristotélica da Justiça compreende um aspecto particular, relacionado ao indivíduo em relação a si mesmo.

## 2.6 A justiça particular

O aspecto "particular" da Justiça em Aristóteles relaciona-se, especificamente, a um hábito necessário, que deve ser parte integrante das práticas cotidianas e constantes do "homem justo".

Isso porque a justiça particular consiste, especificamente, no hábito de realizar a igualdade, no que tange à distribuição de honras e bens e à observância da lei e da igualdade.<sup>195</sup>

É uma parte da Justiça universal, é dividida por Aristóteles em duas espécies: a justiça distributiva, que regula as ações do estado em relação ao cidadão no que concerne à distribuição proporcional e igualitária dos bens; e a justiça corretiva, que busca restabelecer, moral ou juridicamente, uma igualdade rompida.<sup>196</sup>

Tomás de Aquino, a partir de Aristóteles, observou que a justiça particular é a virtude do juiz e dos juristas, seus auxiliares. As leis têm o objetivo de guiar o trabalho do juiz, que cumpre o que é determinado pelos legisladores.<sup>197</sup>

O objeto da justiça particular é, assim, a justa partilha dos bens e ônus em um grupo. Faz-se, aqui, uma relação mais ordenada, que reconhece o valor da ordem na qual estão dispostas as coisas repartidas entre as pessoas.<sup>198</sup>

A "justiça particular" se opõe a duas outras virtudes cardeais: força e prudência. Relaciona-se, porém, à generosidade, à grandeza de alma, à misericórdia, à amizade, que a Ética a Nicômaco classifica e descreve. É uma virtude social, essencial à justiça como um todo.<sup>199</sup>

<sup>195</sup> SILVEIRA, Denis Coutinho. Op. Cit. p. 69.

<sup>196</sup> Ibidem, p. 75.

<sup>197</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 43.

<sup>198</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>199</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 63-64.

No livro V das *Éticas*, Aristóteles definiu a justiça como uma boa proporção dos bens exteriores divididos entre os que habitam a mesma cidade". Assim, o *Díkaiōn* só é concebido em sentido rigoroso na justiça particular.<sup>200</sup>

Necessário, diante disso, estudar especificamente, cada um desses aspectos da justiça particular.

### **2.6.1 A justiça distributiva**

Em seu primeiro aspecto, a "Justiça particular" trata de regular aquelas ações estatais que se encontram relacionadas à distribuição proporcional das honrarias e bens aos cidadãos em geral.

A verdadeira razão pela qual os homens passaram a se reunir em uma sociedade e constituíram o Estado, foi garantir a expressão máxima da personalidade, assegurada por um conjunto de normas coercitivas que garantisse a cada um uma esfera de liberdade imune às ações alheias.<sup>201</sup>

Assim, o ordenamento apenas será justo se esse conseguir fazer com que todos os cidadãos possam usufruir dessa esfera de liberdade, de modo a que seja possível a cada um desenvolver sua própria personalidade. Diante disso, não é suficiente que o ordenamento jurídico estabeleça uma ordem, nem que essa ordem seja fundada na igualdade; é preciso que espelhe a Justiça em toda a sua luz. O ordenamento apenas será justo se for estabelecido sobre uma "ordem de liberdade".<sup>202</sup>

A prática da Justiça, visando ao "homem justo" tem como um de seus aspectos necessários, então, a prática da igualdade.

Nesse sentido, a justiça distributiva concerne à relação dos particulares com a comunidade, na distribuição de honrarias, fortunas e coisas. Aqui, o justo é proporcional, sendo determinado pela igualdade, na qual cada um recebe de conformidade com seus méritos.<sup>203</sup>

---

<sup>200</sup> Ibidem, p. 74.

<sup>201</sup> BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 73.

<sup>202</sup> Ibidem, p. 73-74.

<sup>203</sup> REALE, Giovanni. Op. Cit., p.105.

O "homem justo", assim como uma comunidade de "homens justos", deve preocupar-se com a distribuição equânime dos bens econômicos e sociais, sob pena de obnubilar esse essencial aspecto da Justiça.

Trata-se, assim, de um significado específico da justiça, referente à distribuição de bens, benefícios e vantagens, de modo a que seja possível encontrar a medida certa para distribuir benefícios, vantagens e ganhos, ou males e desvantagens. Constitui uma posição intermediária, a partir do conceito de "justo meio".<sup>204</sup>

A igualdade acabou por se tornar um dos aspectos indispensáveis à prática jurídica moderna.

Um direito igualitário é, de conformidade com a Justiça distributiva, a meta mais alta para os tempos antigos. Relaciona-se à medida para decidir sobre as questões relacionadas ao "meu" e o "teu", e a dar o seu a seu dono. Procurava-se uma medida justa para a atribuição do direito. Foi, então, na exigência da igualdade, implícita ao conceito de *dike*, que se encontrou essa medida. A *Dike* que, nesse sentido, deve estabelecer um justo equilíbrio voltado a garantir a *eunomia*, de modo a conciliar e harmonizar esses elementos para construir uma só comunidade, uma cidade unida, pois, sem a *isotes*, não há cidade, porque não é possível haver *philia*".<sup>205</sup>

Assim, a igualdade demonstra-se essencial até mesmo à manutenção do tecido social da comunidade política na qual ocorrem as relações entre os homens. Sem igualdade, portanto, destrói-se o próprio tecido da *polis*.

Àqueles que são "iguais" são devidos os a mesmos benefícios ou encargos; aos "desiguais", porém, são devidas partes diferentes, na medida em que são desiguais e na qual se desigualam.<sup>206</sup>

Aristóteles expõe a ideia distributividade por intermédio de uma formulação lógico formal, por meio de uma proporção denominada "igualdade de razões", dividida em quatro termos.

Se a linha "a" está para a linha "b" assim como a linha "b" está para a linha "c", a linha "b" acabou por ser mencionada duas vezes e usada em duas posições. Assim, os termos proporcionais são quatro. Diante disso, a razão entre dois deles é a mesma que entre os outros,

---

<sup>204</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca, Op. Cit., p. 102.

<sup>205</sup> VERNAT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Difel, 2002, p. 78.

<sup>206</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p.100.

pois há uma distinção semelhante entre pessoas e entre coisas. O todo guarda a mesma relação para com o todo.<sup>207</sup>

Esse acoplamento é efetuado pela distribuição e, sendo combinados os termos, efetuado de maneira justa. Na realidade, de conformidade com essa lógica, essa espécie do justo é intermediária, e o injusto é aquilo que viola a proporção. O proporcional é intermediário; justo é proporcional.<sup>208</sup>

É necessário subtrair daquele que tem mais e acrescentar ao que tem menos a quantidade que excede o intermediário. Do maior deve-se subtrair o excesso em relação ao mesmo intermediário.<sup>209</sup>

Diante disso, se as pessoas não recebem nem mais nem menos, mas, exatamente, aquilo que a elas efetivamente pertence, têm, dessa maneira, o que é seu, e, assim, nem ganham nem perdem. Nesse diapasão, o justo é intermediário entre uma espécie de ganho e uma espécie de perda. Consiste na necessidade de se ter uma quantidade, após à transação, igual à que se tinha antes.<sup>210</sup>

O equitativo é uma espécie superior de justiça. É superior. Apesar de ser uma correção da justiça legal, o erro não se encontra nem na lei, nem no legislador, mas, sim, na natureza da coisa, pois os assuntos práticos são dessa natureza. O equitativo é um justo superior. Não porque corrige um erro proveniente do caráter absoluto da disposição legal. É uma correção de uma lei deficiente, em razão de sua universalidade. Justamente em decorrência dessa necessidade é que nem todas as coisas são determinadas pela lei. Em torno de algumas coisas é impossível legislar.<sup>211</sup>

O justo equitativo relaciona-se, especificamente ao “homem equitativo”, aquele que escolhe e pratica atos equitativos e que não se atém rigorosamente a seus próprios direitos em um “mau sentido”. Tende a tomar menos do que seu quinhão embora tenha esse direito. Essa disposição de caráter é a equidade, uma espécie de justiça, não uma disposição diferente de caráter.<sup>212</sup>

A distributividade, assim, ocorre por meio de uma formulação voltada à concretização da ideia de proporcionalidade.

---

<sup>207</sup> ARISTÓTELES, Op. Cit., p. 103.

<sup>208</sup> Ibidem, p. 103-104.

<sup>209</sup> Ibidem, p. 104.

<sup>210</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>211</sup> Ibidem, p. 120.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 121.

A justiça distributiva é, então, uma questão de proporcionalidade, que regula as relações entre indivíduos e *polis*, definindo, proporcionalmente, direitos e deveres aos méritos e às desigualdades naturais.<sup>213</sup>

A justiça em sentido distributivo, assim, retorna à ideia de "justo meio" aristotélico, tendo em vista a necessária busca pela proporcionalidade na distribuição de honrarias e bens entre os homens.

Desse modo, a justiça distributiva é uma mediania a ser estabelecida entre quatro termos de uma relação. Dois desses sujeitos que se comparam e os outros dois são os objetos. A distribuição atingirá um "justo objetivo" se proporcionar a cada um o que lhe é devido, dentro de uma proporcionalidade participativa, evitando-se qualquer dos extremos que representam o excesso (*tò pléon*) e a falta (*tò élatton*).<sup>214</sup>

O desigual corresponde ao recebimento de uma quantia menor de benefícios ou quantia maior de encargos do que aquilo que seria devido a cada um. A injustiça ocorre na distribuição, ocorrendo a escassez de benefícios ou o excesso de ônus, para uns e o excesso de benefícios, ou a escassez de ônus, para outros. Assim, injusto é aquele que distribui, se estiver consciente do mal que comete, vez que é deste que parte a iniciativa da ação de aquinhoamento e partição. Assim, o justo se encontra entre o mais e o menos, representando o igual.<sup>215</sup>

Não se trata, porém, de uma igualdade qualquer, mas, sim, de uma igualdade de acordo com a geometria das desigualdades entre as pessoas relacionadas e coisas envolvidas. Assim: a justiça distributiva é uma igualdade de caráter proporcional, estabelecida e fixada de acordo com um critério de estimação entre os sujeitos analisados.<sup>216</sup>

Aplica-se a todo tipo de relação a ser estabelecida entre os indivíduos que se encontram nessa situação de coordenação e de não-subordinação, de iguais entre iguais, para os particulares e entre os particulares, que agem como indivíduos, em paridade de direitos e de obrigações de acordo com a legislação.<sup>217</sup>

A igualdade é, assim, uma parcela indispensável da "prática" da Justiça em sentido aristotélico.

É enfática, porém, a diferença existente entre a igualdade aristotélica e atual noção de que os homens nascem ou são criados iguais e se tornam desiguais em decorrência das

<sup>213</sup> FARIA, Maria do Carmo Bettencourt de. Op. Cit., p. 51.

<sup>214</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 92-93.

<sup>215</sup> Ibidem, p. 93.

<sup>216</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>217</sup> Ibidem, p. 95.

instituições sociais e políticas humanas. A igualdade encontrada na *polis* grega era um atributo da própria *polis*, não dos homens, que eram investidos nessa igualdade pela cidadania, não pelo nascimento.<sup>218</sup>

Justiça é igualdade, porém, não para todos. Apenas para iguais. A desigualdade é justa, contudo, não para todos, mas para os desiguais. Há, porém, um “julgamento sobre si mesmo”. A justiça é a distribuição, que deve ser feita da mesma maneira para as coisas e para aqueles que são iguais. Concorde-se com a igualdade das coisas, porém, discute-se as pessoas, que julgam mal a si mesmas, mas, também, porque falam de justiça em certa medida, acreditando falar sobre uma justiça absoluta.<sup>219</sup>

A partir da ideia de igualdade na distribuição dos bens econômicos e sociais surge, para o direito, o dever do julgador de praticar a Justiça, inclusive, por meio de divisão proporcional.

A equidade assim, é um sinônimo de imparcialidade, por existirem princípios de cuja justiça quase ninguém duvida. Nesse sentido, no caso de um conflito, a necessidade de ouvir o outro lado (*audiatur et altera pars*) e a proibição de judiciar em causa própria (*nemo iudex in sua causa*).<sup>220</sup>

A equidade expressa-se, também, na exigência de o magistrado dirimir conflitos sem considerar especificamente aqueles envolvidos. A justiça, aqui, consiste na negação do arbítrio. É uma condição mínima de imparcialidade, que designa uma “proibição de arbítrio”. Esses princípios são justos porque servem a um princípio de justiça superior, qual seja, a equidade, no sentido de imparcialidade.<sup>221</sup>

A renda e a riqueza são formas inadequadas de julgar a vantagem, porque não podem ser valorizadas em si mesmas, nem servem como bons indicadores do tipo de vida que se poderia alcançar. Por exemplo, uma pessoa com deficiência não está em vantagem, apenas por ter uma renda ou riqueza maior do que a de um vizinho forte e saudável.<sup>222</sup>

Ao se julgar as vantagens que diferentes pessoas têm em relação às outras, faz-se necessário observar as capacidades das quais conseguem desfrutar. Diante disso, os recursos financeiros não “principais”, mas, são, “instrumentais” para alcançar outros fins. Diante disso, os recursos são “meramente úteis e em proveito de alguma outra coisa”, como dizia

<sup>218</sup> ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 25.

<sup>219</sup> BERTI, Enrico. Op. Cit., p. 209.

<sup>220</sup> HÖFFE, Otfried. **Giustizia Política**. Bologna: Il Mulino, 1995, p. 38-39.

<sup>221</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>222</sup> SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras., 2011, p. 250.

Aristóteles, pois o argumento a favor da igualdade de recursos repousa nessa “outra coisa”. Diante disso, a igualdade de recursos deve ser colocada "em seu devido lugar".<sup>223</sup>

Esses mesmos ideais, de distributividade, igualdade, proporcionalidade e imparcialidade, devem permear o trabalho do mediador judicial, de modo a que este possa, ao conduzir a conciliação entre as partes, possa resolver o conflito jurisdicional encontrando, efetivamente, o "justo meio".

### 2.6.2 A justiça corretiva

Um segundo aspecto essencial da Justiça privada é a chamada Justiça "corretiva", que corresponde, em termos simples, à efetiva prática da Justiça distributiva, não por intermédio da proporcionalidade, mas, sim, por meio da “igualdade aritmética”.

A Justiça corretiva, porém, tem, de fato, um papel "corretivo" no que concerne às transações entre indivíduos, repartindo, em proporção, o que cabe a cada um. Era o papel do Juiz.<sup>224</sup>

A justiça “comutativa” serviu de base a enormes contrassensos, pois dela extraiu-se o princípio da igualdade dos contratantes, o sistema do liberalismo, que, tratando pobres e ricos de maneira equitativa, na verdade, esmagava os primeiros, em uma situação de manifesto abuso.<sup>225</sup>

O homem justo procura não tomar nem mais nem menos do que lhe cabe, de modo a que cada um tenha a sua devida parte (*ta autônekein*). Busca realizar, em uma comunidade, uma justa divisão de bens e encargos previamente reconhecida. É por isso que se recorre a um juiz (*Dikastés*).<sup>226</sup>

Trata-se do lugar intermediário entre a perda e o ganho. Aqui, cabe ao Juiz restabelecer a igualdade: comutativa, que se relaciona aos particulares entre si, nas relações voluntárias, (r)estabelecendo uma igualdade na qual os objetos intercambiáveis devem possuir o mesmo valor; e judicial, que deve vigorar nas relações de julgamento, em todos os casos de violação, de modo a buscar paridade entre o dano e a separação.<sup>227</sup>

---

<sup>223</sup> Ibidem, p. 260.

<sup>224</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 98.

<sup>225</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 79.

<sup>226</sup> Ibidem, p. 65-66.

<sup>227</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Op. Cit, p. 662-663.

O juiz restabelece a igualdade por meio da pena. Nesse sentido, a Justiça reparadora é uma subclassificação da Justiça distributiva. Ao contrário dela, porém, os benefícios e encargos são representados por recompensas ou punições.<sup>228</sup>

Sua consequência principal é a proporção entre delito e castigo, entre transgressão e reparação do direito.<sup>229</sup>

Trata-se, assim, de uma das parcelas da Justiça distributiva, especificamente, sua faceta “prática”, voltada à sua concretização nos casos particulares colocados sob a tutela do mediador.

Às vezes, “justo” designa uma conduta que parece conforme à lei moral. A justiça, no mesmo sentido inclui todas as virtudes, sendo uma virtude universal. Ocorre que Aristóteles não tratou de rejeitar totalmente essa aceção mais ampla. Por isso, toda virtude poderia ser definida pela palavra “justiça”, até mesmo a temperança e a coragem.<sup>230</sup>

Ocorre que a justiça, aqui, zela pela retidão das trocas, partindo do pressuposto de que bens, honorarias e os cargos públicos foram previamente distribuídos e que a consistência dos patrimônios foi previamente estabelecida segundo essa fórmula. Esse equilíbrio, todavia, pode ser perturbado, pois uma fração atribuída a um patrimônio foi retirada dele e transportada a outro”.<sup>231</sup>

Passa a ser preciso corrigir esse desequilíbrio, o que se faz por meio da justiça “corretiva”, (*dikaion diorthotikón*), que só pode ocorrer por meio da restituição por intermédio de um “papel-moeda” equivalente, de modo que a operação acaba sendo analisada como se fosse uma troca.<sup>232</sup>

Observe-se, também, que a justiça corretiva tem lugar nas transações sociais voluntárias e involuntárias. Tem, contudo, como critério de justo a proporcionalidade e de injusto o que viola a proporcionalidade. Assim, o seu cerne ainda é a igualdade, porém, não por meio da proporção geométrica, mas, sim, da proporção aritmética. Aqui, pouco importa quem tenha sido despojado de parte de seus bens ou quem tenha prejudicado quem.<sup>233</sup>

A igualdade aqui, porém, exprime-se por meio de uma fórmula mais simples, qual seja a “igualdade aritmética”. A função do juiz é a de calcular uma restituição igual ao dano que o dono sofreu. Assim, no final das contas, a função da justiça é da distribuição sadia que, nas

<sup>228</sup> Ibidem, p. 662.

<sup>229</sup> Ibidem, p. 914.

<sup>230</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 41.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 41-42.

<sup>232</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>233</sup> SILVEIRA, Denis Coutinho. Op. Cit., p. 78.

trocas, caberá apenas manter. Assim, a igualdade e, sentido estrito, enquanto objeto da justiça, é a igualdade entre proporções.<sup>234</sup>

Aristóteles, nesse sentido, enfatiza outra acepção da palavra "justo", como o equilíbrio realizado, numa *polis*, entre os cidadãos que nela se reúnem e se associam. A polis é formada de homens livres, com interesses distintos, disputando honrarias e bens entre si. Entre eles funciona o justo político (*díkaiōn politikón*), que é o principal tipo de justo.<sup>235</sup>

Mantém-se, aqui, porém, a ideia de proporcionalidade no sentido da imparcialidade daquele sob cuja responsabilidade encontra-se um caso conflituoso. Nasce, porém, o dever de praticar a justiça na situação de fato colocada sob seu cuidado, de maneira a corrigir uma injustiça previamente existente.

Desse modo, caso ocorra algum tipo de dano nas relações humanas, é necessário buscar reaver a igualdade agredida por meio do juiz. O meio-termo da Justiça segue uma proporção aritmética, também chamada de Justiça Aritmética. Há, aqui, uma ponderação entre perda e ganho, voltada a restabelecer as partes à sua posição inicial.<sup>236</sup>

Assim, o justo corretivo é exercido por meio do retorno das partes ao *status quo ante*. Há uma perfeita equidistância das partes em relação ao centro, onde se encontra o justo meio. Em casos como esses, nos quais uma parte pratica uma injustiça particular corretiva, enquanto a outra sofre uma injustiça particular corretiva, atribui-se ou se deixa de atribuir algo a alguém.<sup>237</sup>

A igualdade "aritmética" entre as duas é o intermediário, o justo meio, a igualdade recuperada, entre o mais e o menos, o ganho e a perda. A diferença entre a justiça corretiva e a distributiva está no fato de que esta utiliza, como critério de justa repartição, os méritos de cada um; aquela visa um restabelecimento do equilíbrio rompido entre os particulares.<sup>238</sup>

Nesse sentido, aqui também se mantém a ideia de se alcançar a Justiça por intermédio do "justo meio" que é, porém, encontrável não pela proporção, mas, sim, por meio da igualdade "aritmética". A ideia de "correção" parte de um dever ético, qual seja, o de agir em conformidade a uma "justa expectativa" da contraparte no que tange a uma relação voluntária ou até mesmo involuntária.

---

<sup>234</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 43.

<sup>235</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>236</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 95.

<sup>237</sup> Ibidem, p. 95-96.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 96.

Trata-se da igualdade das coisas trocadas ou *commutationes* dos escolásticos, que equipara vantagens e desvantagens nas relações de permuta entre os homens, voluntárias e involuntárias.<sup>239</sup>

É a igualdade como reciprocidade, segundo a qual cada um deve esperar dos outros tanto quanto os outros esperam dele. Trata-se do emprego do conceito de Justiça no exercício de um juízo, que deve ser possibilitada a todos os homens livres, acerca das ordenações normativas que os obrigam.<sup>240</sup>

A justiça nas transações entre os homens é uma espécie de igualdade e a injustiça é uma espécie de desigualdade. Pouco importa que um homem “bom” tenha praticado a injustiça em desfavor de um homem “mau”. Para a lei, importa somente o caráter distintivo da prática, pois as pessoas são tratadas como iguais, ou seja, se uma comete e a outra sofre uma injustiça, se uma é autora e a outra é vítima do delito.<sup>241</sup>

O Juiz deve, nesse sentido, procurar igualar a desigualdade. Se sofrimento e ação foram desigualmente distribuídos, o juiz deve igualá-los por meio da pena, tomando uma parte do “ganho” do acusado que, nessa situação, refere-se à contrapartida a um dano estimado. Uma vez estimado o dano, um é chamado de “perda” e o outro, de “ganho”. O igual é o intermediário entre o maior e o menor. Ganho e perda são, respectivamente, menores e maiores em sentidos contrários.<sup>242</sup>

Maior quantidade do bem e menor quantidade do mal representam ganho, enquanto o contrário equivale à perda. O meio termo entre eles é o igual e, portanto, justo. A justiça corretiva é o intermediário entre a perda e o ganho. As pessoas em disputa, ao recorrerem ao juiz, recorrem à própria justiça animada. Os juízes serão, então, “intermediários”, chamado, em alguns Estados, de “mediadores”, sob a convicção de que, caso os litigantes consigam o meio-termo, conseguirão aquilo que é justo.<sup>243</sup>

A Justiça corretiva, portanto, é uma espécie de "igualdade perante a lei", diante da qual pouco importa a natureza dos envolvidos, mas, sim, a existência ou não da violação ao Direito.

Assim, já que o juiz é um meio termo, o justo também o será, de modo que restabelece a igualdade, retirando a "linha" que divide em partes desiguais e retira a diferença mediante a qual o segmento maior excede a metade, para acrescentá-la à menor. E, quando o todo for

<sup>239</sup> ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 163.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 596.

<sup>241</sup> ARISTÓTELES. *Op. Cit.*, p. 103.

<sup>242</sup> *Ibidem*, p. 103-104.

<sup>243</sup> *Ibidem*, p. 104.

igualmente dividido, os litigantes dirão que receberam aquilo que lhes pertence, que receberam o que é igual.<sup>244</sup>

O igual demonstra ser o intermediário entre a linha maior e linha a menor, de acordo com a proporção aritmética. Por isso é que é chamado justo de (*δίκαιον*), pois é a divisão em duas partes iguais, como se dissesse *δίχθιον*. O juiz (*δικαστής*) é aquele cuja função é dividir em dois (*διχαστής*).<sup>245</sup>

Não se trata, especificamente, da *reciprocidade*, ou seja, a justiça como definida pelos pitagóricos, que não se enquadra nem na justiça distributiva, nem na justiça corretiva. Assemelha-se, sim, pelo fato de que a reciprocidade deve ocorrer de acordo com uma proporção e não como uma retribuição exatamente igual. É por meio da retribuição proporcional que a cidade se mantém unida.<sup>246</sup>

Nesse sentido, a reciprocidade existe apenas entre homens cujas relações mútuas são governadas pela lei, que existe justamente para os homens entre os quais há injustiça, pois a justiça legal é a discriminação entre o justo e do injusto. Nesse contexto, o magistrado é protetor da justiça e, em decorrência disso, da igualdade.<sup>247</sup>

Assim, já que difere da "reciprocidade", ambos os aspectos da Justiça corretiva (comutativo e judicial) podem referir-se a conflitos civis de modo que, ao mediador, pode caber a aplicação de ambos aspectos.

Além disso, a correção pode levar em conta um prejuízo econômico ou moral. Aristóteles, nessa formulação, apoia-se na prática dos Tribunais gregos, cujo objetivo primordial era a moral, não a legalidade. Assim, a teoria aristotélica é o ponto de partida para diferenciação jurisprudencial entre o direito legal e a equidade.<sup>248</sup>

As transações voluntárias correspondem, na época atual, por exemplo, às consequências relacionadas à ruptura de contrato por uma parte, qual seja, os delitos ou prejuízos sofridos pela outra. A injustiça é vista feita ao indivíduo e, em ambas, a função do juiz não é punir, mas, sim, conceder uma reparação. Já as transações involuntárias correspondem, em sua maior parte, aos crimes que, nos sistemas legais modernos, seriam resolvidos por meio de um procedimento criminal.<sup>249</sup>

---

<sup>244</sup> Idem, p. 105.

<sup>245</sup> Idem, p. 105-106.

<sup>246</sup> Ibidem, p. 106.

<sup>247</sup> Ibidem, p. 111.

<sup>248</sup> ROSS, David. **Aristóteles**. Lisboa: Dom Quixote, 1987, p. 216.

<sup>249</sup> Ibidem, p. 216-217.

O resultado de cada transação será, portanto, diferente. Das transações voluntárias resultará a subtração de algo que deve ser restituído, de conformidade com a igualdade; já nas transações involuntárias, o resultado será um certo tipo de dano.<sup>250</sup>

A ideia da justiça corretiva é, portanto, a da atuação do mediador no sentido de, tanto quanto seja possível, fazer renascer o contexto que existia antes da ocorrência da injustiça que resultou em um conflito de interesses.

A justiça corretiva é necessária, assim, à restituição das condições anteriores nas quais se encontravam as partes antes que surgisse a uma desigualdade involuntária entre elas, que marca o início da relação entre as mesmas partes, de forma que o início da desigualdade é o início da relação.<sup>251</sup>

Trata-se, portanto, de uma Justiça "objetiva", que se relaciona apenas aos bens que se encontram em jogo, não às pessoas em conflito.

Assim, a justiça corretiva leva em conta apenas as coisas que devem ser igualadas. Imposta, aqui, medir, de maneira impessoal, o dano e a perda, supondo serem iguais os termos pessoais. Nesse mesmo sentido, o termo "corretiva" não deve ser confundido com algo "punitivo" (*korrektive oder strafende*); deve, sim, ser compreendido como uma justiça "retificadora".<sup>252</sup>

A decisão "corretiva" deve, então, conferir a cada parte aquilo que efetivamente lhe compete, na medida aritmética correta.

Determina-se aqui, então, que cada um, no que se relaciona àquilo que dá ou que recebe, dê ou receba um valor que seja objetivamente igual àquele da prestação da outra parte.<sup>253</sup>

Ocorre que a palavra "aritmética" pode ser mal compreendida, pois a matemática moderna é diferente da matemática da Grécia. A matemática grega não tinha a aridez da atual. Era, ao mesmo tempo, uma busca, uma contemplação da beleza que existe na ordem cósmica.<sup>254</sup>

Um exemplo da evolução do direito processual grego é justamente a existência dos "árbitros públicos e privados", que eram duas práticas comuns no direito Grego. Eram

---

<sup>250</sup> Ibidem, p. 217.

<sup>251</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. Cit., p.105.

<sup>252</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 187-188.

<sup>253</sup> RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 89.

<sup>254</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 73.

alternativas a um processo judicial comum. A arbitragem privada era uma alternativa mais simples e mais rápida, realizada fora do tribunal.<sup>255</sup>

Voltava-se a resolver litígios e era arranjada pelas partes envolvidas, que escolhiam os árbitros dentre pessoas conhecidas e de confiança. O árbitro, porém, não emitia um julgamento. Procurava obter um acordo, uma conciliação entre as partes. Para Aristóteles, nesse sentido, o árbitro buscava a equidade, não apenas o cumprimento de uma lei. A arbitragem privada grega corresponderia à moderna mediação.<sup>256</sup>

No mesmo sentido, deve o mediador buscar a prática da Justiça por meio da correção, efetivamente, “dando a cada um o que é seu”<sup>257</sup>, por intermédio da sobrecitada “igualdade aritmética”.

## 2.7 A justiça política

Uma outra subespécie de Justiça, de conformidade com a Justiça aristotélica é aquela que concerne às relações entre os homens e a ordem jurídica à qual se encontram subordinados.

A Justiça Política relaciona-se aos homens livres e iguais, cujas relações mútuas são governadas pela lei.<sup>258</sup>

Assim como a Justiça privada, a Justiça política também encontra duas subdivisões na tese aristotélica.

De acordo com Aristóteles, relaciona-se não àquilo que é justo incondicionalmente. É a justiça encontrada entre homens autossuficientes, livres e iguais, que vivem em uma comunidade. Entre aqueles que não preenchem essa condição não há justiça política, mas, sim, justiça em um sentido especial, fixado por analogia.<sup>259</sup>

Divide-se em natural [substancial] e legal [por lei ou convenção]. Justiça natural é aquela que tem a mesma força onde quer que seja. Não há razão para um homem pensar de

---

<sup>255</sup> SOUZA, Raquel de. Capítulo 3: o direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 63-64.

<sup>256</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>257</sup> As teorias da Justiça idealizadas e praticadas no contexto do direito romano, especificamente no que concerne às suas ligações com as teorizações aristotélicas e à resolução voluntária dos conflitos civis, serão estudadas no Capítulo a seguir.

<sup>258</sup> BITTAR, Eduardo Carlos. Op. Cit., p. 155.

<sup>259</sup> ARISTÓTELES. Op. Cit., p. 110.

uma forma ou de outra A Justiça legal é, inicialmente, “indiferente”, porém, deixa de sê-lo, uma vez estabelecida.<sup>260</sup>

Deve-se ter em mente, porém, o conceito de "cidadão" grego na época da construção da teoria aristotélica. De conformidade com o que foi estudado anteriormente, diferentemente do que se entende na atualidade, não havia igualdade entre todas as pessoas, ao menos em sentido jurídico.

A Justiça política, assim, somente ocorre no âmbito das relações entre os indivíduos na *polis*, aqueles possuidores de um *status civitatis*, ou seja, de cidadão perante seus iguais. É a justiça que organiza um modo de vida que tendente à autossuficiência da vida comunitária (*autárkeian*), que vigora entre os homens que partilham um espaço em comum.<sup>261</sup>

Ocorre que, justamente por se referir a uma classe específica de homens, qual seja, os cidadãos gregos, as duas subespécies se aproximam. Diante disso, a Justiça política não se aplicava às relações entre amo e escravo ou entre marido e esposa, tema reservado à chamada "Justiça doméstica".

A *cidade* é, então, um espaço oposto à família e à "esfera privada", na qual se trabalha e produz para cobrir necessidades. Assim, *político*, aqui, não significa genericamente "sociável", mas, sim, infere que o homem (não bárbaro) foi feito para viver na cidade, porque na cidade existe o tipo de vida, o *praktikos bios*, ou a vida prática, e a *politikos bios*, ou vida política, que constitui a realização perfeita do homem.<sup>262</sup>

Aristóteles afirmou que o homem *perfeito*, que mora na cidade, é o melhor dos animais; já aquele que se encontra separado da lei e da justiça e, portanto, da cidade, é o pior de todos. É mais agressivo, selvagem, vulgarmente inclinado aos prazeres do amor. Além disso, sua injustiça é dotada de armas, pois inteligência e coragem são perigosas.<sup>263</sup>

Uma cidade é, verdadeiramente, uma *sociedade*, constituída com vistas ao interesse comum, que consiste no “viver bem”, pois a verdadeira justiça é a visão do interesse comum. Assim, a verdadeira justiça (o “viver bem”), é a “igualdade política”, ou seja, a contribuição de cada um para realizar o bem comum.<sup>264</sup>

Se os homens acabaram por formar uma comunidade e se reunir para a riqueza, participam da cidade da mesma forma com que participam da riqueza. Ocorre que eles

---

<sup>260</sup> Ibidem, p. 112

<sup>261</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>262</sup> BERTI, Enrico. Op. Cit., p. 33.

<sup>263</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 81.

formaram uma sociedade para *viver bem*. Não fosse assim, também haveria cidades escravas e de outros animais.<sup>265</sup>

A cidade não é um lugar para evitar injustiças recíprocas. Isso, porém, ocorre, necessariamente, e decorrência da própria existência da cidade. Trata-se de uma sociedade de casas e famílias voltadas ao “viver bem”, ou seja, objetivando uma vida perfeita e autárquica.<sup>266</sup>

É por isso que as agruras da vida em sociedade surgiram nas cidades. Tudo é trabalho da amizade. A escolha da vida em comum pressupõe a amizade, pois contribui para o propósito de “viver bem”. A cidade é uma comunidade de famílias e líderes para a vida perfeita e autossuficiente, e é, como se diz, uma vida feliz e boa”.<sup>267</sup>

Justiça, aqui, é uma ideia de ordem, de harmonia, ou da boa relação com os outros em uma cidade, na qual cada um ocupa seu lugar e exerce seu papel, ou até mesmo uma relação harmoniosa com o cosmos. Assim, um grupo de homens poderia sobreviver um longo período sem adesão à moral.<sup>268</sup>

Estuda-se, a seguir, o conceito e a aplicação da subespécie denominada “Justiça natural”.

### 2.7.1 A justiça natural

A Justiça natural relaciona-se especificamente aos homens no que concerne às suas relações com “o outro”.

Busca permitir a realização plena do ser humano inserido na estrutura social do convívio.<sup>269</sup>

No mesmo sentido da Justiça política, a Justiça "natural" relaciona-se, também, ao "cidadão" grego, membro da *polis*.

O próprio conceito de natureza comporta certa relatividade, induzindo, por vezes, "a irregularidade ou a disparidade". O conceito de justiça natural relativiza-se, também, em relação àquilo que lhe é próprio.<sup>270</sup>

---

<sup>265</sup> Ibidem, p. 209.

<sup>266</sup> Idem.

<sup>267</sup> Ibidem, p. 216.

<sup>268</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 60.

<sup>269</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 163.

<sup>270</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. Cit., p.113.

Trata-se, em uma conceituação limítrofe, daquilo que seria, no futuro, o próprio “direito natural”.

Isso porque a justiça natural é um conjunto das as regras que encontram aplicação, validade, força e aceitação universais. Diante disso, a Justiça natural aproxima-se, também, da própria ideia de equidade, como predomínio do bom senso e do equilíbrio, contrário à inflexibilidade literal das normas postas pela civilização para manter a ordem a qualquer custo.<sup>271</sup>

Trata-se, assim, de uma das origens da equidade, enquanto uma das formas de colmatação das lacunas da lei.

Até porque a previsibilidade do legislador não é capaz de alcançar a complexidade do mundo real. Os casos particulares precisam de adaptações da lei abstrata, que é, por sua vez, incapaz de antever todas as situações futuras. Essa tensão permanente entre generalidade abstrata da lei e a singularidade dos casos concretos deve ser atenuada pela equidade, que consiste, nesse contexto, em uma aplicação da lei de maneira mais “plástica”, tendente à realização do justo, mais do que a mera observância de sua rigidez formal.<sup>272</sup>

A Justiça natural importa ao mediador, que deve incorporar essa noção de “flexibilidade” da lei, de modo a que possa exercer com perfeição o seu mister de praticar a Justiça. Trata-se, a seguir, da outra subclassificação da Justiça política, qual seja, a “Justiça legal”.

### **2.7.2 A justiça legal**

A próxima subclassificação relaciona-se à Justiça por meio da prática de ações vinculadas à lei. O homem, como parte atuante da *polis*, resta vinculado à lei em sentido amplo, cujo objetivo precípua é, justamente, a prática da Justiça.

A lei (*nómos*) é uma prescrição genérica, que a todos vincula. Sua finalidade é a realização do bem da comunidade (“o Bem Comum”). A ação vinculada à legalidade obedece a uma norma dirigida a todos e para todos, de modo que tem de corresponder a um justo legal. Diante disso, a forma de justiça aqui trabalhada é a chamada “justiça legal”.

---

<sup>271</sup> Ibidem, p. 145.

<sup>272</sup> NALINI, Renato. Op. Cit., p. 150.

Nesse mesmo diapasão, aquele que observa os conteúdos legais pode ser chamado de “homem justo”.<sup>273</sup>

De conformidade com Aristóteles, *justiça* exprime a moralidade como uma conformidade da conduta de um indivíduo com a lei moral. Trata-se da “justiça legal”, pois, lei moral comanda todas as virtudes e a justiça é a “soma de todas as virtudes”. A análise de Aristóteles oferece um “critério de discernimento”. Há, nesse contexto, uma arte preocupada com a virtude subjetiva do indivíduo e com a prescrição de condutas, inclusive as do homem justo (*díkaios*).<sup>274</sup>

Esse conceito de Justiça é aquilo que fixa, precisamente, uma presunção de legitimidade e de Justiça para a lei.

Nesse sentido, os atos prescritos pelo legislador são legítimos e, dessa forma, justos. Isso porque as leis têm por objetivo uma vantagem comum, de todos, dos melhores e daqueles que detêm o poder. Assim, são justos os atos que voltados a produzir e a preservar a felicidade, bem como os elementos que a compõem. Nesse sentido, injustiça (em sentido lato) corresponde à contrariedade à lei. Isso porque a maioria dos atos ordenados pela lei são prescritos a partir do ponto de vista da virtude integralmente considerada.<sup>275</sup>

A lei determina a prática de todas as virtudes, bem como nos proíbe de praticar qualquer vício. Nesse contexto, todas as coisas que tendem a produzir a virtude são atos prescritos pela lei.<sup>276</sup>

Assim, os atos justos estão em consonância com alguma virtude, e são prescritos pela lei. Deste modo, se um homem, ao violar a lei, causa dano a outro, voluntariamente (“excetuados os casos de retaliação”), esse homem age injustamente. Estando essa atuação em sentido contrário à “reta razão da vida”, o homem age injustamente para com o Estado, não para consigo mesmo.<sup>277</sup>

Aristóteles tem, portanto, na lei, uma forma de Justiça “presumida”, assim como tem no seu descumprimento uma “presunção de atuação injusta”.

Isso porque os “atos de bondade” estão prescritos na lei. Assim, os atos estão em sentido contrário, portanto, vícios, devem ser repudiados.<sup>278</sup> Diante disso, o mediador também deve se ater à letra da lei, ao menos como uma “pauta mínima” de atuação. Expostos esses

<sup>273</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>274</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 59.

<sup>275</sup> ARISTÓTELES. Op. Cit., p. 99.

<sup>276</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>277</sup> Ibidem, p. 121.

<sup>278</sup> PEGORARO, Olinto Antônio. **Ética é justiça**. 9. ed Petrópolis: Vozes, 1995, p. 85.

pensamentos, passa-se, finalmente, no tópico a seguir, a trabalhar a denominada “Justiça doméstica”.

## 2.8 A justiça "doméstica"

A última das "classificações" da Justiça em Aristóteles é a chamada "Justiça doméstica".

Essa espécie relaciona-se “às coisas que nos pertencem”. Divide-se em: justo despótico; justo conjugal; e justo paternal. Regulando as relações familiares e entre escravos e amo. Porém praticamente não é utilizado na atualidade.<sup>279</sup>

Isso porque, no contexto dos atuais Estados constitucionais, a autonomia e a dignidade são atributos de todos os seres humanos, independentemente de seu gênero ou condição social.

De acordo com Aristóteles, a Justiça, aqui, ocorre entre o homem e certas partes suas. É a justiça que prevalece entre amo e escravo ou entre marido e mulher. Essas são as relações que a parte racional da alma guarda em relação à parte irracional.<sup>280</sup>

Leva-se em conta que o homem pode ser injusto apenas para consigo mesmo, pois essas partes podem, perfeitamente, sofrer algo contrário aos seus desejos. Haveria, aqui, uma justiça mútua, semelhante à existente entre governante e governado.<sup>281</sup>

Há, porém, em Aristóteles, uma justificativa para o pensamento "excludente".

De início, haveria uma diferença entre a autoridade marital e a autoridade do senhor sobre seu escravo. Alguns povos bárbaros não obtiveram sucesso justamente por ignorar essa diferença.<sup>282</sup>

Desse modo, deve haver, nos termos dessa teorização, diferenças entre estruturais e jurídicas entre as relações que ocorrem entre os “cidadãos” (homens gregos) e aquelas que existem em seus lares, ou seja, entre os “cidadãos” e aqueles que se encontram em seu “âmbito doméstico”.

É por isso que Aristóteles diferencia os membros da família enquanto “conjunto”, incluindo os cônjuges, escravos e filhos, chamando-os de *liberi*, dos escravos. Salienta, portanto, a diferença entre a mulher e o escravo, com base na diferença entre as respectivas

<sup>279</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 115.

<sup>280</sup> ARISTÓTELES. Op. Cit., p. 122.

<sup>281</sup> Ibidem, p. 123.

<sup>282</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 52.

funções. Afirma que os bárbaros colocam as mulheres e escravos no mesmo nível, fato que atribui à "natureza escrava" que os bárbaros possuiriam, por serem incapazes de se governar. Conclui, então, que é justo que os gregos dominem a Bárbaros.<sup>283</sup>

Para Aristóteles, o fato de governar os escravos e, portanto, a escravidão, é algo artificial, pois o livre e o escravo são diferentes, de acordo com a lei, mas, pela natureza, são iguais. Assim, a escravidão é apenas baseada na violência.<sup>284</sup>

Vê-se que os defensores da escravidão não sentem qualquer necessidade de justificá-la, pois tratava-se de uma instituição tão difundida na antiguidade que não parecia exigir justificativa. O primeiro filósofo antigo que aborda o tema em profundidade é Aristóteles, o que demonstra que é o primeiro a perceber a escravidão como um problema, não como um fato óbvio.<sup>285</sup>

Aristóteles procurou demonstrar que há escravidão baseada na natureza e, portanto, justa, adequada para o mestre e para o escravo, mas o faz com argumentos muito fracos, incoerentes uns com os outros e opostos à sua antropologia geral. Lembrando que, em todas as coisas resultantes de uma pluralidade de partidos, capazes de dar vida a algo em comum, deve haver um partido de governo e um que é governado, o que é algo natural. No entanto, isso não justifica a escravidão, mas apenas o governo, válido para a família e para a cidade.<sup>286</sup>

Diante disso, Aristóteles busca até mesmo uma justificativa "natural" para essa diferença de tratamento. Há, também, contudo uma justificativa "política" para as referidas diferenças.

De conformidade com o que afirmou Aristóteles, o animal político, se tiver quem lhe satisfaça as necessidades da vida, não necessita trabalhar. Assim, quem trabalha não é cidadão.<sup>287</sup>

Assim, o cidadão grego diferenciava-se do escravo em decorrência do fato de este ser um animal "comum", enquanto o cidadão seria um animal "político".

Desse modo, a concepção de "escravo" de Aristóteles pode ser chamada de organicista, pois o escravo e o senhor têm interesses que são opostos, porém, se encontram. O escravo é ser servil por natureza, é corpo. O senhor, cuja natureza é comandar, é a alma. É daí

---

<sup>283</sup> BERTI, Enrico. Op. Cit., p. 28.

<sup>284</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>285</sup> Ibidem, p. 42.

<sup>286</sup> Ibidem, p. 44.

<sup>287</sup> ADEODATO, João Maurício. Op. Cit., p. 361.

que Aristóteles elabora outras imagens, a partir do mesmo motivo, como, em um corpo individual, a inteligência domina os desejos com a autoridade de um estadista ou de um rei.<sup>288</sup>

Além disso, aqueles que se encontram sob o âmbito "doméstico" de um cidadão não são seus iguais, mas, sim, parte de seu patrimônio.

Na família há, assim como na polis, certa repartição de bens, feita, contudo, pelo chefe de família, entre a mulher, os filhos e os empregados. Essa repartição também visa à justiça (*díkaion patrikón, oikonomikón*), pois, na família, há interesses separados, que impõem uma repartição rígida. O filho, porém, é "algo do pai", não "outro que o pai". Eles não têm patrimônios distintos. O mesmo se aplica ao empregado. Diante disso, a família é *comunidade*, enquanto a polis é *sociedade*. Dentro da família, não há direito ou justiça em sentido estrito.<sup>289</sup>

No interior da família, porém, não existe uma verdadeira separação entre os bens dos diferentes membros, nem mesmo uma real separação (*alteridade*) entre os membros. São operadas, contudo, "divisões" dentro de uma família. O pai divide o pão e a mãe divide a sopa entre as crianças e os criados.<sup>290</sup>

Essas divisões, todavia, são instantâneas, não são duradouras. Desse modo, não há necessidade, na vida da família, de se definir rigorosamente a parte cabível a cada um, por meio das fórmulas de igualdade estrita ou proporcional, do *Díkaion*, em seu sentido pleno.<sup>291</sup>

Em decorrência das diferenças acerca da "natureza" das relações recíprocas entre os cidadãos e das relações entre o cidadão e seu âmbito doméstico, não há propriamente "direito" aquele e os membros de sua família ou seus escravos.

Nesse sentido, a *Æconômica* (arte de governar a família) diferenciava-se do *direito*. Ocorre que, entre as duas artes, existem interferências: a justiça particular deve ser exercida apesar de tudo no interior da família, pois nela se praticam distribuições, porém, sem rigor ou regra fixa.<sup>292</sup>

Aristóteles, nesse mesmo sentido, admite que existem "quase-direitos" na família, tocantes às relações entre esposos, pais e filhos, senhores e criados. São direitos "imperfeitos".<sup>293</sup>

<sup>288</sup> BROCCO, Pedro. Notas sobre a formação da juridicidade medieval: as influências da filosofia grega, do direito romano e da ética cristã. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 8, n. 1, p. 72-97, 2016, p. 74.

<sup>289</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 44.

<sup>290</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>291</sup> Ibidem, p. 83.

<sup>292</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 82-83.

<sup>293</sup> Ibidem, p. 83.

Apesar da evidente impossibilidade de aplicação "direta" desse tipo de Justiça nos dias atuais, é de bom alvitre que o mediador tenha em mente as idiossincrasias das relações domésticas em relação, por exemplo, às relações contratuais, de maneira a que possa praticar a Justiça de maneira adequada.

### CAPÍTULO III - A INFLUÊNCIA DA ÉTICA ARISTOTÉLICA NO DIREITO ROMANO

Tratada a ideia de Justiça em Aristóteles, segue-se para, no presente capítulo, analisar a influência da filosofia aristotélica na construção e na prática do Direito Romano, que tratou de absorver seus conceitos éticos, moldando-os, na formulação de um sistema jurídico que é, ainda, a base histórica e teórica do direito ocidental.

A ideia de Justiça, especialmente com base em Aristóteles, que, até hoje, influencia na filosofia do direito moderno, influenciou a construção de sistemas jurídicos na antiguidade, em especial, o direito romano.

Mais do que isso, Aristóteles e sua ideia de Justiça presidiram a gênese da ciência jurídica romana. A partir do século XVI, porém, os juristas romanos foram filosoficamente influenciados pelo *estoicismo*.<sup>294</sup>

Ocorre que os estoicos cultivavam sobretudo a moral. O *médio estoicismo* (da época ciceroniana) influenciou os jurisconsultos, pois veiculava tanto a *retórica* romana quanto os ensinamentos aristotélicos.<sup>295</sup>

O estoicismo, apesar de sua significativa influência sobre os jurisconsultos, a partir de Cícero, teve uma influência "secundária" em relação ao seu desenvolvimento. O próprio Cícero, nesse sentido, demonstrou-se diretamente influenciado pela ideia de justiça aristotélica.

Necessário ressaltar que a única verdadeira filosofia do *direito* que a Antiguidade grega produziu foi a de Aristóteles, que era bem conhecida em Roma e serviu para conformar o direito romano. Até porque Roma, assim como Atenas, era uma República, dispondo de instituições judiciárias especializadas.<sup>296</sup>

A absorção cultural da filosofia grega aconteceu por assimilação. Os romanos da antiguidade, quase bárbaros, absorveram a cultura helênica e a tornaram sua, nos mais diversos aspectos.

Destaca-se, porém, a construção de uma verdadeira *ciência do direito*, de fundações notoriamente helênicas, baseada em preceitos éticos societários, relacionados à convivência nas cidades, entre cidadãos romanos, ou seja, aqueles que detinham o *status civitatis*: os homens livres.

---

<sup>294</sup> VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 89.

<sup>295</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>296</sup> VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 90.

É possível afirmar, portanto, que a cultura romana do período clássico é a cultura grega: *Graecia capta ferum victorem cepit*. No mesmo sentido, a filosofia dos romanos é a filosofia da Grécia. Essa influência se consolidou com a tradução de diversas obras gregas para o latim.<sup>297</sup>

A partir dessa consolidação, os juristas romanos passaram a estar de posse de uma filosofia que era capaz de distinguir o "justo" do "honesto". Posteriormente, aceitam, também, dar lugar às noções morais estoicas de *pietas*, de *bona fides* e *humanitas*, para além das teses aristotélicas. Essa assimilação ocorreu, porém, somente de maneira secundária. De maneira geral, então, mantiveram fora da ciência do direito as relações intrafamiliares, atendo-se ao *dikaion politikón*.<sup>298</sup>

Os juristas romanos, por intermédio de sua *ars* ("arte"), buscavam incessantemente a construção conceitual e prática do "justo". É justamente por isso começaram a estudar, antes de qualquer outra fonte conceitual, a filosofia grega clássica, do direito e da política, na qual foram educados os juristas romanos. O direito romano, assim, surge, na história, como uma aplicação da doutrina aristotélica.<sup>299</sup>

As influências estoicas, posteriormente, contudo, recaíram sobre os conceitos já consolidados da ciência do direito em Roma.

O Direito nasce em Roma, como um fenômeno normativo apartado da moral, de forma que essa ideia não se poderia identificar com a ideia de regra, que já existiam, na religião e na moral. O Direito, todavia, avança em direção ao conceito de justiça.<sup>300</sup>

O grande "edifício jurídico" ocidental foi erguido em Roma foi marcado pelo emprego da linguagem, como veículo para a externalização dos comandos. Essa forma de expressão linguística do corpo normativo pode ser denominada "Código".<sup>301</sup>

O Direito, em Roma, foi algo como uma "formalização" do conceito grego de justiça aristotélica e estoica.

O pensamento estoico passou da Grécia para Roma por intermédio das ideias de alguns discípulos romanos dos gregos, por exemplo, Leilo, Scipio e, de maneira destacada, Cícero.<sup>302</sup>

<sup>297</sup> VILLEY, Michel. **Direito romano**. Porto: Res Jurídica, 1991, p. 67.

<sup>298</sup> Ibidem, p. 71.

<sup>299</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>300</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **História e Teoria das Fontes do Direito Romano**. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2011, p. 15.

<sup>301</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>302</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. **Filosofía del derecho: fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica**. México: Porrúa, 2001, p. XIV.

Essas ideias contaminaram as noções aristotélicas que já embasavam a construção do direito romano clássico.

Em consequência dessa nova assimilação, que traria sentidos diversos da doutrina aristotélica, a própria sorte do direito romano esteve em jogo quando novas filosofias suplantaram a aristotélica.<sup>303</sup>

Mesmo com a influência estoica, os conceitos centrais do direito romano e de sua ciência, especialmente no período clássico, acabaram por jamais se distanciar completamente das noções éticas aristotélicas, que já se encontravam enraizadas, inclusive, nas grandes codificações.

Destaque-se, nesse mesmo sentido, que a influência aristotélica sobre Roma levou à quebra de um paradigma importantíssimo no que concerne à mecânica societária das cidades da antiguidade.

Uma comitiva de três homens foi formada em Roma, em 454 a. C., com o objetivo de visitar a Grécia e obter uma cópia das Leis de Solon. Dois anos depois, outra comitiva, de dez membros da magistratura do *decenvirato* foi encarregada de redigir as leis reclamadas pela plebe e governar Roma no lugar dos cônsules.<sup>304</sup>

No mesmo ano, Dez Tábuas são apresentadas e aprovadas pelos Comícios por Centúrias e a elas são acrescentadas duas Tábuas, em 450 a.C. O conteúdo das Leis das Doze Tábuas foi difundido em Roma, nas terras além do *pomerium* e em Cartago. Assim, as referidas Leis foram amplamente influenciadas pela Grécia.<sup>305</sup>

Diante disso, o próprio direito “positivo” romano, em suas origens mais remotas, resulta, diretamente, dos conceitos filosóficos gregos.

Nas antigas cidades orientais, as instituições de Moral e de Direito confundiam-se. A distinção encontrada entre a lei sagrada (*fas*) e direito o profano (*ius*) é que conduzia à uma ideia de cidadania na maturidade de Roma. Em sentido paralelo, os gregos também pensaram que todos os Reis o eram por haver recebido a consagração divina para tanto. Trata-se, aqui, da imobilidade legal-teológica de direitos primitivos.<sup>306</sup>

Ocorre que a expansão romana atingiu a Grécia enquanto o ceticismo em relação aos antigos Deuses romanos e às suas determinações espalhava-se. No referido momento, os

---

<sup>303</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 40.

<sup>304</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 99.

<sup>305</sup> Ibidem, p. 101.

<sup>306</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. 33.

deuses tornavam-se meros símbolos, enquanto a própria mitologia transitava da religião para a arte.<sup>307</sup>

No ano de 155 a.C., Caméades chegou à Roma, vindo da Grécia, determinado a combater a doutrina estoica do direito natural. Um de seus objetivos principais foi a propagação da ideia de Justiça que, inspirada em Aristóteles, voltava-se à objetividade do conhecimento, à metafísica, assim como ao acesso cognitivo à essência e à própria realidade.<sup>308</sup>

Nota-se, assim, um regresso às raízes aristotélicas da filosofia do direito romano e, ao mesmo tempo, um afastamento da influência estoica. Referida influência, porém, não foi eliminada.

Nesse diapasão, colocando-se entre o espírito helênico e o espírito romano, voltado ao domínio da vontade, da consciência imediata e do consenso comum, Marco Túlio Cícero demonstrou ser o intermediário ideal. Era palestrante, jurista, filósofo e político, que dividiu sua vida entre a política, a lei e os livros.<sup>309</sup>

Cícero era um “homem do mundo”, nervoso, inteligente e elegante, que almejava ensinar, sem, contudo, fazê-lo de maneira “pura”. Ele até mesmo foi capaz de sentir a dignidade da vida coletiva romana, e queria preservar o legado moral dos antepassados (*mais mairaum*).<sup>310</sup>

A sabedoria que transmitia baseava-se na honestidade enquanto virtude, no decoro como percepção do que era “honesto”, na sinceridade, como desempenho do dever, na fé como veneração dos deuses e dos cidadãos e na *fides* como a fidelidade no cumprimento das promessas.<sup>311</sup>

Sob o disfarce de um nobre, tratou de recusar as antigas virtudes dos romanos “bárbaros”, sem, contudo, ignorar as já conhecidas qualidades dos gregos.

Cícero ensinou que, sem a justiça, a sociedade é incapaz de sobreviver, pois o povo da cidade, sem ela, ficaria sujeito à indignação do senhor ou dos inimigos ou, até mesmo, sob um regime opressivo. Afirmava, também, que pode haver injustiça tanto por comissão quanto por omissão, determinando que aquele que não evita ou resiste a ferimentos, defendendo-a, seria injusto.<sup>312</sup>

---

<sup>307</sup> Ibidem, p. 58.

<sup>308</sup> Ibidem, p. 59.

<sup>309</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>310</sup> Ibidem, p. 62-63.

<sup>311</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>312</sup> Ibidem, p. 64.

Voltado a descobrir uma “causa eficiente” para as leis e para o direito, Cícero investigou o significado da natureza, pois enxergava a necessidade de explicar a natureza da lei e de buscar explicações na própria natureza do homem. Isso porque, somente depois de explicar quais eram os dons da natureza para o homem é que seria possível entender, verdadeiramente, quantas qualidades excelentes a mente humana possui, para que funciona e quais resultados são esperados da vida: a união entre os homens e a sociedade natural que existe entre eles.<sup>313</sup>

É a partir, então, de Marco Túlio Cícero, e de suas influências aristotélicas que se tornou possível vislumbrar, em Roma, a conexão do direito com a ética baseada na filosofia de Aristóteles, especialmente no que se refere à necessidade da "prática" da Justiça, enquanto virtude humana que é.

Coube, portanto, a Cícero, proceder à elaboração de uma linguagem jurídica original, própria, que foi construída por meio da subdivisão dos termos principais da definição de "Justiça". É por isso mesmo que o *plano* das *institutas romanas* relacionou-se à distinção entre três principais elementos: pessoas (*eives*), coisas (*res*) e ações (*causae*).<sup>314</sup>

Marco Túlio Cícero, na mesma linha de Aristóteles, pensava o direito como um exercício da Justiça. Como se afirma nas primeiras linhas do *Digesto*, a justiça, da qual merecidamente, chamam os juristas de sacerdotes (*Justitia cuius mérito quis nos sacerdotes appellet*).<sup>315</sup>

Cícero, então, na construção da própria ideia de direito romano, incluiu os postulados aristotélicos acerca da virtude e de sua prática, sendo capaz, até mesmo de codificar essas ideias, concretizando a ideia abstrata de justiça e transformando-a em algo jurídico em sentido amplo.

Comprova-se, diante disso, que foi a doutrina de Aristóteles que, no período romano clássico, concedeu os princípios constitutivos da ciência do direito, bem como seu próprio valor, especialmente na época de Cícero. A influência aristotélica foi mais forte, especificamente, nessa época, pois as escolas da retórica greco-romanas difundiram noções aristotélicas de justiça, equidade, lei e direito natural.<sup>316</sup>

Ocorre que, apesar de a ciência romana ser, claramente, um produto da cultura grega, é necessário frisar que o empréstimo de conceitos do estoicismo ainda é notável na ciência do

---

<sup>313</sup> Ibidem, p. 64-65.

<sup>314</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 90.

<sup>315</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>316</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 69-70.

direito romano. Percebe-se, então, que, o estoicismo, que era a principal formação de Cícero e à qual aderiram vários juriconsultos clássicos, tendo deixado uma marca muito evidente no direito romano.<sup>317</sup>

Diante da “mescla” de filosofias gregas, os conceitos estoicos, apesar de notáveis no que concerne à construção das bases do direito romano, não se sobressaíram em relação aos conceitos aristotélicos.

Ocorre que Marco Túlio Cícero conhecia muito bem todas as grandes filosofias gregas, e escreveu seus *Tópicos* para o uso dos juriconsultos inspirando-se, diretamente, nos *Tópicos* aristotélicos. É por isso que Cícero confere ao direito em *fin* específico, retirado de uma definição tomada, quase que literalmente, da Doutrina de Aristóteles: *Sit ergo in jure civili finis hic: legitimae atque usitatae in rebus causisque civium aequabilitatis conservatio*.<sup>318</sup>

Assim, a justiça era entendida, por Cícero, como uma "justiça geral". A partir dela, o jurista teria a missão de "discernir o lícito do ilícito". Essa ideia, porém, deveria incitar os homens a serem “bons”, de modo que é perceptível, aqui, uma infiltração do moralismo estoico.<sup>319</sup>

Note-se, porém, que a noção de “justiça geral” que permeia a ideia de direito a partir de Cícero não se distancia de Aristóteles, demonstrando ser influenciada pelo estoicismo especialmente no que concerne à ideia de convívio societário.

Diante disso, percebe-se que Roma não tinha uma filosofia jurídica totalmente original, tendo se utilizado do pensamento filosófico grego como ornamento de moralização, porém, sem se prender à a problemática filosófica.<sup>320</sup>

Apesar de o direito romano ser, ao menos no Brasil, mais conhecido por sua civilística e por sua processualística, inspiradora dos juristas franceses e italianos, responsáveis por diversas construções no ordenamento jurídico nacional, é notável que a teoria romana do direito se relacionava, em muitos aspectos, com o que conhecemos hoje por “Direito do Estado”.

No período clássico, com a incorporação, a aceitação de outras instituições jurídicas (*ius gentium*) e a influência do pensamento estoico, a naturalização aristotélica da escravatura

---

<sup>317</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>318</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 90.

<sup>319</sup> Ibidem, p. 92.

<sup>320</sup> BIALOSTOSKY, Sara. **Panorama del derecho romano**. 8. ed. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 3.

foi enfraquecida, sob a influência do estoicismo. Tornou-se possível transformar a escravidão em um ato de liberalidade, por meio da libertação do escravo.<sup>321</sup>

Denota-se, aqui, a partir do estoicismo, portanto, uma primitiva ideia de “publicização” do Direito, a partir de uma concepção de igualdade mais ampla do que a idealizada por Aristóteles.

Isso porque o direito romano, além de se não fundar sobre o conceito de “direito subjetivo”, descansa sobre uma filosofia “objetivista”, “social” do direito, evidentemente derivada de Aristóteles.<sup>322</sup>

Diante disso, o direito natural, de inspiração aristotélica, tornou-se a alma do direito romano clássico. A Lei das XII Tábuas também é inspirada no conceito de justiça vigente nas cidades gregas.<sup>323</sup>

Não apenas as questões “societárias” contidas na ética de Aristóteles influenciaram a construção da ciência do direito romano. No mesmo sentido, a noção aristotélica de “justo meio” mostra ser um dos objetivos primordiais da prática da justiça romana.

Nesse sentido, Aristóteles entendia a justiça em sentido amplo, como proporcionalidade de atos, o justo meio entre excesso e defeito, o princípio de todas as virtudes. Aplicava-a, porém, à vida do Estado. A justiça seria, nesse diapasão, a suprema virtude (cívica), a soma e a compacidade entre ela e as demais virtudes, que se referem à comunidade e aos outros indivíduos que a compõem.<sup>324</sup>

A noção de “justo meio”, antes de ser transportada para a ciência do direito romano, consistiria, estritamente, porém, na proporcionalidade na distribuição de funções, bens e encargos de honra, uma equivalência na mudança entre o benefício e a consideração, entre a transgressão e a pena.<sup>325</sup>

Ocorre que, em decorrência de sua influência em Roma, Ulpiano define a Justiça como *ius suum cuique tribuere*, ou seja, a determinação de se “dar a cada um o que lhe corresponde”. Faz-se necessário, então, atribuir a cada um seu respectivo valor, porém, de conformidade com uma medida “formal”, correspondente a cada qual, sob a referência de um critério material de medida: o seu direito.<sup>326</sup>

---

<sup>321</sup> BROCCO, Pedro. Op. Cit., p. 74.

<sup>322</sup> ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 78.

<sup>323</sup> Ibidem, p. 113-114.

<sup>324</sup> RECASENS SICHES, Luis. **Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro**. Barcelona: Bosch, 1934, p. 92.

<sup>325</sup> Ibidem, p. 92-93.

<sup>326</sup> Ibidem, p. 93.

Nota-se, então, que a ética aristotélica conformou até mesmo o conceito de direito em Roma, que acabou por estar diretamente associado à Justiça e à sua busca. Percebe-se essa assimilação em diversos conceitos, porém.

O “bem agir”, no sentido helênico, voltava-se à busca da felicidade (*eudaimonia*), que, porém, não pode ser compreendida em sentido individual, contudo, apenas em relação com a cidade (*homonóia*). Em Roma, desde o período clássico, essa totalidade é cindida, pois, agora, o homem pertence à cidade, por meio de vínculo de pertinência, não de *ipseidade*.<sup>327</sup>

Surge, aí, o *ius civile* e, a partir dele, a conduta não poderá ser aferida de acordo com padrões de bom e mau, mas, sim de justo. A justiça passa a ter uma conotação de “particular”. A moral não mais supriria as necessidades normativas da cidade. A cisão que se opera histórica, cultural e logicamente é responsável pela explicação do conceito de bilateralidade.<sup>328</sup>

Ocorre que a “bilateralidade tributiva” relaciona-se ao fenômeno jurídico em decorrência da ampla experiência moral que caracteriza o direito. Ocorre que, no período helênico, ainda não há uma consciência relacionada ao “outro-diferente-de-si”. É por isso que o justo moral se realiza numa relação de imbricação entre ipseidade e alteridade. O agir jurídico, a partir de suas origens gregas, pressupõe, dessa maneira, o reconhecimento, como percepção de um outro-igual, de uma outra consciência limitadora.<sup>329</sup>

Assim, necessitava da cisão entre ipseidade e alteridade para conformar um nexos transobjetivo. Essa bilateralidade resulta em uma polaridade entre os sujeitos que se vinculam objetivamente, mediante a chancela do Estado, para exercerem pretensões e competências. A relação jurídica, porém, encerra essa bilateralidade, já que faz com que a justiça surja como um valor formal, que estabelece uma regra de “tribuição” (*tribuere*) desses valores, por meio da vontade (Ulpiano) ou em conexão com a razão (Cícero).<sup>330</sup>

É da “tributividade” que decorre a exigibilidade de uma conduta, pois o nexos jurídico não se encontra em nenhum dos polos da relação, já que pertence, simultaneamente, a ambos, pois, se um descumprir, o outro pode exigir. É desse sentido objetivo e transobjetivo, da bilateralidade “tributiva”, que surge, como fruto da certeza e da segurança inerentes à relação jurídica, o conceito que atualmente se conhece como “dívida”.<sup>331</sup>

---

<sup>327</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 25-26.

<sup>328</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>329</sup> Ibidem, p. 27-28.

<sup>330</sup> Ibidem, p. 28-29.

<sup>331</sup> Ibidem, p. 28.

Desse modo, até mesmo os termos mais basilares do direito das obrigações e, no mesmo diapasão, do direito contratual, derivam de conceitos helênicos.

Ulpiano, *v.g.*, ao afirmar que a justiça é o fim da arte jurídica, parece oscilar entre a justiça “geral” e a “particular”. Celso, diferentemente, definia a arte do direito como a busca do *aequum*, do bem (*jus est ars boni et aequi*).<sup>332</sup>

Note-se que essa "oscilação" entre Justiça “particular” e “geral” parece resultar diretamente dos conceitos de Justiça encontrados, em especial, no Livro V da "Ética a Nicômaco" de Aristóteles.

Assim, o fim do direito é a justiça, em sentido restrito, que Aristóteles distinguiu sob o nome de “justiça particular”. E, para os romanos, o direito é a arte que persegue esse fim: *jus est boni et aequi*.<sup>333</sup>

No mesmo sentido, o jurista romano sabia que deveria olhar para além dos textos legislativos, pois outra fonte de soluções justas enriqueceria a sua obra.<sup>334</sup>

É nesse ponto, especificamente, que se encontra o direito natural no sentido aristotélico. Desse modo, o direito romano é maleável, aberto às inovações.<sup>335</sup>

Assim, mais do que o conceito de Justiça aristotélico, os romanos assimilaram a ideia de equidade, especialmente, como "justiça aplicável ao caso concreto", de forma moldável e, se necessário diversa das disposições legisladas.

Um outro exemplo da influência da ética aristotélica, especificamente no que concerne à virtude da "honestidade", é a própria "estipulação aquiliana", que era uma fórmula composta por Aquilius Gallus, que servia para novar todas as relações de direito, transformando-as em uma única obrigação verbal, a partir da qual o estipulado faz uma “estipulação adicional” ao promissor<sup>336</sup>

Somada ao aristotelismo estava, porém, a noção universalista de justiça, de raiz estoica, ao Direito Romano, que concebia a liberdade como uma “pura interioridade do ser pensante”, e a igualdade como um atributo que se identificava com a razão humana e com a razão divina.<sup>337</sup>

<sup>332</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 94.

<sup>333</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 79.

<sup>334</sup> Ibidem, p. 80-81.

<sup>335</sup> Ibidem, p. 82-83.

<sup>336</sup> PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. 23. ed. México: Porrúa, 2007, p. 498-499.

<sup>337</sup> Ibidem, p. 499.

A influência estoica, porém, foi indispensável ao direito romano, especialmente no que concerne aos institutos relacionados aos de direito privado e de direito processual que hoje são conhecidos e aplicados pelos ordenamentos jurídicos, especialmente, no Ocidente.

Isso porque, orientado pela filosofia estoica, o direito romano (re)construiu e evoluiu nos institutos que envolviam as pessoas, a família, a propriedade, a sucessão, os testamentos, a justiça civil e a justiça criminal. Ocorre que, além disso, as "novidades jurídicas" trazidas pela influência do estoicismo não poderiam ocorrer sem a atuação dos juristas e imperadores que, aliando sua orientação filosófica ao poder político, humanizaram os antigos e rígidos institutos de Direito, aproximando-os do ideal de justiça estoico, que preza pela igualdade, liberdade e universalidade.<sup>338</sup>

Diante disso, comprova-se que a construção do direito romano deu-se com base em uma "concorrência" de bases filosóficas, que edificou uma ciência do direito alicerçada no ideal de justiça.

Essa construção ética, ao trabalhar, simultaneamente, as noções aristotélicas e estoicas, derivava da intenção de que Direito Romano pudesse impedir os romanos de transformarem o sistema jurídico em um ordenamento mecânico e rotineiro, que apenas servisse para manter os privilégios de uma casta. Assim, a principal tarefa da jurística romana passou a ser a de adaptar os postulados da razão natural estoica às condições da vida em sociedade. Esse processo se concretizou nas adequações feitas no *ius civile* pelo *ius honorarium*.<sup>339</sup>

A partir daí, sob clara influência da ideia de equidade em Aristóteles, as normas "estranhas" do antigo direito civil foram flexibilizadas diante dos casos reais. Os juristas passaram a suprimir o *ius civile* e a corrigi-lo em razão da utilidade pública. Ocorre que a construção legislativo-textual do *Corpus* ocorreu pelas mãos dos jurisconsultos romanos, muitos dos quais estavam comprometidos com a filosofia estoica, empenhados em modificar qualitativamente o direito positivo, aproximando-o do Direito Natural estoico.<sup>340</sup>

Ocorre que já se sabia que o Estado e direito público (da época) não eram competentes para realizar o trabalho de "distribuição dos patrimônios", de modo que foi necessário

---

<sup>338</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; NASCIMENTO, Pedro Savaget. A inserção do estoicismo no Direito Romano Clássico: os rescritos do Imperador Marco Aurélio sobre Direito de Família e direito à liberdade.. **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD**. n. 6. p. 25-46, Jan.- Dez., 2010, p. 26.

<sup>339</sup> CABRAL, Luisa Rocha; FARIA, Aléxia Alvim Machado. A influência da filosofia estoica no direito romano por intermédio do *ius honorarium* e do *corpus iuris civilis*. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte. n. 1, V. XVII, p. 121-138, 2012, p. 134.

<sup>340</sup> Ibidem, p. 134.

construir toda uma ciência, autônoma, para regular as comutações que seria, a partir daí, o direito privado.<sup>341</sup>

Observa-se, aqui, que, para além do estoicismo, a influência da ética aristotélica, pois, a ciência dos jurisconsultos se teria desenvolvido a partir de princípios de igualdade simples (aritmética). É por isso que alguns autores entendem que, a distinção feita entre direito público e direito privado resultou, diretamente, da divisão a que chegou o estudo de Aristóteles, entre os dois tipos de aplicação da justiça (distributiva e comutativa).<sup>342</sup>

Nesse sentido, a partir da construção da ciência do direito romano é que foram separados os postulados jurídicos públicos e privados. Trata-se, especificamente, da “divisão” do Direito, feita por Ulpiano, em “Público” e “Privado”.

Na definição de Ulpiano encontra-se o embrião do reconhecimento de uma esfera jurídica que se ocupa do Estado, porém, afastada das modernas concepções de direito público. A lista feita pelo jurisconsulto é taxativa, e inclui disposições sobre as coisas sagradas, dos sacerdotes e da magistratura. Modernamente, portanto, apenas a jurisdição se encontraria na esfera do direito público.<sup>343</sup>

Ocorre que há grande variabilidade no emprego da expressão *ius publicum*, em algumas passagens denota a totalidade de uma ordem legal romana e, em outras, reporta-se a regras de caráter inderrogável. Em outras, todavia, designa institutos privados, como o casamento, o dote e a tutela, como pertencentes ao direito público. Diante disso, os romanos não distinguiram claramente entre direito público e direito privado, apenas reforçando a conexão entre direito público e interesse público (*publica utilitas*).<sup>344</sup>

Apesar, portanto, da ênfase nas questões privatistas, há um embrião de um direito público romano, que resulta, diretamente, da teoria da Justiça em Aristóteles.

Não bastasse, acerca da influência de Aristóteles na construção da ciência do direito, é necessário observar que, para ele, só existiria o direito (*dikaion*) no sentido mais próprio da palavra, nas relações entre os cidadãos. Esse pensamento pressagia, inclusive, a distinção entre *Gesellschaft* e *Gemeinschaft*, entre sociedade e comunidade. Aristóteles já sabia disso antes dos sociólogos alemães do Século XX.<sup>345</sup>

---

<sup>341</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 42-43.

<sup>342</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>343</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op.Cit., p. 38.

<sup>344</sup> Ibidem, p. 39.

<sup>345</sup> Ibidem, p. 45.

Comprova-se, assim, a influência da ética aristotélica na construção do direito romano e de sua filosofia, apesar do fato de que essa formulação sofreu influências de outras das principais filosofias gregas, especialmente, do estoicismo.

A ideia de direito natural em Aristóteles, porém, teve influência direta na formulação da legislação e da própria ciência do direito romano que era, sim, uma ciência do direito natural.

### 3.1 O Direito Natural no Direito Romano: o "justo natural"

Antes de expor o entendimento dos romanos acerca do conceito de "justo natural", que tanto influenciou a construção da ciência do direito, faz-se necessário expor a construção aristotélica acerca do próprio direito natural.

Inicialmente, relembre-se que a filosofia do direito de Aristóteles adapta-se à experiência. Em nenhum outro lugar se encontraria o entendimento da mal compreendida expressão "direito natural".<sup>346</sup>

Enquanto Platão confundia sob os termos *nómos* e *díkaion* o direito e toda a moral, Aristóteles buscou se afastar dessa conceituação, como resta demonstrado nos Capítulos VIII e IX do Livro V da *Ética a Nicômaco*. Nesse ponto específico é que se chega, efetivamente, à distinção entre o direito e a Justiça. Aristóteles, assim, trata o direito, (*díkeion*) no interior de um estudo sobre a justiça, de modo que a ciência do direito é vista como parte (distinta) da ciência da justiça.<sup>347</sup>

Aristóteles esclarece, também, que é possível o exercício de atos injustos por erro ou sob ação de alguma coerção qualquer, como o *dolo* (*metus*), porém, sem que, subjetivamente, haja injustiça. A ciência do direito (do *díkaion*), relaciona-se a um resultado "exterior". A igualdade nas relações entre os cidadãos, que é o *medium rei*", objeto da justiça, ocupando-se apenas do "objeto", não da maneira como esse objeto será procurado: *jus objectum justitiar*, pois, o direito passa a se especializar no interior da moral, o que faz com que leis morais e jurídicas sejam diferentes.<sup>348</sup>

Tais análises importaram para a história do direito, pois há culturas que misturam direito e moral, como se observa em Platão, na Idade Média e nas teorizações Santo

---

<sup>346</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 40.

<sup>347</sup> Ibidem, p. 45.

<sup>348</sup> Ibidem, p. 46.

Agostinho. Delimita-se um setor jurídico especializado, que exclui da ciência do direito o estudo das demais virtudes além da justiça específica, como caridade, liberalidade, misericórdia e até mesmo o exame das intenções.<sup>349</sup>

Assim, nem toda lei é jurídica, diferentemente do que pensava Platão, de forma que a ciência do direito conquistou sua autonomia, que conduzia ao exame da experiência, tal qual analisada no Livro V da *Ética*. É sobre essas bases que se construiu o direito clássico, de modo que o conteúdo da ciência do direito, fontes, método e seu espírito dependem das fronteiras delimitadas a essa ciência.<sup>350</sup>

Aristóteles, apesar de distinguir dois tipos de justo e de direito (justo natural e justo positivo), prevê que, em certos casos, há a obrigação de nos contentarmos com um direito "informe", que é, justamente, o *dikaion physikón*, de modo que inexistente oposição entre justo "natural" e as leis escritas. As leis do Estado exprimem e completam o justo natural. Essa doutrina do direito natural, porém, incorpora a importância do papel do legislador.<sup>351</sup>

Aristóteles é o "pai" da doutrina do direito natural", pois destacou o *dikaion physikón*, que construiu a sua teoria e a colocou em prática, o que faz dele o fundador dessa doutrina, à qual vários juristas viriam a aderir. No direito natural de Aristóteles, contudo, as soluções não são "deduzidas de princípios", mas, sim, de princípios *a priori*, a partir da razão prática ou das definições abstratas da "natureza do homem".<sup>352</sup>

Aristóteles, assim, pratica um método de observação, como fatia um botânico, que colhe as experiências dos impérios e das *polis* de seu tempo, e prenuncia o direito comparado e a sociologia do direito. Na doutrina jurídica aristotélica, assim, o direito natural é um "método experimental", de modo que não se amolda a regras "fixas" porque depende de uma adequação às circunstâncias mutantes.<sup>353</sup>

Em Aristóteles, o direito é essencialmente "móvel", pois ninguém proclamou essa verdade de forma mais específica, especialmente na *Ética a Nicômaco*, na qual define o direito natural. Assim, a transformação do "justo natural" em direito positivo é, em grande medida arbitrária ou, pelo menos, algo que não é passível de justificação racional. O legislador termina por concluir a busca do justo natural. De outra forma, essa busca não teria fim.<sup>354</sup>

---

<sup>349</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>350</sup> Ibidem, p. 48.

<sup>351</sup> Ibidem, p. 52.

<sup>352</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>353</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>354</sup> Ibidem, p. 56.

Ao legislador cabe acrescentar determinações precisas aos dados do justo natural. Estas, porém, são, necessariamente, arbitrárias, pois a ciência seria incapaz de fornecê-las. O direito procede, ao mesmo tempo, da natureza e da convenção, pois o legislador trabalha sobre as bases do justo natural, ao qual acrescenta algo de sua vontade própria, fazendo dele um justo completo. As leis escritas têm um valor equivalente à justiça, pois derivam do justo natural. Os adendos arbitrários do legislador, todavia, encontram-se sobre o poder regulamentar que também pertence, por natureza, a ele.<sup>355</sup>

O direito positivo deve ser tão obedecido quanto o próprio direito natural. Trata-se, nesse diapasão, de um "justo positivo", que é capaz de criar um "dever de consciência". A filosofia de Aristóteles funda a própria autoridade das leis, que é em relação ao qual os positivismo sempre fracassaram. Ali, porém, no lugar no qual a teoria de Aristóteles suplanta acima de tudo os positivismo e quando atribui limites ao poder das leis. Só é possível reconhecer o valor das leis positivas ao supor que estão estabelecidas no âmbito do justo natural. Trata-se de uma condição com grandes possibilidades de verificar-se, pois não há por que presumir que o legislador tenha querido sair desse âmbito.<sup>356</sup>

Em Roma, assim como em Atenas, o legislador era parte da elite do corpo social. A função era exercida pelos mais bem informados e mais prudentes. Aliás, mesmo se o legislador se enganasse sobre algum detalhe, isso não seria motivo para que fosse privado da obediência.<sup>357</sup>

Assim, não poderia haver, na filosofia ética de Aristóteles, a soberania absoluta da lei, diferentemente daquela que conduziu os liberais e os revolucionários à filosofia do contrato social. Nada impediria, nesse sentido, que o costume ou a jurisprudência prevalecessem sobre a lei. Se o legislador extrapolasse os limites do justo natural, não agindo função do bem comum da *polis*, a lei perde seus fundamentos de validade. Assim, o "justo segundo a natureza" não está adstrito aos textos.<sup>358</sup>

O "justo natural" (*dikaion*) não se expressa pela lei. Apesar de, na Retórica, Aristóteles recomendar aos advogados o recurso à lei segundo a natureza (*nómoi katá phýsin*), quando a lei escrita for desfavorável às suas causas, em uma leitura mais cuidadosa, é possível perceber que faz referência apenas às leis em sentido "metafórico", ou seja, de leis não escritas.

---

<sup>355</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>356</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>357</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>358</sup> Ibidem, p. 63.

Aristóteles reconheceu tanto os limites da ciência do direito natural quanto das leis escritas. Conclui, assim, que não é possível atribuir-lhes valor absoluto ou autoridade soberana.<sup>359</sup>

É evidente, porém, que Aristóteles não fez referência textual a um termo equivalente a "direito natural". Separava, claramente, porém, os sentidos do *dikaion*, de forma que, aos aristotélicos, foi possível extrair um sentido diretamente relacionado à construção de uma ciência do direito natural.

A partir disso, então, o direito visaria, rigorosamente, a aplicação da justiça. Essa fórmula, contudo, não tem hoje sentido algum. Repete-se, todavia, exclusivamente, por hábito de linguagem. Ocorre que não há mais, atualmente, um sentido "substancial" na utilização do vocábulo. Assim, dizer que o direito busca a Justiça não é algo preciso.<sup>360</sup>

Aristóteles pensava que as *leis* que formam a "ossatura da justiça geral", escritas ou não, naturais ou positivas, não são propriamente "direito" (*to dikaion*), apesar de se "reportarem" ao direito, especialmente se a lei moral for acompanhada de sanções temporais. A função do direito penal é a distribuição das penas, de modo que ela interfere, diretamente, nesse ramo do direito.<sup>361</sup>

Recusou-se, porém, a entender o direito como sistema de "regras de conduta", pois sabia-se que era impossível identificar o direito com a observância das leis morais feitas para reger condutas. As pesquisas de Aristóteles levaram-no a distinguir, cada vez mais, entre essas esferas.<sup>362</sup>

O fato de Aristóteles não identificar o direito com a lei escrita explica-se pelo fato de o *dikaion* somente poder ser alcançado por intermédio da prática, bem como, até mesmo por razões metafísicas.

Aliás, só assim foi possível a Aristóteles descobrir a fonte das leis e do direito e, então, captar a razão suprema impressa na Natureza, que ordena o que deve ser feito e proíbe o contrário, como disseram os estoicos.<sup>363</sup>

O próprio Aristóteles, aliás, no mesmo Livro V da *Ética a Nicômaco*, separa o "justo legal" do "justo natural", porém, não de maneira estanque, mas sim, determinando que o justo legal deriva do justo natural. A relação entre os dois é evidente, apesar de, nos termos da ética aristotélica, não serem sinônimos.

---

<sup>359</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>360</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>361</sup> Ibidem, p. 61-62.

<sup>362</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>363</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. 64.

Isso porque o justo legal “atualiza a potência” do justo natural, atuando como um corretivo, a participar da variabilidade das coisas. Por isso é que não há oposição entre justo legal e justo natural, pois ambos são parte do justo político aristotélico. O justo natural é, assim, uma parte do justo político, respaldado na natureza humana, que não depende do arbítrio do legislador, sendo, por consequência, universalista.<sup>364</sup>

O Justo legal, diante desse contexto, origina-se no justo natural. Pode, contudo, nascer viciada, caso não corresponda à natureza ou se destine ao benefício daqueles que estão no poder.<sup>365</sup>

É o princípio e a causa de todo o movimento realizado pela justiça legal. O justo legal deve ser construído a partir do justo natural. A justiça natural se realiza na *praxis* da razão em sociedade.<sup>366</sup>

Assim, a dicotomia “Justo legal” e “Justo natural” não é tão profunda, pois o sentido de natureza (*phýsis*) corresponde a um princípio que é a causa de tudo, uma atualização das potencialidades das coisas. O justo origina-se do justo natural de duas formas: em decorrência de um princípio (*neminem laedere*) compartilhado por todos os seres racionais; em decorrência da dedução de especificações relacionadas à composição de um texto inteligível e aplicável materialmente aos casos surgidos no meio social.<sup>367-368</sup>

A influência desses paradigmas em Roma reforça a ideia de que a ciência do direito romano é, essencialmente, uma ciência do direito natural, baseada no conceito aristotélico de justiça natural.

Tanto é verdadeira a afirmação que Cícero, aceitando a definição aristotélica, trata, porém, de especificá-la, a partir de um “sentido romano”, ao afirmar que a força da natureza é

<sup>364</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 161.

<sup>365</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. Op. Cit., p.113.

<sup>366</sup> Ibidem, p.114.

<sup>367</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit. p.157.

<sup>368</sup> No mesmo sentido, de conformidade com Carlos Bittar, o justo natural: “[...] é princípio e causa de criação da justiça legal; representa o ideal de atualização do justo na ordem sócio-humana; é um corretivo da justiça legal, suplantando o rigor literal e a universalidade da lei e estabelecendo um reto juízo na apreciação do concreto; participa da variabilidade das coisas, pois parte das instituições racionais e valorativas próprias à 'alma noética humana' e à agregação da vida do ser racional em sociedade; acompanha o desenvolvimento e o movimento da razão e a sua aplicação à esfera social; é um símbolo da unidade da qual compartilham todos os homens, pois todos os povos se servem de juízos semelhantes para a apreciação de diversas matérias, bem como orientam-se pela observância das mesmas regras de conduta; e confere um sentido uno que, no lugar de indicar o pluralismo, como faz o justo legal, representa uma unicidade de resposta aos problemas humanos”. (BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Op. Cit., p. 163)

a mente, e a razão do homem dotado de sabedoria prática é, justamente, o critério do justo e injusto.<sup>369</sup>

Também deriva da ética aristotélica a diferença basilar entre direito “objetivo” e direito “subjetivo”, próxima à conceituação que hoje se conhece nos ordenamentos jurídicos ocidentais.

Isso porque, para Aristóteles, somente por meio direito (*dikaion*) é que, no interior de certos grupos opera-se uma divisão. O *dikaion* seria, assim, a justiça “subjetiva”. Já o *dikaion* seria a justiça “fora de mim”, real, objetiva. Assim entendeu-se, por muito tempo, o termo “direito”.<sup>370</sup>

O justo meio-termo é, também, um direito (*to dikaion*), que tem uma singularidade notável. Ele não se encontra no sujeito, mas, sim nas “coisas”, no “real externo” (*medium in re*). Desse modo, já que a virtude é algo que está no sujeito, o justo meio termo é algo subjetivo.<sup>371</sup>

É possível afirmar que a mesma situação ocorre em relação à virtude da justiça particular. Se uma pessoa é justa, é porque não é nem demasiadamente ávido ao tomar o que lhe cabe, nem demasiado “frouxo” ao reclamar seus direitos. Ao contrário, o direito (*to dikaion*) é objetivo. Da moral destaca-se outra disciplina, cuja finalidade é afirmar o que é justo e o que pertence a cada um. Não se trata de uma ciência da *dikaion* ou do *dikaion* (conduta justa), mas, sim, do *dikaion* (direito). Sua função não é vigiar a virtude, nem regular sua conduta.<sup>372</sup>

Nesse sentido, percebe-se que a ideia de direito deriva da ideia de justiça, porém, a partir de agora, com lugar próprio, pois, com Aristóteles, o direito conquistou a sua autonomia. O *Dikaion* não é um “direito subjetivo”, pensado em função de um sujeito único, mas, sim, “o bem do outro”, pois o direito não é apenas atributo da pessoa, não é exclusivamente “meu”. É, sim, uma proporção (“boa”) entre as coisas divididas entre as pessoas. Algo “proporciona” (neutro), um *analogon*. Assim, o direito consiste em um “igual” (*ison*).<sup>373</sup>

A “lei”, em Aristóteles, assim, encontra um sentido próprio, que se justifica diante da lógica interna de sua ética.

<sup>369</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. 64.

<sup>370</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 69-70.

<sup>371</sup> Ibidem, p. 71-72.

<sup>372</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>373</sup> Ibidem, p. 73.

Diante disso, faz-se necessário entender do que a “lei” se trata: é a lei suprema, que pertence a todos os séculos e já estava em vigor quando ainda não havia lei escrita ou Estado constituído. Assim, a “grande tribuna romana” buscava a origem do Direito na Natureza humana.<sup>374</sup>

Ressalte-se que até mesmo o vocábulo latino *ius*, correspondente à *dikaion* grega encontra, no direito romano, as mais diversas acepções, assim como se observa a partir da conceituação aristotélica.

Explica-se: a denominação “técnica” do Direito como ordem exterior e positiva que determina obediência, foi a palavra *ius*, que tem etimologia obscura. Não deriva de *iustum* ou *issum*, que derivam de *ius* (*iugo*). Tende-se a relacionar o termo *ius* ao verbo *iurare* ou à palavra *iaus*, do sânscrito, que se relaciona à saúde e à felicidade, porém, com caráter religioso, o que demonstra o caráter positivo do termo “Direito”, bem como sua preocupação com a benignidade e a indulgência sociais.<sup>375</sup>

Em decorrência disso é que a palavra correspondente a direito é *ius*, que, nas fontes romanas, é empregada em várias acepções. Em sentido objetivo (*ius publicum* ou "direito público"), em sentido subjetivo (*ius utendi* ou "direito de usar"), no significado de lugar onde o magistrado distribui a justiça (*in ius vocatio* ou "chamamento ao juízo"), como *potestas* (pessoa *sui iuris* ou pessoa *alieni iuris*), como situação jurídica (*sucessio in ius* ou "sucessão na situação jurídica"), como parentesco (*ius cognationis* ou parentesco cognatício) e no sentido de “estado” (*jus fundi* ou “estado do imóvel”).<sup>376</sup>

A definição de "direito" como “a arte do bem e do justo” a partir de Celso leva à conclusão de que, para os romanos, não havia separação entre a teoria e prática, pois toda a atividade no campo jurídico tinha em vista a atuação da Justiça. Assim, o principal objetivo do direito é dirimir os conflitos de interesse, pela aplicação prática da justiça, que é sugerida ao jurisconsulto pela consciência social da época”.<sup>377</sup>

Os romanos denominavam *jurisprudencia* a ciência do direito. *Prudentia* não era sinônimo de *sapientia* ou do conhecimento em si mesmo, mas, sim, referia-se a uma arte dirigida a alcançar ou a evitar certas coisas.<sup>378</sup>

Definiram, aliás, a *jurisprudencia* como *divinarum atque humanarum notitia, iusti atque iniustitia scientia*, ou, a “notícia das coisas divinas e humanas, ciência do justo e do

<sup>374</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. 67.

<sup>375</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 24.

<sup>376</sup> ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 80.

<sup>377</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>378</sup> Ibidem, p. 81-82.

injusto”, de modo a demonstrar que o jurista deveria conhecer a realidade das coisas divinas e das coisas humanas, para poder fazer atuar a justiça, que é o fim essencial da *jurisprudencia*.<sup>379</sup>

Trata-se de uma tendência, de uma visão ideal, algo que se contrapõe ao que é concreto. É por isso que o direito positivo poderia entrar em choque com ela, e que Celso, ao definir o *ius* como *ars boni et aequi*, pretendeu chamar a atenção para o fato de que, no período clássico, o direito foi intimamente penetrado pela *aequitas*, o que faz dele um direito “justo”. No mesmo sentido, o *ius civile* é o direito próprio de determinada *civitas*. É o direito dos *civis*, comum às outras *civitates*. O *ius naturale* é o conjunto de normas ditadas ao homem pela sua própria natureza racional, em conformidade com a justiça. O *ius naturale* é sua universalidade.<sup>380</sup>

Também no que se refere aos diplomas legislativos gregos e à ciência romana do direito, a expressão *dikaion*, traduzida para o latim como *ius*, têm os mais diversos sentidos, todos, porém, relacionados aos conceitos firmados pela ética aristotélica.

Nesse mesmo sentido, já nas primeiras linhas do *Digesto* resta sublinhada a conexão entre as palavras *jus* e *justitia* (*est autem a justitia appellatum jus*), que derivam da mesma raiz. No grego, no mesmo sentido, utiliza-se o termo *to Dikaion*, traduzido, às vezes, como “direito”, outras como “o justo”, pois, no pensamento grego, as duas noções se reduzem a uma só.<sup>381</sup>

Até porque, se a Ética de Aristóteles tratasse unicamente da justiça em sentido geral, ele não poderia ser chamado de “fundador da filosofia do direito”. A contribuição aristotélica original não reside nisso, mas, sim, no fato de que retirou da obscuridade a ideia de justiça ‘particular’.<sup>382</sup>

Demonstra-se, assim, que a contribuição mais original da filosofia do direito de Aristóteles é, justamente, a análise do termo *to dikaion*, que os romanos da época clássica traduziam por *ius*. No livro V da Ética, o direito (*to dikaion*) é o tema principal, mais do que a própria justiça (*dikaio sunê*).<sup>383</sup>

Não bastasse, Aristóteles distinguiu os diversos tipos de *operações* sobre as quais o direito se exerce, pois atua nas distribuições de cargos e funções públicas, nas divisões de propriedades, salários, impostos, partilhas de sucessão e, também, nas *trocas*, sejam delitos ou

<sup>379</sup> Ibidem, p. 81-82.

<sup>380</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>381</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 51.

<sup>382</sup> Ibidem, p. 63-64.

<sup>383</sup> Ibidem, p. 69.

contratos (*sumllagmata*). As teorias gerais dos "bens", dos "contratos", dos "delitos" privados, bem como a linguagem própria do direito começam a desenhar-se.<sup>384</sup>

Para cada um desses setores, descobrem-se fórmulas-padrão, que, porém, não bastariam para determinar a solução de um litígio particular, mas poderiam servir de modelo para as distribuições. Assim, o discurso jurídico tenderia a exprimir uma proporção e, nas trocas, uma equivalência. No que concerne ao Direito, especialmente ao conceito de "justiça legal", todavia, o texto de Aristóteles visa apenas reconhecer os objetos da atividade jurídica e os seus ramos principais.<sup>385</sup>

Também a metafísica aristotélica influenciou a ciência romana do direito natural, tendo em vista que estava umbilicalmente voltada à ideia de ligação entre o jurídico e o divino.

Os romanos, nesse sentido, distinguem o *ius fas* enquanto relação dos seres humanos com a divindade, do *ius civile*, enquanto ordem normativa de relações entre os cidadãos romanos, e do *ius gentium*, enquanto conjunto de regras aplicáveis a todas as nações, baseado em princípios de equidade e de direito natural.<sup>386</sup>

Todas as aspirações e desejos, comuns à natureza humana, que, no século XIX, foram compreendidos no interior da lei natural, foram abrangidas pela dimensão jurídica do homem, que contém as categorias do *iustum*, que se referia, principalmente, a "não fazendo aos outros o que não deveriam fazer conosco" ou para "tratar os outros como queremos que eles nos tratem".<sup>387</sup>

A consciência humana visa esse conjunto de normas cognitivas como única razão natural do homem, congruente com a natureza humana plena. O homem é um ser multidimensional, que possui uma dimensão jurídica clara e radical. É o fundamento mais profundo da Lei e o ponto de partida de todas as suas projeções.<sup>388</sup>

Comprova-se, diante disso, a existência de um direito natural romano, no sentido de Justiça, amplamente influenciado por Aristóteles. Essa influência serviu de base prática para a construção da própria ciência romana do direito natural.

No mesmo sentido, a ciência do direito romano tem bases éticas claramente inspiradas na doutrina do direito natural a partir de Aristóteles.

---

<sup>384</sup> Ibidem, p. 79-80.

<sup>385</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>386</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. XIII.

<sup>387</sup> Ibidem, p. XIII-XIV.

<sup>388</sup> ibidem, p. XIV.

### 3.2 As bases éticas da construção da ciência do Direito Romano: *Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat.*

Diante do que foi exposto acima, demonstrou-se que o direito natural romano foi largamente baseado nos conceitos da ética aristotélica, especialmente no que concerne à sua ideia de Justiça.

Ocorre que, diferentemente da filosofia de Aristóteles, os romanos construíram bases sólidas para a construção de uma verdadeira *ciência do direito*.

Assim, é certo que a ciência do direito vem de Roma, é uma *invenção* dos romanos, assim como a filosofia é uma invenção dos gregos, de modo que eliminar o direito romano é “ter vergonha da própria mãe”.<sup>389</sup>

Além disso, no mesmo sentido da "cidadania" aristotélica, o direito romano não tratou de se ocupar das questões *intra-familiares*, entre os cidadãos e suas esposas, filhos e escravos, mas, sim, das relações entre os chefes de família.<sup>390</sup>

Isso porque as relações entre pai e filho, marido e mulher, senhor e escravo, na Grécia e em Roma, prendiam-se à “economia”. Quando muito, seria possível falar em um “começo de direito”, ou “quase-direito” familiar.<sup>391</sup>

Diante disso, observa-se que, em Roma, assim como ocorria na Grécia, o direito se referia, exclusivamente, às relações entre os cidadãos, ou seja, aqueles portadores do *status civitatis* e, em especial, do *status falimiae*.

Isso porque o *pater familias* possuía uma autoridade completa e exclusiva, que o comparava à soberania dos Estado sobre seu território. Tanto é assim que se tem procurado, no interior dessa fórmula, inclusive, as origens da soberania das antigas tribos sobre suas terras.<sup>392</sup>

A ética romana, assim, comparava-se à grega, no sentido de que, nesta, a polis era composta, exclusivamente, de cidadãos, enquanto os componentes do núcleo familiar ficavam à mercê do arbítrio quase exclusivo do *pater familias*, ideia que contaminou até mesmo a primordial noção de "direito do Estado" existente na época.

Até porque, todos os povos iniciaram sua trajetória com uma ideia de sacralidade da moral e do direito, de natureza imutável. A mutabilidade nasceu da contingência histórica. A

---

<sup>389</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2007, p. 88.

<sup>390</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 83.

<sup>391</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2007, p. 45.

<sup>392</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 46.

observação dessa mutabilidade introduziu a concepção de um direito natural, por comparação, a uma noção de “lei superior” a ser buscada.<sup>393</sup>

Em Roma, os estoicos reduziram a filosofia à ética. A lei da natureza estaria no íntimo de cada um, não dependendo de promulgação. Há, porém, uma tendência em equiparar sabedoria e virtude, razão e natureza. O estoicismo influenciou poderosamente o direito romano. Por isso é que a equidade reflete a lei natural.<sup>394</sup>

Roma, assim, nada mais era do que uma confederação de famílias patriarcais, em torno de um rei, que era como um *pater familias* maior.<sup>395</sup>

Trata-se de uma simplificação de perspectivas trazida até hoje aos os estudiosos do direito, que retira do *Jus Civile* sua característica principal, qual seja, a flexibilidade, a adaptabilidade às circunstâncias. O papel desempenhado pelo pretor no *aggiornamento* contínuo das disposições jurídicas era gigantesco, a ponto de ser possível dizer que o direito romano foi, antes de tudo, um direito pretoriano. O poder do pai não foi meramente uma expressão do poder do rei na sociedade política, como se poderia a crer mediante um raciocínio “em termos de Antiguidade”.<sup>396</sup>

Ocorreu, na realidade, justamente o oposto. Ao se tentar introduzir, na teoria política, a noção de autoridade, Aristóteles buscou na autoridade do pai, no seio da família, um “modelo”. Encontrando na célula familiar a autoridade absoluta do pai, Aristóteles e Platão buscaram transferir a estrutura do poder da família para a cidade, como uma expressão de autoridade, porém, sem a fundamentação religiosa que o culto dos antepassados conferia ao *pater familias*. Ao mesmo tempo, porém, ambos filósofos procuraram erigir um sistema de governo absoluto, porém, sem ferir o absolutismo do poder dos chefes em relação às suas respectivas famílias.<sup>397</sup>

Ocorre que, substancialmente, nem a *polis* grega nem a *civitas* romana tocaram no pátrio poder de acordo com a antiga tradição estabelecida no direito costumeiro. Em Roma, os *mores majorum* (costumes dos antepassados), expressavam-se em disposições de tempos imemoriais, regulando instituições importantes, como o casamento, o divórcio, a vida conjugal, o pátrio poder. Os romanos consideravam, ao contrário, que tais disposições haviam

---

<sup>393</sup> CICCIO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 21.

<sup>394</sup> Ibidem, p. 22.

<sup>395</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>396</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>397</sup> Ibidem, p. 49.

sido estabelecidas pelo próprio fundador de Roma, Rômulo e, depois, por Numa, o primeiro rei e legislador romano.<sup>398</sup>

Somente é possível entender o direito romano se se compreender o “espírito do povo romano”. Sem esse entendimento, é impossível entender como os fortes laços familiares, que vinham de situações primordiais e resistam à vida urbana, começaram a ceder e até mesmo a romper-se diante de uma força catalisadora mais forte, que era a necessidade de levar as “águias romanas” a abraçarem toda a península e, depois, fazer do mediterrâneo o *Mare Nostrum*.<sup>399</sup>

Por meio da fundação da *polis* e da *civitas* foi se impondo outro critério, qual seja, as relações entre o indivíduo e o Estado. Por esse motivo é que o *pater* foi perdendo poderes discricionários e foi sendo incumbido, pelo Estado, do dever de educar, guardar, e cuidar dos bens do futuro cidadão de ateniense ou romano.<sup>400</sup>

Também essa modificação na mecânica social romana guarda relação com o caráter "social" da Justiça em Aristóteles, já que esta somente existe a partir da prática contínua de um cidadão em relação ao outro.

Isso porque, da mesma forma, em ambas culturas, grega e romana, buscava-se a garantia de valores no plano do bem comum. A ideia da justiça é, precisamente, solucionar os conflitos de interesses no plano da coexistência ou da ordem, todavia, com a pretensão de uma solução justa para os conflitos. Em Roma, especificamente, a *voluntas* é universal, fundada em uma "razão de ser", qual seja, o bem jurídico a preservar, o *ius*. Nesse sentido, a preocupação fundamental da jurística é a de encontrar, primeiro, o direito, o bem jurídico a ser atribuído, para, somente depois, elaborar uma regra de decisão para caso ou voltada à prevenção dos conflitos.<sup>401</sup>

Assim, a ideia de justiça aristotélica, compartilhada pelos romanos, é a base ética sobre a qual foi construída toda a ciência do direito, no que concerne às suas origens mais remotas.

É exatamente nesse sentido que *iustitia* é definida por Ulpiano como uma “vontade constante de dar a cada um o seu direito”.<sup>402</sup>

---

<sup>398</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>399</sup> Ibidem. 52.

<sup>400</sup> Ibidem, p. 52-53.

<sup>401</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 103.

<sup>402</sup> MORINEAU IDUARTE, Marta. **Diccionario de derecho romano**. 2. ed. Mexico: Oxford, 2006, p. 78.

Também para os romanos, assim como para Aristóteles, o direito não poderia ser reduzido às fórmulas legislativas previamente estabelecidas.

Tanto é que, quando a ciência histórica quis tomar-se *neutra*, indiferente aos "valores", os romanistas puseram-se a tratar *indiferentemente* todos os "períodos" do direito romano. Ocorre que merece destaque o direito romano em seu apogeu, na grande época, denominada *clássica*, pois, deste período, é que vem o *Digesto*, que conservou a obra dos juristas clássicos, mesmo que de maneira aproximada, com alterações.<sup>403</sup>

Nesse período, o idealismo substituiu a ciência jurídica romana por outra ciência e uma outra linguagem, apresentadas como as únicas possibilidades "racionais", impostas pela razão "pura". Os romanistas, todavia, passaram a expor as soluções romanas transpondo-as para categorias modernas, como propriedade, contrato, direito, lei, justiça etc. Perderam, porém, o essencial e o mais útil.<sup>404</sup>

Aqui, o direito era, também, assim como para a ética aristotélica, algo "moldável", adaptável, portanto, às circunstâncias de cada um dos casos concretos aos quais deveria ser aplicado.

Restou compreendida, assim, a impossibilidade de se reduzir o direito a uma fórmula matemática, pois é necessário considerar a *qualidade* das pessoas ou dos bens ou cargos. Também em Roma, o direito é uma harmonia, e deve ser analisado no contexto da busca dessas duas formas de *igualdade*.<sup>405</sup>

Aristóteles distingue várias espécies de *amizades*. Toda cidade, toda relação de negócios envolve uma dose de amizade.<sup>406</sup>

Não diremos, portanto, que a amizade seja o contrário do direito; para que o direito exista é preciso uma certa espécie de amizade.<sup>407</sup>

Nesse sentido, o próprio *Corpus juris civilis* constitui-se de uma multiplicidade de camadas heterogêneas, pois nasceu em uma cidade ainda autônoma. Os fundadores da ciência jurídica romana, porém, limitaram o seu campo de estudo ao *ius civile*, de modo que, quando Cícero afirmou que *sit ergo in jure civili finis hic*, referia-se apenas à ciência do direito civil.<sup>408</sup>

---

<sup>403</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2007, p. 88.

<sup>404</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>405</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 79.

<sup>406</sup> Ibidemp. 81.

<sup>407</sup> Ibidemp. 82.

<sup>408</sup> Ibidem, p. 93-94.

O *jus civile* do período clássico romano corresponde ao conceito aristotélico de *dikaion politikon*, ou seja, o direito existente em uma cidade, entre os cidadãos chefes de família, ou seja, o único *dikaion* no sentido completo da palavra. Ocorre que, no aglomerado de cidades que formava o Império Romano, a aplicação de uma justiça “particular” estrita era impraticável, pois é difícil definir precisamente o papel de cada um. Assim, o direito da cidade foi substituído pela lei moral e universal estoica.<sup>409</sup>

Como consequência, tanto a ideia de direito quanto a justiça começaram a parecer indissociáveis na *praxis* romana. A ideia de justiça, então, incorporou-se à própria noção de cidadania romana.

Isso porque, tanto na Grécia quanto para os romanos, a ideia de direito é solidária da de justiça. O próprio *Corpus Juris Civilis* enfatiza esse vínculo, pois *jus* deriva de *justitia* (*jus a justitia appellatum*).<sup>410</sup>

Trata-se, em grego, da mesma palavra (*dikaion*) que pode ser traduzida ora por “justo”, ora por “direito”, algo que as línguas europeias não conseguiram dissolver. É por isso que o ministério da “Justiça” se ocupa do direito e *Recht* ficou morfológicamente ligado a *Gerechtigkeit*.<sup>411</sup>

A ciência do direito, portanto, relaciona-se diretamente à própria construção da sociedade romana.

Isso porque Aristóteles não pregava, propriamente, uma lei natural, por não admitir um “direito natural” antes da existência da sociedade política, embora reconheça como o único direito a regulação de uma sociedade política, ou seja, da cidade. Assim, o direito coincide com o “justo moral”. Os homens têm a percepção do que é benéfico e do que é prejudicial, e “do bem e do mal, de justos e injustos”.<sup>412</sup>

A finalidade da cidade é o bem supremo do homem. Assim, uma cidade que não se baseia em um pedido justo e, portanto, na justiça, não é uma verdadeira cidade. Por isso é que a justiça (*dikaion*) é uma virtude política, que somente pode ser praticada na cidade, pois consiste em saber o que é certo, de justiça ou de direito (*dike*), enquanto ordem de uma comunidade civil.<sup>413</sup>

<sup>409</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>410</sup> "Alguns romanistas da época moderna propuseram do termo uma segunda epistemologia; quiseram ligar a palavra *jus* a *jussum*, de *jubeo*, 'eu ordeno', a fim de identificar o direito ao sistema das leis estatais, ao mando do poder. Mas ela não é muito defensável, porque *jubeo*, em latim clássico, não evocava um mando". (VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 35.

<sup>411</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 35.

<sup>412</sup> BERTI, Enrico. **Aristóteles**. Madrid: Gredos, 2012, p. 35-36.

<sup>413</sup> Ibidem, p. 36.

O direito, assim, carrega a ideia de ordem e paz na convivência entre os cidadãos de uma cidade a partir do ideal de Justiça.

Desse modo, destaca-se, novamente, a Justiça, para Ulpiano, é uma vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Essa palavra, diante disso, parece designar a ideia de conformidade de um ato com a lei positiva, e não com um ideal supremo e abstrato de “justo”, de modo que o “justo” passaria a ser uma vontade de agir de conformidade com a lei, enquanto o injusto seria o oposto.<sup>414</sup>

O conhecimento e a compreensão dos princípios fundamentais do direito romano, da história e do regramento da República Romana são uma escola do "critério legal", dirigida ao desenvolvimento de mecanismos jurídicos voltados ao entendimento dos conceitos de direito, justiça e equidade. O direito romano, nesse diapasão, demonstra o ciclo completo de uma vida legal, que não ocorre espontaneamente, nem cresce como “cogumelos após a chuva”, porque, necessariamente, deve incluir elementos religiosos, filosóficos, estéticos, políticos e sociológicos. Um sistema jurídico, diante disso, não deve apenas se adaptar às principais modificações sociais, até porque pode ser o seu promotor, ou estar ao serviço das transformações sociais.<sup>415</sup>

Aqueles que acreditam, efetivamente, na Lei, deveriam tentar fazê-lo dentro do quadro legal e não fora dele, pois é em seu interior que as mudanças desejadas poderiam ser alcançadas. Assim, poderiam ser niveladas as diferenças entre possuidores e despossuídos, a prática da justiça, a oportunidade para todos, independentemente do credo, posição racial ou econômica, dentre outras.<sup>416</sup>

Ocorre que, gradualmente, as leis e as instituições romanas, republicanas e imperiais, foram introduzidas na lei que eliminou a justiça privada. A partir do momento em que o Estado participa na defesa dos interesses individuais, é preciso determinar quais órgãos são responsáveis por essa função, quais são suas atribuições e quais normas devem respeitar, assim como as pessoas que participarão da exigência da justiça.<sup>417</sup>

Demonstra-se, diante do que foi exposto acima, que Aristóteles representou uma das maiores influências filosófica na construção das bases do direito romano.

---

<sup>414</sup> BIALOSTOSKY, Sara. **Panorama del derecho romano**. 8. ed. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 7.

<sup>415</sup> Ibidem, p. 38

<sup>416</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>417</sup> Ibidem, p. 72.

Apesar dessa base “comum”, é necessário destacar que a ciência do direito, em Roma, não foi construída apenas com fundamento no raciocínio de Marco Túlio Cícero, Justiniano e Ulpiano.

Isso porque, após os gregos lançarem os fundamentos da filosofia com Platão e com Aristóteles, os romanos construíram os fundamentos da lei com um número significativo de grandes homens versados em ciência jurídica.<sup>418</sup>

A ocorrência e os efeitos dos novos negócios realizados por indivíduos na nova sociedade clássica são disciplinados pela norma legal, que lhes concede a possibilidade de reivindicar a justiça romana por meio de "ações". Tratam-se, em essência, de compromissos insatisfeitos não somente no plano moral, porém, de modo a que a própria lei clássica fosse protegida.<sup>419</sup>

A formação intelectual e jurídica dos jurisconsultos romanos no período clássico, evidentemente, foi influenciada pelo conceito de direito natural de Aristóteles de forma decisiva. Até porque, na aplicação do direito ao caso concreto tratavam eles de analisar, da maneira mais objetiva possível, as circunstâncias presentes e as tendências naturais, ou seja, próprias da natureza humana, envolvendo o fato colocado *sub judice*.<sup>420</sup>

É possível afirmar, assim, que a ciência do direito romano era, essencialmente, a ciência do direito natural como é hoje conhecida na maioria dos sistemas jurídicos dos países ocidentais.

Havia, nas aplicações da ciência do direito romano, o emprego do método dialético, que é próprio do direito natural. Os romanos, desse modo, buscavam aquilo que era "justo", não apenas a aplicação pura e simples das regras estatuídas que, muitas vezes, não se adequavam aos fatos examinados. Assim, os jurisprudentes romanos aplicavam um método “quase dialético”, próprio da filosofia grega que, não estando diretamente ligado ao modelo da ciência (*epistema*) participa tanto da retórica quanto da dialética. Procede e deriva tanto da procura do justo no caso concreto nos tribunais quanto de um “justo abstrato”, objeto de estudo dos filósofos.<sup>421</sup>

Encontra-se o direito romano, então, no “meio termo” entre a retórica e a dialética. Isso porque a dialética faz chegar, somente, a conclusões gerais (*horói*), de modo que o

---

<sup>418</sup> TOPACIO FERRENTI, Aldo. **Derecho Romano**: fundamentos para la docencia. Valparaiso: Editora Latino Classica, 1992, p. 9.

<sup>419</sup> Ibidem, p. 286-287.

<sup>420</sup> Ibidem, p. 287.

<sup>421</sup> ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 78-79.

método dos antigos juristas deve seus caracteres essenciais tanto aos modelos da retórica quanto da dialética. Poder-se dizer, assim, que é “quase dialético”.<sup>422</sup>

As definições de direito, de justiça, do conjunto de estudos jurídicos (*jurisprudencia*) e as classificações de fenômenos, instituições e conceitos jurídicos pelos quais somos devedores dos romanos, adquirem inteligibilidade e coerência quando se passa a relacioná-las às significações, à ciência e ao direito natural aristotélico.<sup>423</sup>

O cidadão romano não era um indivíduo isolado de tudo e de todos; era, sim, parte de um todo, inserido em uma sociedade e, via de consequência, o direito deveria visar ao bem-estar da sociedade. É nesse sentido que as leis deveriam provir diretamente do meio social, não serem coercitivamente impostas à sociedade.<sup>424</sup>

O direito, nesse diapasão, deveria nascer da sociedade, não da análise isolada de uma pessoa individualmente considerada: *non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est regula fiat*.<sup>425</sup>

Demonstra-se, assim, que a ciência do direito romano se baseou, largamente, no conceito de direito natural intuído por Aristóteles. Influenciada, contudo, pelos estoicos, teve sua dinâmica modificada para adaptar-se às tradições romanas e à sua lógica.

A partir de Justiniano é possível falar em um “sistema jurídico”, pois, com ele, existiu a primeira grande tentativa de sistematização da tradição jurídica romana, desde a época clássica. O direito tardoromano é um direito que aberto à modernidade europeia, como precursor da sistematização e da dogmática jurídica.<sup>426</sup>

Ao aliar-se a um movimento mais legalista e orgânico do ponto de vista das fontes e dos códigos, essa tradição jurídica afasta-se de outro ramo também ligado à jurisprudência romana, mais ligada à retórica e com características mais literárias e filosóficas, que encontramos plenamente em Cícero.<sup>427</sup>

Manteve-se, porém, a ideia de Justiça aristotélica, bem como a necessidade de sua aplicação de maneira adaptável às necessidades dos casos concretos, individualmente considerados.

---

<sup>422</sup> Ibidem, p. 78-79.

<sup>423</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>424</sup> Ibidem, p. 79-80.

<sup>425</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>426</sup> BROCCO, Pedro. Op. Cit., p. 73-74.

<sup>427</sup> Ibidem, p. 74.

### 3.3 O Direito como o "justo" e a razão como fundamento da ordem estatal

A ordem jurídico-estatal romana resulta diretamente do conceito de justiça natural em Aristóteles. Além disso, a influência aristotélica também foi decisiva no que concerne à construção dos paradigmas do direito privado romano.

Nesse sentido, o objeto próprio da justiça particular, tanto em Aristóteles quanto no direito romano é, justamente “atribuir a cada um o seu”, ou *suum cuique tribuere*, que será retomada pela a literatura clássica. É necessário, aqui, a partilha adequada, na qual cada um não receberia nem mais nem menos do que aquilo que a boa medida exige.<sup>428</sup>

A ideia de justiça particular aristotélica, então, influenciou decisivamente o direito público e o direito privado romanos, na medida em que ambos buscavam a justiça na *praxis* da cidadania.

Esse Direito conformado em Roma haveria de possuir alguns caracteres que o fizessem, a um só tempo, diferente e superior aos demais ordenamentos de condutas. Nesse sentido, de modo a caracterizá-lo como diferente e superior em relação aos demais ordenamentos de conduta, o conceito romano-universal de Direito é caracterizado por categorias essenciais, de bilateralidade, exigibilidade e irresistibilidade.<sup>429</sup>

Diferentemente do Direito, não há, na grega, repercussão na esfera individual alheia. As repercussões de um ato reprovável englobam o homem e a cidade. Não se exige o cumprimento de um dever diverso, mas, apenas, exclui-se do organismo político. Dessa forma, quem cumpre seu dever, o faz espontaneamente, preocupando-se com o próprio agir, não com uma faculdade que se abre a outrem. É em Roma, portanto, que surge o “justo” qualificado pelo adjetivo “jurídico”. Assim, o Direito Romano encerra a essência do justo na norma, preocupando-se, porém, com outro aspecto da existência, que é a força que o garante.<sup>430</sup>

Demonstra-se, assim, que, em suas origens, o direito romano preocupou-se com a “objetivação” da própria moral grega.

Esse conceito (*jus suum cuique tribuere*) é familiar aos moralistas e retóricos da Antiguidade. Muitos aplicavam o referido conceito à justiça geral, enquanto virtude social, que tenderia a que cada qual fosse colocado em seu devido lugar e, no mesmo sentido,

<sup>428</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 41.

<sup>429</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 27.

<sup>430</sup> Ibidem, p. 29.

mantivesse seu papel no todo. Ocorre que, para os juristas, relaciona-se a atribuir a cada qual o seu *jus*: uma porção de bens ou ônus exteriores.<sup>431</sup>

Passa-se, então, da justiça ao direito por meio do justo, objeto da virtude da justiça. Também nesse sentido, a jurisprudência, para Ulpiano, é a ciência do justo e do injusto: *justi atque injusti scientia*. Ou do *aequum* (*íson* e *análogon*): *Jus est ars boni et aequi*. A linguagem romana foi capaz de distinguir entre o direito (*jus*) e o justo (o *id quod justum est*). Isso porque a língua latina dispõe de dois termos que os diferenciam entre si, enquanto o grego só tinha um.<sup>432</sup>

Os conceitos, porém, não poderiam ser entendidos ou mesmo praticados em separado, tanto que o *Digesto*, por exemplo, somente após dois títulos referentes aos princípios do *jus*, traz, em separado, um terceiro, relativo às leis. Nesse tópico, inicia-se pela reprodução das definições do *nómos*, extraídas dos gregos, relativas à lei regente da ordem e da moral da cidade. O direito possui, assim, função própria e órgãos autônomos.<sup>433</sup>

Os romanos, mesmo tendo estabelecido uma diferença semântica entre justiça e direito, não separaram os dois conceitos de maneira estanque, sendo que o último tinha tanto um sentido “objetivo”, quanto guardava relação com vários dos órgãos e institutos voltados à concretização justiça.

É por isso que o vocábulo *jus* possuía, nos textos romanos, os mais diversos significados: indicava o local no qual o magistrado administrava a justiça (*jus dicitur locus in quo jus redditur*); referia-se à citação de alguém para comparecimento ao tribunal (*vocare in jus*); as formalidades processuais que se desenvolvem no tribunal (*cessio in jure*, *interrogationes in jure*); a apresentação no tribunal, diante do pretor (*Ad praetorem in jus adire*), entre outras.<sup>434</sup>

Podia significar, também, situações jurídicas (*jus deterius facere*), poder (*potestas*) nas expressões "pessoa" (*sui juris*) e "pessoas" (*alieni juris*) ou, até mesmo, parentesco (*jus cognationis*). Além disso, relacionadas ao *jus* estão as noções de *justum* e de *justitia*. *Justum* é aquilo que está em conformidade com o *jus*. *Injuria* é tudo aquilo que não se faz conforme o direito: *non jure fit*.<sup>435</sup>

<sup>431</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., p. 61.

<sup>432</sup> Ibidem, p. 6364.

<sup>433</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>434</sup> GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996, p. 37-38.

<sup>435</sup> Ibidem, p. 38.

Desse modo, se a vontade humana se conforma com o *jus*, é justa. *Injuria* e *injustus* contrapõem-se a *jus* e *justus*. Se a adaptação ao *jus* é constante, constituirá um estado habitual do sujeito. Em referência a conformidade habitual de uma vontade humana com o *jus*, os romanos utilizavam a palavra *justitia* como uma inclinação subjetiva. Os textos de Justiniano transmitiram-nos a parti de uma definição. É também nesse sentido que a justiça é, segundo Ulpiano, *constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*.<sup>436</sup>

Note-se, porém, que o conceito não se restringe somente à prática simples da justiça, mas, sim, à sua constância e à sua perpetuidade, o que demonstra, de maneira ainda mais clara, a influência aristotélica, que incidia sobre os próprios fundamentos da ordem jurídica estatal romana.

Ulpiano, ao ensinar que o melhor significado de justiça é “vontade constante e perpétua de dar a cada um o que é seu”, destaca os elementos específicos do conceito (“constância” e “perpetuidade”), que se relacionam ao fato de que a virtude é um hábito que deve ser incessantemente praticado. A ação do homem justo deve se realizar, mediante uma escolhas corretas, perseverança, fidelidade e imparcialidade. Além disso, em Ulpiano, os preceitos do Direito romano eram viver honestamente, não causar danos a outros e dar a cada um o que é seu, conceitos que decorrem diretamente da doutrina estoica.<sup>437</sup>

Viver honestamente significa ater-se à natureza, conforme o *logos* universal. O bem supremo é “viver segundo a natureza”, de acordo com a própria natureza e com a natureza do universo, uma vida de abstenção em relação às ações proibidas pela lei, idêntica à razão difundida por todo o universo, idêntica ao próprio Zeus, comandante de tudo que existe. O *honeste vivere* dos gregos, não coincide inteiramente com o “viver de acordo com a natureza” dos romanos, pois estes afirmavam que nem todos os atos lícitos são honestos. Os demais (*alterum non laedere* e *suum cuique tribuere*) relacionam-se à concepção de justiça e à repartição dos bens sociais.<sup>438</sup>

É necessário atribuir a cada pessoa aquilo que é seu “por direito”. Assim, o *alterum non laedere* tem uma significação coletiva, pois regula as relações sociais entre cidadãos.

Determina-se, assim, tratar o homem como homem, respeitando seus direitos privados, como a liberdade e a propriedade, também tuteladas pelo *suum cuique tribuere*, que determina,

---

<sup>436</sup> Ibidem, p. 38-39.

<sup>437</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; NASCIMENTO, Pedro Savaget. A inserção do estoicismo no Direito Romano Clássico: os rescritos do Imperador Marco Aurélio sobre Direito de Família e direito à liberdade. **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD**. n. 6. p. 25-46, Jan.- Dez., 2010, p. 28-29.

<sup>438</sup> Ibidem, p. 29.

no direito positivo, o respeito às obrigações. Os preceitos *alterum non laedere*, e *suum cuique tribuere* derivam, contudo, da concepção universalista desenvolvida pelos estoicos, que passa a ter uma característica utilitária, afeita ao Direito positivo em Roma.<sup>439</sup>

Desse modo, o universalismo estóico se materializa do direito romano como a necessidade de respeito ao direito coletivo, que de se manifestar sem prejudicar as liberdades privadas". Esses preceitos jurídicos não devem, contudo, ser entendidos apenas de uma perspectiva individual: o direito como um todo deveria levar o cidadão romano à sua prática constante e perpétua, mesmo que de maneira forçosa.<sup>440</sup>

É por isso que os princípios axideontológicos do Direito Romano foram elencados por Ulpiano no interior do *Corpus Iuris Civilis*. O *honeste vivere* indica, também, que o Direito deve zelar para que as relações entre os homens sejam baseadas na honestidade e na boa fé de cada um, de acordo com a razão e os bons costumes.<sup>441</sup>

O *nemine laedere* determina que "não lesar" é o fundamento da responsabilidade de toda a ordem jurídica, bem como que o exercício dos direitos é limitado pelos direitos das demais pessoas. O *suum cuique tribuere*, por sua vez, determina o Direito deva conferir a cada um o que lhe é devido, para que todos realizem suas potencialidades.<sup>442</sup>

É necessário, nesses termos que o direito determina que o cidadão "viva honestamente", conforme a moral do "homem médio", em sintonia com a natureza racional do *logos*, de modo a que seja possível alcançar a perfeição e a felicidade, de acordo com a lei moral individual estoica.<sup>443</sup>

"Não causar dano" equivale ao respeito aos direitos dos homens. Fundamenta-se no pressuposto estoico de que todos os humanos são igualmente livres, de maneira que a todos os indivíduos cabe respeitar essa liberdade. A principal contribuição do estoicismo para o Direito Romano, porém, foi a noção de que ele deveria se tornar "lei comum", voltada à garantia da liberdade e da igualdade do Direito Natural estoico.<sup>444</sup>

A ciência do direito romano, fundada no direito natural aristotélico e com uma evidente base racional, esta devida, em grande parte, à influência dos estoicos, era, evidentemente, algo extremamente avançado, tendo em vista, inclusive, a grande extensão e compreensão das normas escritas.

---

<sup>439</sup> Ibidem, p. 29-30.

<sup>440</sup> Ibidem, p. 30.

<sup>441</sup> Ibidem, p. 30-31.

<sup>442</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>443</sup> Ibidem, p. 31-32.

<sup>444</sup> Ibidem, p. 32.

É por isso que se pensava no direito romano como algo acabado e perfeito desde os primórdios, como se as Dose Tábuas fossem um Código e os juristas romanos se limitassem a interpretar suas disposições.<sup>445</sup>

Essas relações foram reguladas por um sistema voltado a reduzir a complexidade crescente na sociedade, qual seja, o direito, o *jus*, o *jus civile*, que buscava resolver a complexidade da sociedade romana, na qual, ao lado dos patrícios, para quem a religião doméstica tinha significado, estavam os plebeus, para os quais não havia que falar em culto dos antepassados.

Após vários atritos e revoltas da plebe, a cidade passou a reconhecê-los. Surgiu, então, o direito civil romano para estabelecer normas que deveriam ser seguidas por todos, e estabelecer, sobre bases independentes da religião doméstica, leis que regulavam o pátrio poder. Assim, o direito apareceu na Antiguidade romana para reduzir a complexidade, originada pelo próprio desenvolvimento da *Urbe*, o que facilitaria as interações entre os cidadãos romanos de estirpe patrícia, entre si e com os plebeus.<sup>446</sup>

Demonstra-se, então, a racionalidade que permeava a ciência do direito romano que, mesmo baseada em regulamentos escritos, jamais abandonou a ideia de direito natural e de justiça adaptável às necessidades do caso concreto. Necessário, assim, para os fins específicos do presente estudo, trabalhar a teoria da justiça como objetivo do processo romano, a partir, especialmente, da ideia aristotélica de equidade.

### 3.4 A justiça como objetivo do processo romano

Assim como a própria ciência do direito romana, o processo judicial buscava a concretização da justiça, contudo, na prática da resolução dos litígios entre os cidadãos romanos.

Nesse sentido, Aristóteles já afirmava A equidade é uma feliz retificação da justiça. Comparava a equidade com a regra de adaptação de Lesbos, voltada a medir as sinuosidades do objeto. Diante disso, a justiça não conhece os casos individuais ou concretos, pois seus ditames são gerais e abstratos. De modo, porém, a corrigir o rigor da lei é que a equidade entra em jogo. Assim, aquilo que é equitativo “refina o justo”, adapta-o a situações e

---

<sup>445</sup> CICCO, Cláudio de. Op. Cit., 2009, p. 43.

<sup>446</sup> Ibidem, p. 58.

circunstâncias concretas. Não corrige as leis injustas, porém, remedia as deficiências da universalidade.<sup>447</sup>

É por isso que, no mesmo sentido fixado anteriormente por Aristóteles, a equidade, para Cícero, é a justiça máxima, ou seja, *Bene praecipunt qui uetant quidquam agere, quod dubites aequum sentar um iniquum. Aequitas enim lucet ipsa per se; dubitatio cogitationem significat injuriae.*<sup>448</sup>

A equidade, assim, especialmente no direito romano, deve ser entendida, também, como uma forma de praticar a virtude da justiça.

O direito romano encerrou as características essenciais do conceito de Direito na *actio*, que é um instrumento de defesa em relação a uma pretensão resistida, ou seja, um consectário da coerção jurídica, inerente a qualquer direito subjetivo, que é manifestação da justiça formal, no momento da sua aplicação.<sup>449</sup>

Desse modo, o processo romano buscava, por meio de “fórmulas”, uma espécie de “formalização” da Justiça.

Trata-se, assim, de um guia de conduta para todos os membros da comunidade, para o homem comum e para o juiz, que não podem se afastar dos preceitos que as leis contêm como "critérios de solução" para resolver conflitos de interesses em relação aos quais o juiz deve pronunciar-se com por meio de uma sentença.<sup>450</sup>

O conceito profundo, amplo e transcendente da *aequitas* na Roma clássica é, na realidade, a adaptação tópica incessante do direito positivo aos hábitos, costumes, sentimentos e instintos morais e intelectuais enraizados na consciência coletiva, realizada pelo Pretor sob a orientação dos juristas. Nota-se, aqui, uma significativa influência filosófica. No processo clássico romano, a busca por critérios equitativos pelo órgão jurisdicional é apenas a adesão da norma positiva à mutabilidade da vida social que regula. Trata-se, assim, de uma atividade equitativa do *iudex*.<sup>451</sup>

Esse conceito de equidade era plenamente aplicável ao direito judicial romano, tendo em vista suas similaridades com os “juízos arbitrais” atenienses que, na realidade, de conformidade com o que restou esclarecido no capítulo anterior, operavam em um sistema de mediação voltada à resolução dos conflitos.

---

<sup>447</sup> FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. Op. Cit., 2001, p. 55.

<sup>448</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>449</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 30.

<sup>450</sup> TOPACIO FERRENTI, Aldo. Op. Cit., 1992, p. 43.

<sup>451</sup> Ibidem, p. 164.

No direito romano havia um *direito pretoriano*, mais brando e informal que o *jus civile*, que passou a dirimir conflitos não apenas entre os cidadãos romanos como, também, entre os demais e os estrangeiros.<sup>452</sup>

Em Roma, cidadãos que entravam em um litígio, procuravam o pretor que, após ouvir as demandas das partes, declarava quais as regras de direito deveriam ser aplicadas ao caso pelos. Assim, os pretores apenas declaravam a lei a ser aplicada pelos juízes (*judex*), que não eram funcionários do Estado, mas, sim, particulares indicados pelo pretor, ou pelas partes para a solução do conflito.<sup>453</sup>

Na busca pela justiça objetiva, os jurisconsultos romanos conferiam real importância à equidade, de modo que procuravam sempre a justiça entre os extremos. Empregavam o *in medium in rebus* de Aristóteles.<sup>454</sup>

O Direito Romano clássico, em sua faceta judicial, desse modo, voltava-se à aplicação e à concretização da teoria aristotélica do direito natural no que concerne ao seu sentido mais autêntico. Isso porque o conceito substancial de equidade é entendido, desde a ética de Aristóteles, como a justiça da situação ou do caso particular, permanece no processo civil clássico romano. A diferença não repousa mais no fato de que o juiz pode prosseguir na falha na equidade no momento da sentença.<sup>455</sup>

As relações entre a ética aristotélica e as bases da ciência romana do direito, mesmo no que tange à sua parcela judicial não se restringem à prática judiciária, pois até mesmo similitudes semânticas podem ser verificadas.

O período de florescimento do Direito Romano é o do Direito Honorário, no qual as relações jurídicas se desenvolviam por meio da concessão pretoriana (*officium praetoris*) e suas decisões (*officium iudicis*). Ocorre que muitos direitos sequer tinham denominação, pois expressos por sua ação. Surge, portanto, um “justo qualificado”, que é supressumido a partir da realidade, delimitado formalmente e garantido pela força. Assim é que a ideia de justiça alcançou um novo patamar, qual seja, o justo jurídico.<sup>456</sup>

Se a conduta humana é pautada por ordens normativas como a moral e a religião, “[...] das ciências do *ethos* exsurge o Direito como ponto de cumeada, como resultado do processo de desenvolvimento da Ética”, sendo que é em Roma que esse processo atinge a plenitude.<sup>457</sup>

---

<sup>452</sup> ROLIM, Luiz Antonio. Op. Cit., 2003, p. 49.

<sup>453</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>454</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>455</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>456</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 31.

<sup>457</sup> Ibidem, p. 34.

O *ius honorarium* fez infiltrar um conteúdo novo no Direito Romano, iniciando o desenvolvimento da própria *aequitas* enquanto “ideia de justiça”.<sup>458</sup>

Por intermédio do processo romano, assim, buscava-se concretizar o conceito de equidade, essencial para a teoria da Justiça aristotélica.

É por isso que associamos, “naturalmente”, as palavras justiça e direito. O juiz, então, “pratica a justiça”, enquanto o exercício do direito cabe à “secretaria da justiça”, ao “Ministério da Justiça”.<sup>459</sup>

Nesse mesmo sentido, a língua grega chama o juiz de *dikastès* e o latim o chama de *judex*, em decorrência do paralelismo ao termo “justiça” (*dikaio sunê* e *justitia*). A justiça particular é da alçada dos juristas”. Isso porque “o homem justo” nada mais é do que aquele que *executa* o direito. Desse modo, analisar a justiça particular equivale a definir a própria arte do direito.<sup>460</sup>

Aristóteles, nesse diapasão, limita-se a descrever o ofício do juiz, que tem diante de si, litigantes que disputam acerca da atribuição de bens, créditos ou dívidas. O juiz resolve esse problema por meio da "pronúncia" da parte de cada um, "[...] atribuindo, a cada um, sua coisa".<sup>461</sup>

Já o legislador é uma espécie de “guia” do juiz, contribuindo, com suas leis, para a obra do direito. Assim, Aristóteles descreveu a real intenção dos juristas.<sup>462</sup>

Sobre a Justiça particular, porém, seu objetivo não é “distribuir” ou “realizar trocas”. O juiz deve verificar, nos quais relacionados a ela, justamente, a "retidão" das trocas que se encontram sob litígio. Nesse sentido, relacionado à verificação da retidão do negócio litigioso, Aristóteles fala muito menos das *justiças* “distributiva” ou “comutativa” do que dos dois tipos diretamente relacionados ao de direito, a *dikaia*, de “duas igualdades”.<sup>463</sup>

Assim, o termo “igual” não é correto, pois não se deve entendê-lo como uma igualdade *absoluta*, de forma que a solução do direito se encontra na forma de uma equação que manifesta a igualdade, não em relação aos bens distribuídos, mas, sim, de duas relações estabelecidas entre as pessoas e as funções.<sup>464</sup>

---

<sup>458</sup> Ibidem, p. 118.

<sup>459</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2008, p. 51-52.

<sup>460</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>461</sup> Ibidem, p. 67-68.

<sup>462</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>463</sup> Ibidem, p. 76.

<sup>464</sup> Ibidem, p. 76-77.

O papel do juiz, porém, será simplificado, por exemplo, quando o juiz lidar com “comutações” (*ert tois sunallagmasin*).<sup>465</sup>

Aqui, o papel da justiça é o de restabelecer o equilíbrio, corrigindo um desequilíbrio. O direito é, assim, uma igualdade de valor entre duas prestações. Medi-la, porém, não é sempre fácil.<sup>466</sup>

Isso porque, ao se constituir a nova ciência do “direito da cidade” (civil), foi necessário ter como *fim* a observância da *aequabilitas*, extraída a partir das leis ou dos costumes”.<sup>467</sup>

Nesse sentido, a principal função do direito, no que se relaciona aos cidadãos, era a de manter, tanto quanto fosse possível, a proporção nos negócios (*res*) e nos processos dos cidadãos.<sup>468</sup>

Apesar de o dever do julgador ser o de “guiar-se” pela letra da lei, na judicatura romana, o direito, enquanto expressão da justiça, importava mais, de maneira que era, assim como afirmou Aristóteles, ignorar a normatização, com vistas à aplicação concreta da equidade.

Nesse sentido, verifica-se que a arte romana da *jurisdictio* no período clássico voltou-se a determinar aquilo pertence a *x* ou *y*, ou seja, relações justas, que o direito descobre no interior de um organismo social, identificando-se, assim, a clara influência da doutrina do *direito natural*.<sup>469</sup>

Evidente, assim, que o trabalho do juiz romano não estava divorciado da lei, de modo que não decidia, exclusivamente, de acordo com a própria consciência: estava, sim, vinculado à legislação, todavia, contando com a possibilidade de afastar sua aplicação caso percebesse a possibilidade de uma “injustiça” concreta.

O direito natural adquire existência autônoma, porém, imperfeita. A solução de direito deveria ser alcançada por essas duas fontes em conjunto, tendo em vista que não são completamente opostas. De um lado, o estudo da natureza e, de outro, a seguir, a determinação precisa do legislador ou juiz.<sup>470</sup>

Isso porque, evidentemente, havia legisladores que eram indiferentes ao interesse público, maus ou ignorantes, produtores de leis francamente ruins. Nesses casos, o juiz estava

---

<sup>465</sup> Ibidem, p. 77-78.

<sup>466</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>467</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>468</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>469</sup> Ibidem, p. 94.

<sup>470</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2005, p. 52.

desobrigado do cumprimento de tais leis, pois sua obediência era penas limitada e condicional.<sup>471</sup>

No fim das contas, é a equidade que tem a última palavra. Essa teoria parece-nos hoje escandalosa. Ocorre que é assim que as coisas acontecem, até hoje: até sob o regime do positivismo jurídico, o juiz não cessa de elidir a lei, a pretexto de interpretá-la; e muitas leis caem em desuso.<sup>472</sup>

A lei positiva, ao conferir a uma justiça "flexível" a forma de uma regra rígida, afastou-se de seu modelo original.<sup>473</sup>

Assim, o juiz estaria autorizado a tomar liberdades em relação ao texto de lei, adaptando-o às circunstâncias, levando em conta condições próprias em relação a cada causa particular. É a equidade que tem, assim, a última palavra.<sup>474</sup>

É especialmente nesse sentido que a filosofia grega teve influência decisiva na formação dos jurisconsultos romanos. A equidade no sentido aristotélico passou a fazer parte da *praxis* judicial romana, expressando-se por intermédio do ideal de "justiça natural" que caracterizava a ciência romana do direito.

Os poderes atenienses não eram integrados por profissionais, da mesma forma como acontecia em Roma. Os tribunais. Em ambos os casos, orientavam-se pela justiça. O sentimento do *justo* dominava o sistema legislativo. Até porque não possuíam um vocábulo especializado para o direito.<sup>475</sup>

Nesse diapasão, a sabedoria do *juris prudens* que, por muito tempo, foi algo intuitivo, tornou-se refletida, consciente, e soube se alimentar da contribuição formal do pensamento grego, tanto da robusta armadura lógica do aristotelismo, quanto da riqueza moral do estoicismo.<sup>476</sup>

Aliás, a existência de um procedimento voltado à aplicação da justiça ao caso concreto era essencial, desde a ética aristotélica, ou seja, antes mesmo da mais remota construção jurídico-científica romana.

Para Aristóteles a realização do direito pressupunha um juiz (*dikastés*) e um processo, instituições que existiam apenas nas cidades.

---

<sup>471</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>472</sup> Ibidem, p. 63.

<sup>473</sup> Ibidem, p. 63-64.

<sup>474</sup> Ibidem, p. 64.

<sup>475</sup> GIORDANI, Mário Curtis. Op. Cit., 1996, p. 7.

<sup>476</sup> Ibidem, p. 10.

Na Roma primitiva, o direito era largamente privado. O litigante lesado perseguia a restituição do seu direito, dirigindo o processo, fazendo justiça a si própria, "ajudada por parentes e vizinhos, pela violência e pelas armas". O litigante, porém, era submetido a certas regras, estabelecidas pelo magistrado, de modo a que fosse mantida a "boa ordem da justiça". O pretor recebia os cidadãos que buscavam justiça, escuta suas pretensões, autorizava-os, ou não, a prosseguir a ação, impondo-lhes que cessassem toda a violência, antes de verificar a exatidão de suas afirmações por um árbitro, que, em Roma, tinha o nome de juiz.<sup>477</sup>

O processo, contudo, conhecia um número limitado de direito pretendidos, que deveriam enquadrar-se em uma das "fórmulas" processuais previamente estabelecidas. A lista das fórmulas relacionava-se às pretensões reconhecidas pelo direito. Já que não havia legislação viva, o regime jurídico processual residia nas fórmulas.<sup>478</sup>

Do ponto de vista do direito civil, o pretor é o senhor da Justiça, inclusive, podendo se utilizar mal de seu mister, porque era o único responsável.<sup>479</sup>

Desse modo, observa-se que o *jus civile quiritium* era um direito de contornos precisos. Havia pouco espaço para o arbítrio do juiz.<sup>480</sup>

Trata-se, assim, de um direito essencialmente prático, pois o objetivo dos juristas romanos não era levar avante as especulações dos filósofos gregos, mas, sim, realizar os princípios ideais da equidade e da boa organização social, mantendo, de fato, a ordem e a paz na cidade e, para além, no mundo romano.<sup>481</sup>

Diante disso, seu objetivo processual era, no final de contas, construir um processo que funcionasse efetivamente, de uma maneira útil e equitativa. Desse modo, o direito verdadeiro somente poderia ser exercido no interior de uma mesma cidade. Aristóteles o chamava de *dikaion politikón*, que, em latim, é traduzido como *jus civile*.<sup>482</sup>

No mesmo sentido, a finalidade a ser perseguida pelo *jus civile* deve ser a *Aequabilitas*, ou seja, "o que é possível atingir". O jurista, assim, não deve buscar a perfeição por meio da *aequitas*. Os termos *aequitas* e *aequum* correspondem às palavras gregas *íson* e *análogon*, ou seja, "igualdade não simples", ou seja, "aritmética", proporcional, adaptada às

---

<sup>477</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 1991, p. 40.

<sup>478</sup> Ibidem, p. 41.

<sup>479</sup> Ibidem, p. 46.

<sup>480</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>481</sup> Ibidem, p. 55-56.

<sup>482</sup> Ibidem, p. 56.

qualidades das pessoas, de modo que o objetivo do ofício jurídico era buscar a proporção na partilha dos bens e de ônus.<sup>483</sup>

Desse modo, assim como em Aristóteles, o jurisconsulto romano acessava o direito por intermédio da justiça. O direito constitui o objeto da "atividade habitual" que é a justiça. Ocorre que os juristas romanos compreenderam bem o conceito de justiça particular e, no direito civil, optaram por essa espécie.<sup>484</sup>

Os romanistas modernos, porém, "falsificaram" esse adágio, trocando a expressão *tribuere* por *reddere*, equivalendo a devolver ao próximo o que lhe é devido, como se se soubesse, de antemão, a consistência da dívida". Ocorre que o dever do juiz é nada mais do que determinar os *jura* de cada cidadão, respectivamente.<sup>485</sup>

O pretor não tinha, contudo, apenas atribuições de *jurisdictio*. Era, também, encarregado da polícia e da manutenção da ordem na cidade.<sup>486</sup>

Assim, o *jus civile* romano construiu-se pela "discussão sobre as causas". A causa é a coisa, o caso litigioso, a relação social questionada. Uma vez circunscrito, serve de objeto à controvérsia judiciária.<sup>487</sup>

Igualdade aritmética não se confunde com a "justiça". É por isso que a jurisprudência distinguiu as hipóteses jurídicas, com grande riqueza e precisão.<sup>488</sup>

A influência estoica, porém, demonstra-se forte, também, na adaptação da equidade à ciência do direito romano.

Tanto que o conceito de *aequitas* não foi o mesmo no direito clássico e no pós-clássico. Para os jurisconsultos clássicos, *aequitas* é o que modernamente se denomina *justiça* como um ideal ético que existe, em um estado amorfo, na consciência social, tendente a se transformar em direito positivo.<sup>489</sup>

Em face disso, a organização da instância varia com relação aos três sistemas do processo civil romano; nos dois primeiros, vigora o *ordo iudicio sum privatorum* (ordem dos processos civis); no último, não.<sup>490</sup>

---

<sup>483</sup> Ibidem, p. 57.

<sup>484</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>485</sup> Ibidem, p. 62.

<sup>486</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>487</sup> Ibidem, p. 66.

<sup>488</sup> Ibidem, p. 79.

<sup>489</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Op. Cit., 2017, p. 84.

<sup>490</sup> Ibidem, p. 192.

No *ordo iudiciorum priuatorum*, a instância se divide em duas fases sucessivas: *in iure*, que se desenrola diante do magistrado<sup>491</sup>; e *apud iudicem*, que se processa diante do *iudex*, que era um particular, não um funcionário do Estado.<sup>492</sup>

O processo romano, assim, consistia em um procedimento largamente guiado pelas partes, a exemplo dos árbitros-mediadores atenienses, de conformidade com o Livro V da *Ética* a Nicômaco.

Em Aristóteles, porém, o ofício do juiz, que tinha diante de si dois pleiteantes que disputam algo não seria esvaziar, pela violência, a sua divergência. É por isso que os litigantes recorrem à justiça. O juiz determinará, por meio de uma sentença, o que compete a cada um.<sup>493</sup>

Já dos particulares é requerido, para serem "justos", "executar" as determinações do direito, criadas pelos juristas.<sup>494</sup>

Assim, a justiça particular se relaciona aos objetos que se repartem. O direito de cada um é justamente o produto dessa divisão, ou seja, em uma quantidade sempre finita. As partes de uns e outros não seriam iguais.<sup>495</sup>

Os direitos reconhecidos às diversas pessoas são desiguais. Quanto mais a justiça se aproxima da "equidade perfeita", maiores as possibilidades de ela resultar na desigualdade dos direitos.<sup>496</sup>

Diante disso, o objetivo final do processo judicial romano era a aplicação, ao caso concreto, da justiça mais próxima da perfeição

Os magistrados da República, assim, conscientes de sua missão universalizante, concebiam o Direito como um sistema de princípios capazes de harmonizar as contradições do ordenamento jurídico, sobressaindo, então, a ideia de equidade. A aplicação da equidade, apesar de ter regredido significativamente nos governos tirânicos dos imperadores Júlio-Claudianos, voltou a florescer sob a direção dos antoninos. Assim, a ideologia estoica contaminou as sentenças e as normas jurídicas do Direito Romano, por meio do *ius honorarium*, que elas nos chegaram por meio do *Corpus Iuris Civilis*.<sup>497-498</sup>

<sup>491</sup> "*Ius*, aí em ablativo, tem o significado, nessa expressão, de *tribunal*". (ALVES, José Carlos Moreira. Op. Cit., 2017, p. 192)

<sup>492</sup> ALVES, José Carlos Moreira. Op. Cit., 2017, p. 192

<sup>493</sup> VILLEY, Michel. Op. Cit., 2007, p. 42.

<sup>494</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>495</sup> Ibidem, p. 47.

<sup>496</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>497</sup> CABRAL, Luisa Rocha; FARIA, Alécia Alvim Machado. Op. Cit., 2012, p. 134.

Destaca-se, então, a característica equitativa do processo judicial romano, de evidente base aristotélica, porém, tendo sofrido os influxos do estoicismo, especialmente no que concerne à codificação.

Há, contudo, um instituto, também voltado à equidade, que importa especialmente ao presente estudo, qual seja, a *transactio*.

### 3.5 A *transactio* e a paz processual

O *ius civile* romano e, em especial, sua sistemática judicial, trouxeram um instituto cujo conceito é essencial à prática judiciária atual, que é caracterizada pela infinidade numérica e qualitativa de demandas, de processos e de instrumentos processuais voltados à perpetuação dos litígios.

São fatores que, evidentemente, destoam do objetivo de equidade do direito judiciário romano.

No processo judicial romano, porém, o conflito, na fase *in iure*, poderia ser resolvido por intermédio de um juramento "voluntário". Nesses casos, o juramento determinava que os litigantes concordassem, antecipadamente, com a decisão em virtude do juramento da dívida.<sup>499</sup>

Também era possível encerrar o conflito, na fase *in iure*, em virtude de uma transação (*transactio*), que implicava um pacto ou acordo para renunciar à continuação do litígio, geralmente, com base na entrega do pedido original, total ou parcialmente, com o objetivo prático de receber a soma que o demandante necessita no momento e evitar um longo julgamento ou eventuais dificuldades em provar a existência do crédito.<sup>500</sup>

Em ambos os casos, havia um "pacto" voltado ao encerramento do litígio. Aqui, *pactum* deriva de *pax* (paz). Diante disso, o "pacto", que é o acordo típico entre duas pessoas refere-se, no final das contas, a um acordo de pacificação, que implica em uma posição de avanço na consciência das pessoas pertencentes aos povos legalmente desenvolvidos.<sup>501</sup>

---

<sup>498</sup> "Os séculos futuros ficaram devendo a Justiniano esse trabalho jurídico, sem o qual o direito romano ter-se-ia perdido. As leis e instituições romanas das Doze Tábuas a Augusto, e de Augusto a Justiniano, formavam o majestoso *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil), que, unido ao direito canônico, formou a base do direito medieval e moderno". (CICCO, Cláudio de. Op. Cit., 2009, p. 39).

<sup>499</sup> TOPACIO FERRENTI, Aldo. Op. Cit., 1992, p. 147.

<sup>500</sup> Ibidem, p. 147-148.

<sup>501</sup> Ibidem, p. 148.

A *transactio*, em termos estritamente jurídicos, não operava *ipso jure*, mas concedia uma "exceção" ao litigante afetado pela atitude da contraparte, que poderia ser argumentada em julgamento. Observa-se, então que transação era uma "maneira de extinguir as obrigações", não *ipso iure*, mas, sim, por meio da exceção (*ope exceptionis*). Não surtia efeitos, todavia, quando sobre o assunto existisse sentença anterior conhecida pelas partes, e somente se poderia anular uma transação se sobre o assunto havia uma sentença anterior não conhecida pelas partes.<sup>502</sup>

A *transactio* tornou-se útil especialmente para os casos nos quais duas partes com direitos conflitantes suprimiam as suas diferenças e procediam a uma "liquidação final de contas". Para tanto, o mecanismo comum de estipulação era desconfortável se existissem várias obrigações que se novassem e extinguissem, vez que era necessária a estipulação e a aceitação, para cada uma delas.<sup>503</sup>

Tratava-se, em sentido similar, de um negócio jurídico civil, de natureza privada que, contudo, operava-se no interior de um processo judicial.

A *transactio* era, então, um contrato inominado por meio do qual as partes, fazendo concessões recíprocas, colocavam fim a uma controvérsia presente ou tratavam de evitar uma futura. Devia reunir os requisitos: que tenha existido um direito incerto e que houvesse concessões recíprocas.

Demonstra-se que a *transactio*, assim, era um instrumento voltado à resolução do litígio e, simultaneamente, à obtenção da paz processual.

A *transactio*, na lógica como era utilizada no processo judicial romano, ou seja, no sentido de um "pacto de paz", influenciado pela busca da justiça ao caso concreto, que caracterizava esses procedimentos, pode ser um paradigma adequado ao entendimento das atuais formas de mediação judicial.

---

<sup>502</sup> Ibidem, p. 286-287.

<sup>503</sup> Ibidem, p. 287.

## CAPÍTULO IV - A MEDIAÇÃO: HISTÓRICO E CONCEITOS

O objetivo do presente capítulo é expor a história do instituto da mediação, desde a antiguidade até a atualidade, especialmente no Brasil, bem como os conceitos especificamente relacionados ao tema.

Primeiramente, proceder-se-á a um esboço histórico da mediação, desde o início da história, comprovando-se que se trata de um instituto “inerente à natureza gregária humana, passando por evidências de sua existência até mesmo nas mais antigas civilizações e codificações humanas, e por sua evolução.

Posteriormente, será analisada a questão da mediação na china e as influências do confucionismo sobre o instituto, bem como as semelhanças existentes entre os pensamentos de Confúcio (*Kung-fu-tzu*) e Aristóteles.

No mesmo sentido, será analisada a pretensa origem "canônica" da mediação, especialmente a partir de seu amálgama com os institutos de direito romano clássico, ou seja, como um instituto jurídico-processual, tal qual é conhecida, analisada e trabalhada na atualidade.

Segue-se para o histórico da mediação a partir de 1000 d.C., passando pelo movimento americano voltado à criação e ao desenvolvimento dos métodos alternativos de resolução de conflitos, especialmente, nos EUA, a partir da década de 1960 até seu ápice, em meados da década de 1990.

Em seguida, procede-se à análise histórica do instituto no direito brasileiro, desde as Ordenações até o atual Código de Processo Civil.

Na sequência, serão estudados alguns conceitos relacionados à mediação, a partir do conceito de "métodos alternativos de resolução de conflitos", bem como estabelecendo diferenças entre a mediação e o instituto jurídico-processual da conciliação.

Por último, serão estudadas as funções da mediação: um meio de evitar o autoritarismo e a morosidade judiciais; uma forma de proporcionar "economia processual"; e, finalmente, um veículo de cidadania.

Ressalte-se que a ausência de análises estritamente processuais se relaciona ao objeto da presente pesquisa, que não se dá no contexto da ciência do Direito Processual Civil, mas, sim, da Filosofia do Direito.

Justifica-se o presente estudo, tendo em vista a necessidade do entendimento amplo do instituto para que seja possível avaliar sua adequação ao ideal de justiça aristotélico.

#### 4.1 A mediação no início da história

A mediação de conflitos parece existir desde antes da ideia de codificação e, até mesmo, antes da própria ideia de direito positivo, pois as tentativas de apaziguar as contendas entre os seres humanos existem desde que os homens convivem entre si, muito antes da própria escrita.

O conflito nasce com o indivíduo, mas é instigado pelas diferenças de conhecimento acerca da sociedade, de modo que o humano se mantém em estado conflitivo.<sup>504</sup>

Assim, a mediação, enquanto forma de resolução pacífica de conflitos, precede, em milênios, o próprio direito processual, tendo em vista que surge em concomitância com o próprio convívio entre os humanos.

Por isso é que o estudo histórico da origem da mediação é limitado. É difícil precisar com exatidão o momento no qual essa técnica passou a ser utilizada na solução de conflitos, dificuldade acentuada pelo fato de que os registros históricos sobre ao tema. Nesse sentido, tais registros, em decorrência de sua difícil análise, acabam por ser compostos apenas por fragmentos textuais, manuscritos de tempos remotos e de difícil comprovação acerca de sua originalidade.<sup>505</sup>

Isso porque o ato de mediar conflitos é algo inerente à própria natureza "gregária" do humano, e deve ter precedido até mesmo às normas escritas. Aliás, em certos momentos históricos, pode ter sido a única forma de solucionar os conflitos, sem o uso da barbárie, nas sociedades primitivas.<sup>506</sup>

A "descoberta" das origens da mediação está distante de uma simples pesquisa documental ou até mesmo de uma investigação histórico-cultural acerca dos costumes de determinada civilização.

É, na verdade, uma pesquisa arqueológica ou até paleontológica, pois é possível que a mediação de conflitos tenha surgido nas sociedades mais primitivas, antes mesmo da evolução dos hominídeos para o *homo sapiens*.

Prova disso é que alguns métodos "pacíficos e não oficiais" de resolução de conflitos foram "descobertos" em regiões subdesenvolvidas, como a África Oriental, Central/Austral e

---

<sup>504</sup> PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do Direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS, 2005, p. 84.

<sup>505</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. A Origem Canônica da conciliação. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira Siqueira; WOLKMER, Antonio Carlos; PIERDONÁ, Zélia Luiza. (Org.). **História do Direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 137-138.

<sup>506</sup> Ibidem, p. 138.

Sudão. Verificou-se, nesses casos, a utilização de padrões de vida jurídica e de Direito, moldados de forma diversa dos adotados por sociedades “civilizadas”.<sup>507</sup>

Evidencia-se, assim, que nem mesmo a ausência de uma linguagem escrita obstaculizou a existência de métodos de resolução pacífica de conflitos interpessoais, de onde se infere que essas estratégias voltadas a solucionar as contendas podem ter sido indispensáveis para a própria evolução da ideia de sociedade humana.

Assim como os hominídeos e suas formas societárias, os métodos de resolução pacífica de conflitos interpessoais também evoluíram, tendo sido "juridicizados" já no início da história da civilização humana.

Em termos históricos, há registros sobre a menção da conciliação no próprio Código de Hamurabi, bem como citações que remetem à existência de outros meios alternativos de solução de conflitos em sociedades remotas,<sup>508</sup> que incidiam nas contendas entre as primitivas tribos. Já existiam, então, procedimentos pacificadores, como a mediação e a arbitragem. Cita-se, por exemplo, um caso de arbitragem entre Cidades-Estados da Babilônia, aproximadamente em 3.000 a.C.<sup>509</sup>

Mais do que isso, na cultura oriental, a mediação sempre fez parte da cultura dos judeus, chineses e japoneses, arraigada nos costumes e nos rituais religiosos. Nesse mesmo sentido, menciona-se, também, o caso dos hebreus, que, em uma câmara composta por três árbitros, chamada *Beth-Din*, resolviam suas pendências de direito privado por meio da arbitragem.<sup>510</sup>

Além disso, ainda no judaísmo, há um ritual milenar que guia os rabinos nos casos de divórcios, uma prática que corresponde à mediação.<sup>511</sup>

No Japão existe o *chotei*, uma "conciliação prévia obrigatória", milenar, utilizada nos conflitos de direito de família, e obrigatória nos casos de divórcio.<sup>512</sup>

---

<sup>507</sup> "Nesses cenários foram observados: direitos com baixo grau de abstração, discerníveis na solução concreta dos litígios particulares; direitos com pouca ou nenhuma especialização em relação às outras atividades sociais; mecanismos rápidos e informais de resolução de litígios; participação ativa da comunidade; conciliação ou mediação entre as partes por meio [...] de um discurso retórico, persuasivo, assente na linguagem comum". (SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 174).

<sup>508</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 138.

<sup>509</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Introdução histórica ao estudo das soluções pacíficas de litígios e arbitragens comerciais internacionais. **Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo**, n. 71, p. 163-208, 1976, p. 163-164.

<sup>510</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>511</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos Relevantes do Instituto da Mediação no Mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 6, p. 1-20, 2012, p. 13.

<sup>512</sup> Idem.

No contexto do presente trabalho, que se refere às relações entre a mediação e a teoria da Justiça em Aristóteles, faz-se necessário enfatizar a existência desse tipo de método na cultura greco-romana, especialmente no que se relaciona à história da mediação.

Os autores gregos afirmam que a solução pacífica de conflitos se reporta aos tempos míticos, quando os litígios entre deuses e heróis eram resolvidos por um laudo arbitral, proferido por um dos pares. Zeus foi eleito juiz entre Atenê e Poseidon a propósito de Egina. Foronê exerceu o mesmo papel entre Hera e Poseidon, a propósito da Argólida.<sup>513</sup>

Na mitologia grega, em várias ocasiões os deuses aparecem como mediadores entre rivais e, em seguida a alguma aliança firmada entre duas urbes, representavam-se as suas divindades por estátuas ou medalhas, dando-se as mãos. As soluções pacíficas puderam existir na Grécia antiga porque era possível haver deuses comuns a várias cidades e valores comunitários mais amplos, pois, se cada urbe tinha seu deus epônimo, os deuses do Olimpo, comuns a toda Grécia, protegeriam todos os gregos e forneciam-lhes os meios para solucionar pacificamente as contendas com outro indivíduo, pertencente à mesma “comunidade de valores”.<sup>514</sup>

Há menções, também, na literatura de Homero, que representavam o cotidiano da guerra de Tróia, em poemas datados, aproximadamente, do século IX a.C, nos quais seria possível constatar a utilização de técnicas conciliatórias voltadas à eliminação de eliminar conflitos internos entre os combatentes gregos.<sup>515</sup>

Em Esparta existiram algumas espécies de conciliadores, que atuavam acerca de assuntos específicos: *Amorsini*, que tratavam questões sobre os costumes das mulheres; os *Pedonomi*, que trabalhavam questões acerca dos jovens; e os *Empelori* que se ocupavam dos mercadores. Nas cidades gregas da Itália apareceram os *Irenoficiali*, que propunham acordos entre os cidadãos em litígio. Tinham esse nome pelo fato de que *Irene*, em grego, relaciona-se a uma paz que não se pode conseguir por meio da força ou da coação, porém, somente pela razão.<sup>516</sup>

Assim, os métodos extrajudiciais de resolução de conflitos fazem parte da história da Grécia, desde os primeiros passos da história daquela civilização, passando por sua mitologia,

<sup>513</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit., p. 165.

<sup>514</sup> "[...] quando os deuses eram inimigos, havia guerras, sem piedade nem regras, mas quando amigos, logo os homens ficavam mutuamente ligados entre si e selavam esse sentimento de amizade com deveres recíprocos". (SOARES, Guido Fernando Silva. Op. Cit., p. 165).

<sup>515</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 137-138.

<sup>516</sup> Ibidem, p. 138.

pela organização jurídica das Cidades-Estado e, até mesmo, fazendo com que os povos conquistados incorporassem essas ideias à suas próprias culturas.

Essas técnicas eram, inclusive, bastante avançadas, compreendendo os mais diversos aspectos da convivência em sociedade, das relações entre os cidadãos, às questões de família, bem como questões comerciais.

Além disso, de conformidade com o que foi visto no primeiro capítulo, os "árbitros" atenienses, do tempo de Aristóteles, nada mais eram do que "mediadores", em sentido muito próximo do atual.

A Grécia transmitiu aos romanos o pensamento analítico, especialmente, por meio do estoicismo, que foi diretamente aplicado ao Direito, de modo que o povo romano inaugurou uma valorização do jurista enquanto figura essencial à sociedade.<sup>517</sup>

Desse modo, a decadência grega e a ascensão romana delimitam o “ponto zero” da formação jurídica ocidental. Trata-se de um período de cisão da moral, de modo que a percepção do vínculo entre aquele que age e aquele sofre as consequências de uma conduta, altera-se.<sup>518</sup>

A noção romana de justiça remonta a algumas atitudes valorativas acerca de condutas, pode ser localizada, inicialmente, nos poemas homéricos, especificamente, nas representações de *Themis* e *Themistes*. A decisão do imperador sobre uma disputa era um produto da inspiração divina. O agente divino que o inspirava era *Themis*, cuja representação moderna é a Deusa da Justiça. O vocábulo *Themistes* relaciona-se aos “julgamentos”.<sup>519</sup>

A cultura romana foi, dessa forma, especialmente no que concerne ao Direito, herdada da Grécia, de modo que não poderia deixar de haver algo similar na evolução do direito romano.

Nesse sentido, em Roma, mais do que em qualquer outra civilização, a evolução da mediação foi condicionada ao desenvolvimento do comércio. No antigo ordenamento “ático” e, posteriormente, no ordenamento romano republicano, porém, a mediação não era um instituto jurídico, mas, sim uma mera “regra de cortesia”. No Direito romano há, contudo, poucas referências à mediação, como no Título XIV, Livro L, do Digesto. Mesmo nessas poucas passagens, há elementos formadores da estrutura do instituto.<sup>520</sup>

---

<sup>517</sup> SALDANHA, Daniel Cabaleiro. Op. Cit., p. 21.

<sup>518</sup> Ibidem, p. 26.

<sup>519</sup> Ibidem, p. 17.

<sup>520</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. Mediação na solução de conflitos de trabalho e o Direito Comparado. In: COUTINHO, Aldacy; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 677.

Nessa passagem, especificamente, há, inclusive, um procedimento de mediação específico,<sup>521</sup> relacionado a uma questão eminentemente comercial, concernente a promessa de pagamento em um empréstimo.

Além disso, havia, em Roma, uma espécie de "mediador" com funções que não se relacionavam ao comércio, às finanças ou à economia, e que sequer se inseriam em um contexto propriamente "jurídico".

Trata-se das *conciliatrix*, senhoras que se incumbiam de tentar reunir esposos separados.<sup>522</sup>

Note-se, portanto, que, ao menos no período clássico, a mediação não era enfatizada pelo direito romano, encontrando-se mais próxima às tradições, à cultura e ao comércio do que, efetivamente, ao processo.

Até porque, de acordo com o que foi estudado anteriormente, o direito processual romano relacionava-se enfaticamente à atividade pretoriana. Ocorre que os particulares em conflito tinham um papel de destaque no que se refere à condução dos processos voltados à resolução dos litígios civis.

Nesse sentido, de acordo com os romanistas, a atividade jurisdicional do pretor correspondia, essencialmente, a uma função legitimadora da defesa privada, pois o direito era realizado, enfaticamente, por seu titular contra o ofensor. Apenas excepcionalmente, e por iniciativa destes, nos casos em que se julgassem ofendidos pelo arbítrio ou pela ilegitimidade de alguma atividade não fundada no direito, é que o pretor intervinha, para julgar lícita ou ilícita a conduta do agente.<sup>523</sup>

---

<sup>521</sup> "Quem tenha procurado um corretor para constituir um crédito, como muitos, pode ser requerido como principal; é obrigado, porque este mostra melhor um nome, que não dá um mandato, embora elogie o nome. Se houvesse de receber alguma coisa, a título de corretagem, não haverá ação de locação e condução. Certamente, se ele enganou o tomador com astúcia, o credor estará sujeito à ação de fraude. Os presidentes geralmente conhecem a corretagem, o que também era ilóido; mas para que também haja proporção com a quantidade do negócio, em que os corretores realizaram esse pequeno trabalho e emprestaram alguns serviço Mais facilmente você pode pedir-lhes que os gregos chamam interpretação As taxas de intérprete, se algum deles eram corretores de uma condição, ou de uma amizade e de um conselho de outra coisa; porque há Escritórios de tais homens, como nesta cidade, então grande há, então, uma série de corretores que eles são emprestados, como úteis e não por um mau hábito em compras, vendas, negócios comerciais e contratos de licitação". (JUSTINIANO I. **Cuerpo del derecho civil romano**. Parte 1: Digesto, Tomo III, Barcelona, 1897, p. 908-909 - tradução livre).

<sup>522</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 139.

<sup>523</sup> SILVA, Ovídio Baptista Da. **Curso de processo civil**. v. 1: processo de conhecimento. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 16.

A atividade pretoriana decisória, no contexto das técnicas de resolução pacífica dos conflitos, era algo “subsidiário”, dando-se somente no caso da impossibilidade de resolução “autônoma” do conflito pelas partes.

Nesse contexto, não havia sequer mediação, mas, sim, a condução do processo pela própria parte demandante, guiada pela "fórmula" pretoriana, até a constatação de uma ilegalidade, oportunidade na qual o pretor deveria substituir-se às partes e encerrar o conflito, conferindo "razão" a uma das partes, por meio de uma decisão.

Em determinado momento, porém, a mediação, em sentido processual, precisou surgir, mesmo que de forma primitiva, tendo em vista que haviam contendas em relação às quais a tutela pretoriana demonstrava ser impossível.

Nesse sentido é que, no Direito Romano Clássico, o instituto da transação surgiu para resolver desavenças entre as tribos. Se um membro de uma tribo sofresse uma ofensa por parte de um membro de outra tribo, essa ofensa não poderia ser considerada pessoal, mas, sim, atingindo toda a tribo. Para se evitar um estado de beligerância, que geraria incertezas e prejuízos diversos, a tribo do ofensor oferecia uma proposta para a tribo do ofendido, para que não a atacasse.<sup>524</sup>

Aceita a proposta, firmado estava o *pactum* ou *pactio*. Nesses casos, porém, não havia, no ato transacional, qualquer preocupação com um sentido universal de justiça. Não se discutiria, por exemplo, se a agressão era justificada ou não, se o revide ou acordo seria proporcional a agressão sofrida, etc.<sup>525</sup>

Ocorre que, como visto anteriormente, o vocábulo *pactum* refere-se à "paz" em sentido social, de modo que a *transactio* é, sim, um instrumento voltado à harmonização social, por meio da eliminação dos conflitos.

Assim, mesmo que o "objetivo" dessas transações não fosse, efetivamente, aferir se um ato era adequado ou contrário ao Direito, acabavam, sim, por obter, ao menos, a Justiça em sentido político, já que possibilitavam a continuidade da convivência entre grupos e, via de consequência, entre cidadãos.

Essas situações, porém, prescindiam de uma jurisdicionalidade para a sua solução, a exemplo de uma transação feita nos dias atuais, na qual as partes dão ou retém algo, de acordo com um critério de conveniência próprio: *aliquid datum*, *aliquid retentum*. Até porque, a sociedade romana clássica era formada por soldados, pautados pelo espírito de ordem e

---

<sup>524</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 143-144.

<sup>525</sup> Ibidem, p. 144.

disciplina. Eram essencialmente práticos. Suas necessidades jurídicas eram formuladas a partir de sua utilidade, na medida em que se intensificavam as relações comerciais.<sup>526</sup>

Por isso é que os institutos do processo romano apontavam para um caráter essencialmente privatista da jurisdição e para a finalidade do processo, no qual existia apenas a transação, como direito individual que as partes tinham de dispor, como bem entendessem, acerca de seus conflitos. Tanto que, em Roma, o Imperador Calígula considerou a conciliação como uma forma de fraudar o tesouro, inibindo, assim, o seu uso, com o intuito de arrecadar impostos sobre os litígios.<sup>527</sup>

A “mediação” no direito romano, então, não se voltada a alcançar a Justiça, mas, sim, a questões mais “pragmáticas”, diretamente relacionadas às necessidades individuais mais imediatas, apesar da evidente relação com a cultura grega e, em especial, com as ideias defendidas por Aristóteles.

Assim, mesmo nesse contexto, é possível relacionar a mediação à teoria da Justiça em Aristóteles, ao menos no sentido da Justiça política, pois as transações, no mínimo, permitiam a continuidade da convivência entre pessoas e entre grupos de pessoas.

Ocorre que a China, com base no pensamento de Confúcio, foi capaz de desenvolver a mediação, tornando-a algo até mesmo “cultural”. A filosofia confucionista assemelha-se sobremaneira à ética aristotélica, de conformidade com o que será estudado no próximo tópico.

#### **4.2 A mediação na China, o Confucionismo e suas relações com a justiça aristotélica**

O confucionismo é uma filosofia de origem chinesa, que muito influenciou a formatação jurídico-política daquele país. Guarda, porém, semelhanças muito evidentes com a filosofia aristotélica, especialmente no que concerne à questão das virtudes, apesar da distância geográfica e temporal entre as duas teorias.

Apesar das evidentes distâncias entre ambas, as filosofias do Leste e do Oeste do Planeta podem ser estudadas em conjunto, tendo em vista que se relacionam ao humano e à sua convivência em sociedade.

Nesse sentido é que as filosofias oriental e ocidental não são excludentes, mas, sim, suplementam uma à outra. Cada uma provê ou salienta conceitos dos quais a outra carece ou

---

<sup>526</sup> Ibidem, p. 44-45.

<sup>527</sup> Ibidem, p. 45.

tende a minimizar. Essas "duas faces" do pensamento humano devem ser sintetizadas, de maneira a se poder aproximar de uma "filosofia mundial", por meio de um "ajustamento fiel" da Filosofia como "perspectiva total". Por isso é que a sabedoria do Oriente e a do Ocidente devem ser "fundidas", de modo a dar ao homem a vantagem da "sabedoria da Humanidade".<sup>528</sup>

Assim, especialmente em uma perspectiva histórica comparativa, convém estudar conjuntamente as duas acepções, em especial no que se relaciona ao conceito de "justo meio", como "equilíbrio virtuoso" das ações humanas voltadas à busca constante e permanente pela Justiça.

Nesse sentido, tendo sido estudada a filosofia aristotélica no que concerne à Teoria da Justiça, é conveniente trabalhar o confucionismo, especificamente no que se relaciona às questões da virtude e ao instituto da mediação.

Na China, no período de Confúcio (cerca de 550-479 a.C.), os chineses eram influenciados pelas ideias do filósofo, que acreditava na possibilidade da construção de um "paraíso na terra", desde que os homens pudessem se entender e resolver pacificamente os problemas.<sup>529</sup>

Para o referido filósofo, haveria uma "harmonia natural", no que concerne às questões humanas, que não poderia ser desfeita por procedimentos adversariais ou mesmo com a ajuda unilateral. Afirmava que a melhor e mais justa forma de consolidar a paz seria por meio da persuasão moral e de acordos, nunca por intermédio da coerção ou mediante qualquer tipo de poder.<sup>530</sup>

Nessa época, na China, a resolução de conflitos por meio do processo era desonrosa, e que atentava contra a paz, de modo que era necessário que se encontrasse, sempre, uma solução do impasse por intermédio de técnicas conciliatórias, cujo acordo fosse a construção das partes, não a imposição coercitiva de outrem. Justamente por isso é que a mediação era amplamente utilizada na China. Estava inserida culturalmente na comunidade chinesa, sendo, inclusive, uma técnica utilizada até hoje, entre os meios de tratamento de conflitos.<sup>531</sup>

Demonstra-se, assim, que Confúcio pregava uma cultura de paz e harmonia entre as pessoas, o que demonstra que, a partir de seu pensamento, a mediação, para os chineses, é um

<sup>528</sup> BUENO, André da Silva. **A Justa Medida em Confúcio e Aristóteles**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2005, p. 2.

<sup>529</sup> SPENGLER, Fabiana Marion. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. \_\_\_\_; SPENGLER NETO, Theobaldo. (Org.) Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 17-18.

<sup>530</sup> Ibidem, p. 18.

<sup>531</sup> Ibidem, p. 18-19.

instrumento voltado à justiça social, em oposição à resolução processual dos conflitos, que encontraria em oposição a esses preceitos filosóficos.

Mais do que isso, a harmonia entre os humanos era um pressuposto para a existência da própria sociedade que, idealmente, deveria ser livre de conflitos e de atitudes belicosas e desrespeitosas.

Assim, Confúcio acreditava que era possível construir-se esse "paraíso terreno", se os homens pudessem se entender e resolver pacificamente os problemas. Existiria uma "harmonia natural" nas questões humanas, que não deveria ser desfeita unilateralmente ou por procedimentos adversariais.<sup>532</sup>

O pensamento de Confúcio estabelecia que a melhor e mais justa forma de se consolidar a paz seria por meio da persuasão moral e de acordos; nunca pela coerção ou poder. A força e a sabedoria de seus ensinamentos era tanta que, ainda hoje, o espírito confuciano norteia a maneira como os conflitos são selecionados na China. Em todo o país há comitês populares de mediação, voltados a propiciar o entendimento informal das partes em conflito.<sup>533</sup>

O pensamento confuciano, portanto, demonstrava aversão à resolução imposta de forma autoritária ou mesmo unilateral dos conflitos interpessoais, por acreditar que o acordo, mesmo que obtido por meio da persuasão, seria a melhor forma de resolver as contendas, trazendo harmonia e paz sociais.

Nesse sentido, é possível que a mediação, como a conhecemos atualmente, pode ter uma origem remota na antiga China, a partir do confucionismo.

No mesmo diapasão, em Confúcio, a mediação seria um instrumento voltado à obtenção de justiça, já que estaria voltada a permitir a convivência justa e harmoniosa entre os membros de um corpo social.

No Oriente, assim, as formas de resolução dos conflitos diferem entre as culturas e modificaram-se no decorrer da história, do "olho por olho, dente por dente" da Lei de Talião, até a Antiga China, na qual, por inspiração em Confúcio, um terceiro era chamado para mediar os conflitos entre sujeitos ou grupos. O pensamento de Confúcio voltava-se à busca da harmonia por meio do equilíbrio do mundo, felicidade dos homens e das relações sociais, que

---

<sup>532</sup> SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação**: uma solução judiciousa para conflitos. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, p. 19-20.

<sup>533</sup> Ibidem, p. 20.

estavam “em primeiro plano”. É por isso que dificilmente ocorriam condenações, sanções ou decisões desrespeitando o equilíbrio das partes. Buscava-se a solução mais benéfica.<sup>534</sup>

Para que se possa proceder à comparação entre a filosofia que inspirou o confucionismo e a Ética aristotélica, convém estudar, assim como se fez em relação a Aristóteles, mesmo que superficialmente, a biografia de Confúcio.

Quanto à sua história pessoal, contudo, pouco se sabe, realmente, acerca de Confúcio. Teria nascido no ano de 551 a.C. morrido em 479 a.C., tendo vivido, portanto, setenta e dois anos. Durante sua vida, Confúcio sempre se considerou mais como um transmissor das crenças antigas do que um criador de teorias. Confúcio pertencia a uma linhagem de nobres. Por circunstâncias desconhecidas, todavia, sua família era pobre e humilde. Nasceu no Estado chinês de Lu, atualmente chamado Xantum, na época da decadência da era imperial, caracterizada por grandes e profundas modificações, na economia e na sociedade, época de criminalidade, miséria e aumento das desigualdades socioeconômicas.<sup>535</sup>

O jovem Confúcio tinha como uma de suas características, a de ser um amante do conhecimento, respeitador das tradições antigas. Era um jovem educado, cortês e justo. Durante sua vida, viajou consideravelmente, e estudou, durante vários anos, na capital imperial de Zhou, na qual teve a oportunidade de conhecer o famoso Lao Zi, o fundador do Taoísmo. Vários anos depois, tendo adquiridos gigantescos conhecimentos, regressou à sua província natal, Lu, tornou-se um famoso professor. Contando trinta e cinco anos de idade, viu sua carreira docente interrompida por uma longa e sangrenta guerra, conduzida pelo Duque Chao, do Estado de Lu.<sup>536</sup>

Durante esse período, teria sido chamado a exercer funções políticas, por breve período, como um conselheiro político do Duque. Anos depois, cansado das intrigas da Corte, Confúcio deixou a vida política e regressou à docência. Contando cinquenta anos de idade, voltou a exercer funções políticas, inicialmente, como Ministro da Justiça do Estado de Lu. Seis anos depois tornou-se Primeiro Ministro da China. Quatro anos depois disso, abandonou definitivamente a política, passando a viajar, durante sete anos, por toda a China, acompanhado de seus discípulos, período no qual foi preso e envolvido em lutas de Senhores da Guerra rivais.<sup>537</sup>

---

<sup>534</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 3.

<sup>535</sup> Ibidem, p. 3-4.

<sup>536</sup> Ibidem, p. 4.

<sup>537</sup> Ibidem, p. 4-5.

Após esses eventos fatídicos, regressou à província de Lu e passou o restante dos seus dias ensinando e escrevendo. Faleceu contando setenta e dois anos de idade e gigantesca sabedoria, capaz de influenciar, até hoje, não só o pensamento chinês como a filosofia do Oriente como um todo e, até mesmo, a mundial. Na época de Confúcio, a mediação era a forma mais comum de resolução de conflitos nas comunidades chinesas, nas quais predominava a convivência familiar e a presença do chefe de família, que se utilizava de sua sabedoria para solucionar problemas.<sup>538</sup>

Demonstra-se que, assim como Aristóteles, Confúcio também foi filósofo, professor, político e estadista, muito viajou, tendo, também, estudado com ícones da cultura e da filosofia de sua nação.

São notáveis, também nesse ponto, as semelhanças entre as culturas chinesa, grega e, conseqüente, a romana, já que, em todas, o comando da entidade familiar e a prática da cidadania correspondiam ao homem, chefe de família.

À medida em que as cidades cresciam e as famílias se dissipavam, porém, essa forma de solução de conflitos tornou-se rara. As pessoas se conheciam mais. Eram estranhos uns aos outros, alienados em relação ao senso de comunidade. Os sistemas informais acabaram substituídos pelos formais, dando lugar a um tradicional Sistema Judiciário, que decidia, não por um sistema de ganhos mútuos, como ocorria na mediação, mas, sim, por meio de um sistema de perdas e ganhos. Nomeava-se um ganhador e um perdedor, encerrando a possibilidade de acordo.<sup>539</sup>

Confúcio, porém, representou, nesse ponto, um retorno à lógica da resolução pacífica das demandas, em detrimento dos procedimentos jurisdicionais, voltados à eliminação autoritária dos conflitos.

Isso porque o Confucionismo construiu um código de conduta voltado a guiar e a orientar um governo justo, as relações entre pessoas, a conduta pública, a vida privada e a procura pela retidão.<sup>540</sup>

O Confucionismo, de seus fundamentos à sua prática, guarda notáveis semelhanças, desde o início, com a Ética aristotélica, de modo que cabe estudar ao menos os seus fundamentos mais basilares.

Os dois conceitos mais relevantes do confucionismo não são o *Li* e o *Jen*: *Li* refere-se às cerimônias, à etiqueta, aos rituais e aos bons costumes; *Jen* guarda relação com a

---

<sup>538</sup> Ibidem, p. 4-5.

<sup>539</sup> Ibidem, p. 5.

<sup>540</sup> Ibidem, p. 5-6.

benevolência, a cortesia e a gentileza. Assim, harmonia, paz, justiça e ordem estariam asseguradas caso todos praticassem o *Li* e o *Jen*.<sup>541</sup>

Acentuam-se as virtudes da autodisciplina e da generosidade: é necessário ser rígido para consigo, mas benevolente para com os outros. Em especial, não se deve exigir dos outros o que não se estão dispostos a fazer, não fazer aos que não se quer para si, queres para ti, tratar os outros como fim e nunca como um meio, ser benevolente. Essa é a chamada “regra de ouro”. As semelhanças entre essa teorização e a questão da virtude em Aristóteles é notável.<sup>542</sup>

A necessidade de se "tratar" os concidadãos como finalidade, não como meio assemelha-se ao dever de se praticar a Justiça constante e perpetuamente, bem como a definição romana clássica de direito, como "a arte de praticar constantemente o bom e o justo".

Evidentemente, porém, o confucionismo tem conceitos próprios, relacionados, por exemplo, ao conceito de "pessoa moral", extremamente similar à definição aristotélica de "homem justo".

N' Os Anacletos, Confúcio define que uma pessoa moralmente educada seria aquele que recebeu instrução, que aprecia "homens de excelência" enquanto outros homens apreciam belas mulheres, que se aplica ao máximo ao serviço dos seus pais e se oferece a sua ao serviço de seu senhor e, que é digno da confiança de seus amigos no que diz, mesmo que se possa dizer que nunca foi ensinado. No Livro XIII, 85, d' Os Anacletos, disse para conservar uma atitude respeitosa em casa, ser reverente no serviço oficial e fazer o melhor possível no trato com os outros.

Confúcio chama a atenção, em especial, para a importância da constância das virtudes. Um comportamento errático, oportunista, que flutua de acordo com as circunstâncias e interesses, não é um comportamento virtuoso. No Livro XIII, 85, afirma que se ensina a moral pela instrução, assim como pelo exemplo. Hábito e reflexão exercem um papel primordial. Uma pessoa que não recebeu instrução pode, sim, ser moralmente educada. A instrução prepara a pessoa para a reflexão, ajuda a combater a rigidez e a inflexibilidade e cultiva a humildade intelectual. É improvável que aquele que estuda seja inflexível. A arrogância e o fanatismo são o apanágio dos ignorantes. O nobre está à vontade, sem ser arrogante, enquanto o homem insignificante é arrogante mesmo não estando à vontade.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> Ibidem, p. 6.

<sup>542</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>543</sup> Ibidem, p. 7.

No Livro XIII, 86, deve-se ser obedientes aos mais velhos, aos pais e àqueles de quem depende hierarquicamente, verdade e honestidade nas palavras, amigo dos amigos, reservado quanto baste e cumpridor dos ritos, que é o homem nobre, o homem de caráter. Por um lado, é sincero e sutil e, por outro, é amável, merecendo ser chamado de Nobre. Sincero e sutil entre os amigos, amável entre os irmãos.<sup>544</sup>

A noção de "pessoa moral", portanto, encontra-se extremamente próxima ao conceito de "homem justo" aristotélico e com a "arte do direito" em Cícero e Ulpiano, em especial no que concerne à prática perpétua e constante do bem para com o outro.

No Livro I, 13, demonstra-se que a noção de "respeito" é algo central para a moral confuciana, para a qual "ser respeitoso" relaciona-se à observação dos ritos, o que possibilita a uma pessoa a isenção em relação à desgraça e ao insulto. Assim, ao promover o bom relacionamento com parentes, por meio do casamento, um homem não perde a boa vontade dos seus. É digno de ser considerado a cabeça do clã. No mesmo sentido está o conceito de fidelidade, que corresponde a não desobedecer aos pais, aos outros parentes mais velhos, aos amigos mais velhos, assim como a todos de quem se depende hierarquicamente, na vida pública ou profissional. A obediência deve ser acompanhada pela benevolência. Aqueles a quem se deve obediência só a merecem se forem benevolentes. Confúcio, todavia, admite a revolta, sempre que os governantes não forem dignos de obediência pelos súditos.<sup>545</sup>

No Livro II, 18, afirma que os governantes não são dignos de obediência se não forem benevolentes, pois um governo benevolente é um governo justo, o único capaz de manter o povo feliz e de assegurar a prosperidade. Os retos devem se levantar e serem colocados acima dos desonestos. O povo comum deve considera-los um modelo. Se os desonestos estiverem acima dos retos, o povo comum não deve tê-lo como modelo. Nota-se aqui, também, a similaridade a um dos fundamentos da prática da equidade como "justiça aplicável ao caso concreto" em Aristóteles e no Direito Romano: o direito injusto deve ser sobrepujado pela Justiça.<sup>546</sup>

Além disso, uma pessoa "moral" não se desvia do caminho da retidão e não deixa de fazer o que é correto, por falta de coragem. Aqui, aproxima-se, novamente, da noção aristotélica, de que a moral corresponde à associação entre sabedoria e conduta, intelecto e ação, raciocínio e hábito. No livro II, 17, Confúcio afirma que o aprendizado da moral é um processo longo e contínuo, ou seja, "uma empresa para toda a vida", por meio do exercício

---

<sup>544</sup> Ibidem, p. 7.

<sup>545</sup> Ibidem, p. 7-8.

<sup>546</sup> Ibidem, p. 8.

contínuo de uma profissão e de deveres cidadãos, e obriga ao exercício continuado do respeito pelos ritos e regras.<sup>547</sup>

Outra noção moral confuciana é a “reserva”, que se aproxima da noção aristotélica de “justo meio”. Confúcio determina evitar os extremos e afastar-se dos excessos. Em caso de dúvida, seria preferível optar pela frugalidade do que pela extravagância. No Livro VIII, 50, a coragem é a qualidade que tem uma medida certa. Em excesso, é temeridade, que se encontra separada do ódio por uma linha tênue. O ódio impede a benevolência, provocando comportamentos desregrados. A congruência, assim, ressurge, como outra qualidade prezada por Confúcio.<sup>548</sup>

Nesses pontos, além da constância e da perpetuidade na busca pela Justiça em sentido prático, assemelha-se o Confucionismo à Ética aristotélica, também, no seu conceito de “heroísmo”.

No Livro, XIII, 73, tanto a reserva quanto a parcimônia são duas qualidades essenciais ao homem moralmente educado, assim como o é a benevolência, que é a maior qualidade dos justos. Voltar à observância dos ritos, por meio da superação do ego, constitui, assim, benevolência.<sup>549</sup>

Além disso, se, durante um dia, um homem pudesse regressar à observância dos ritos, por meio da superação de si próprio, todo o Império consideraria que a benevolência seria sua. São, porém, virtudes que devem ser praticadas pela própria pessoa, não pelos outros. No Livro XI, 99, o respeito pelos outros constitui outra qualidade do homem nobre, assim como a capacidade para se colocar na perspectiva dos outros.<sup>550</sup>

No Livro XIII, 82, afirma que é fácil levar um povo inteiro a desviar-se da retidão moral, e que é difícil e moroso conduzi-lo de novo à retidão. No Livro XVII, 110, afirma que, para uma pessoa moralmente educada, a moralidade é sua matéria-prima. Vê-se a nobreza de caráter pela observância dos ritos, pela modéstia e humildade no agir, pela moderação nas palavras e pela constância das qualidades. O homem educado é íntegro, benevolente,

---

<sup>547</sup> "Reserva no falar, moderação nas ações, tolerância quando se está numa posição de poder, reverência para com os ritos e os mais velhos, benevolência para com os fracos, obediência aos pais e retificação dos erros, tais são as qualidades da pessoa nobre, isto é, da pessoa moralmente educada. Coragem, tolerância, dedicação e humildade são outras qualidades a ter em conta". (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 8).

<sup>548</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 8.

<sup>549</sup> Ibidem, p. 8-9.

<sup>550</sup> Ibidem, p. 10-11.

obediente e respeitador. Essa pessoa nunca esquece o que é correto e visa à justiça antes do lucro.<sup>551</sup>

No Livro XVII, 114, a pessoa moralmente educada não tolera a proclamação do mal alheio, a difamação dos superiores, aqueles que descumprem os rituais. A moral, assim, é um processo sem fim, que exige o aperfeiçoamento por meio da aprendizagem, de forma que a pessoa de caráter nobre possa apreciar as cinco práticas da excelência, e seja capaz de afastar práticas malévolas. Essas cinco excelentes práticas, de acordo com o Livro XX, são: ser generoso, fazer os outros trabalharem sem queixas, desejar sem sofreguidão ser casual sem arrogância e inspirar temor sem ferocidade. O confucionismo também estabelece bases para as relações sociais, entre: professor e aluno; amigo e amigo; ancião e jovem.<sup>552</sup>

A obediência é sinônimo de “fazer o que é certo”, porém, com a possibilidade de recusa à obediência de ordens injustas ou moralmente incorretas, por exemplo, no caso dos governantes injustos e corruptos, que não merecem a obediência dos seus súditos. Confúcio, porém, acreditava em uma "ordem moral cósmica", alcançável por meio da reflexão e da educação, por qualquer pessoa, que passa a ser capaz de discernir entre o bem e o mal. Trata-se, portanto, de uma verdadeira “ética”, arte de viver, que pode ser resumida em amar os outros, honrar os pais, fazer o que é certo ao invés de agir por interesse, respeitar a reciprocidade, ou seja, não fazer aos outros o que não se deseja para si, dirigir e comandar por meio do exemplo moral, não pela violência ou pela força.<sup>553</sup>

É possível inferir, assim, várias semelhanças entre as virtudes aristotélicas e o confucionismo, especialmente no que concerne à justiça enquanto "prática" daquilo que é justo.

No mesmo sentido, demonstra-se sua semelhança com o conceito de direito dos romanos, por exemplo, Ulpiano, especificamente na sua definição do direito como "prática constante daquilo que é bom e justo".

Sob tal influência, na China, a mediação comunitária atravessou gerações. No mesmo sentido, a mediação institucional é instância obrigatória de acesso à justiça. A China se utiliza das "Comissões Populares de Mediação" e resolve milhões de litígios no âmbito pré-judiciário.<sup>554</sup>

---

<sup>551</sup> Ibidem, p. 11.

<sup>552</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>553</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>554</sup> Ibidem, p. 13.

Desse modo, assim como na Grécia, os métodos de resolução pacífica de conflitos fazem parte da própria cultura chinesa, tanto que se agregaram à sociedade, à política e ao governo, graças, essencialmente, aos conceitos construídos e desenvolvidos pela filosofia de Confúcio.

Chamam à atenção, porém, as enormes similitudes entre as ideias de “equilíbrio” de ambos filósofos, especificamente naquilo que se refere aos seus conceitos de “justa medida” ou “justo meio”.

Por não prescindir de uma “sabedoria”, ou um desejo latente de aplicar, de forma prática e constante, seus expedientes filosóficos, os chineses conseguiram atingir outra concepção de justa medida (*zhong yong*), que não se estagnou no “meio termo” em que teria se transformado o justo meio (*mesotes*) aristotélico. À prudência como “sabedoria da ação prática”, Confúcio opõe uma sabedoria mais profunda, um conhecimento mais amplo (*sheng*), que conciliaria a determinação dos procedimentos externos e das necessidades internas. O justo passa a ser a regra porque o “ser moral” deve prezar a virtude, enquanto o ser vulgar preza os bens materiais. O ser moral traz consigo a lei e o caminho, enquanto o ser vulgar pensa somente em privilégios.<sup>555</sup>

O ser moral é capaz de encontrar essa justa medida em três fundamentos: o *ren*, que expulsa a inquietude; a sabedoria, que dissipa a incerteza; e a bravura, que é capaz de libertar do medo. As indicações deixadas por Confúcio apontam para a ideia de que a “justa medida” se encontra na igual possibilidade dos extremos, não de forma predeterminada, mas, sim, por meio de uma “fórmula”, mediante a qual o ser humano poderia encontrar a sua justa medida. Se for seu próprio mestre, cometerá poucos erros. Se se atentar a si mesmo, encontrará o seu *dao*. Mais do que isso, corrigir as paixões equivale a dar retidão à alma. Essa “correção” permite que o ser moral conheça o justo, enquanto o vulgar se perde no proveito.<sup>556</sup>

A virtude da justa medida consiste em ser sábio, *aquele que*, na visão confucionista, pratica e compreende o caminho, até porque o ser humano é produto das forças do céu e da terra, da união entre *yin* e *yang*, concretizada no *qi*, manifesta pela presença dos cinco agentes. Por isso é que essa criatura é o “centro de tudo”. Assim, a justa medida “toca” os extremos para inferir o meio ideal, de modo que não é um “meio-termo” estipulado *a priori*.<sup>557</sup>

---

<sup>555</sup> BUENO, André da Silva. **A Justa Medida em Confúcio e Aristóteles**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2005, p. 21.

<sup>556</sup> *Ibidem*, p. 31.

<sup>557</sup> *Ibidem*, p. 32-33.

Essa natureza, porém, não conduz à excelência moral, mas nela está presente a capacidade para atingi-la, por meio da prática da virtude.<sup>558</sup>

A ideia da justa medida está atrelada à concepção da virtude como resultado da apreciação dos extremos e da inferência de um meio ideal (*Dan*), resultado da investigação íntima. A justa medida se origina da relação do ser com o ato, sem condição alguma de precedência, senão o fato de ser uma medida humana.<sup>559</sup>

A justa medida é um ajuste da propensão. O “ponto” daquilo que é justo desloca-se, de modo a atingir e realizar as capacidades intelectuais, morais e físicas de quem a pratica. A propensão demonstra o caminho do “agir moderado”, mas, também, o meio pelo qual o ser se realizaria e atingiria a plenitude.<sup>560</sup>

A mediação ocidental, como instituto jurídico-processual, porém, tem uma origem histórica mais próxima, física e temporalmente, qual seja, as instituições do direito canônico, especialmente após sua junção com o direito romano-germânico, de conformidade com o que será estudado no tópico a seguir.

### 4.3 A mediação no direito romano-canônico

Apesar das similaridades entre a mediação atual e o seu conceito chinês antigo, enquanto instituto processual, porém, parece ter obtido seu delineamento atual no desenvolvimento do direito canônico, em especial, após a fase de sincretismo com o direito romano.

Aliás, as matrizes do conhecimento medieval, que acabarão por resultar no humanismo renascentista, além de se basear na filosofia grega e no direito romano, receberão, ainda, o aporte das influências cristãs e dos importantes pensadores e cientistas árabes e judeus.<sup>561</sup>

O *Corpus Iuris* passa a influenciar o Ocidente a partir do surgimento das primeiras Universidades. Na Alta Idade Média europeia, com a fragmentação do Império romano ocidental, várias leis e códigos pontuais foram contaminados por elementos não-romanos. A vulgarização do direito romano informa a base social das formações e dá o tom da Europa

---

<sup>558</sup> Ibidem, p. 68.

<sup>559</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>560</sup> Ibidem, p. 78.

<sup>561</sup> BROCCO, Pedro. Op. Cit., p. 77-78.

feudal, até a descoberta do *Digesto*, entre os séculos XI e XII, que coincide com a fundação das primeiras Universidades na Europa.<sup>562</sup>

O direito romano passou a ser estudado, em alguns países, como um “quase direito”, vigente ou supletivo em relação ao direito nacional, que fez com que surgisse, desde o século XVII, o *usus modernus pandectarum*, que conjugava o estudo do direito romano e o direito nacional. Essa orientação se enriqueceu na Alemanha do século XIX, com a Escola Histórica e o florescimento das Universidades alemãs. A pandectística, formada pelos Pandectistas, considerava que a compilação de Justiniano era, sim, um corpo legal vigente, que deveria ser estudado, explicado e aplicado, de conformidade com as categorias mentais surgidas no século XIX.<sup>563</sup>

A Escola Histórica<sup>564</sup> é importante para o estudo do direito romano, pois, nos ambientes nos quais aquela se desenvolve, o direito romano deixou de ser considerado estaticamente, passando a ser tratado como uma realidade histórica, que mudou e evoluiu intimamente conexo aos fatores econômicos, sociais, políticos e culturais.<sup>565</sup>

Ocorre que a filosofia grega influenciou, também, a construção das bases da filosofia escolástica, essencial na formação do direito canônico.

Nesse sentido, a compreensão da escolástica implica reconhecer os principais métodos empregados no período, bem como suas funções específicas e ideais. As atividades dos teólogos eram comparáveis à construção de um edifício: havia a *lectio* que corresponderia à fundação; a *disputatio*, que corresponderia às paredes; e a *praedicatio*, que seria o teto que protege do calor e das tempestades de vícios.<sup>566</sup>

Assim, um teólogo do século XIII deveria dominar três tarefas: a leitura, participando exitosamente de cursos nos quais a *lectio* era a principal forma de ensino; disputar, assistindo e participando de disputas públicas, regulamentadas por regras definidas; e, finalmente, pregar ou realizar sermões. A formação dos estudantes relacionava-se à divisão e especialização de saberes, que resultou na criação de faculdades e outros níveis de ensino. A formação básica

---

<sup>562</sup> Ibidem, p. 84.

<sup>563</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>564</sup> “A escola histórica encontra apoio nos estudos históricos sobretudo na Alemanha do século XIX, com personagens como Mommsen (1817-1903), responsável por edições críticas e de fontes jurídicas justinianas (*Digesto*, *Código Teodosiano*, etc.), além de grandes estudos e exposições de direito público e direito penal romano”. (BROCCO, Pedro. Op. Cit., p. 86).

<sup>565</sup> BROCCO, Pedro. Op. Cit., p. 90.

<sup>566</sup> Ibidem, p. 89-90.

era feita na Faculdade das Artes, onde se estudavam gramática, lógica, matemática, astronomia e o conjunto das obras de Aristóteles.<sup>567</sup>

Os teólogos, assim, passavam por uma formação abrangente, que incluía a apreensão da filosofia aristotélica.

É possível afirmar que a conciliação, como a conhecemos hoje, teria se originado no processo canônico, por meio de práticas conciliatórias que a precederam. São eventualmente citados pela doutrina como os formatos mais próximos a um modelo de transação. Essas conclusões se extraem a partir dos primeiros textos cristãos e da menção a uma necessária conciliação voltada a evitar os malefícios de uma litigância entre irmãos de fé, bem como os desdobramentos após o conflito. A perseguição sofrida pelos primeiros cristãos pelo império romano, fez com que os seus seguidores, inicialmente, exercessem seu credo às escondidas. Muitos cristãos, todavia, sucumbiam diante da perseguição imperial, abandonando, temporariamente, a doutrina cristã.<sup>568</sup>

Trata-se, assim, de período marcado pela persecução fundada em motivos religiosos, que se voltada à extinção do credo cristão, que necessitou agir de forma a se reconstruir.

Assim, a partir dessa situação de genocídio, surgiram: os *lapsi*, que se submetiam aos deuses do império para evitar o martírio; e os *libellatici*, que conseguiam livrar-se dos romanos por meio de um “passe”, que era uma certidão emitida por uma autoridade atestando, falsamente, que este havia se submetido aos deuses do império. Caberia a essa nova igreja estabelecer normas para sancionar os que aceitaram tais imposições e, depois, desejavam retornar a fé cristã. O direito canônico, assim, surgiu com o desiderato de possibilitar a salvação da alma.<sup>569</sup>

Demonstra-se, assim, que o direito canônico surgiu distante das crenças romanas, especialmente no que concerne à religião e à espiritualidade. Natural, então, que não tenham recuperado a questão militarista e que a resolução dos impasses entre as pessoas se desse de maneira diversa daquela que ocorria no sistema pretoriano.

A salvação da alma é a lei suprema (*salus animarum suprema lex*). É o escopo precípua do direito canônico, que permite entrever, na relevância jurídica do elemento religioso, o aspecto mais interessante e importante da “juridicidade” no ordenamento

---

<sup>567</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>568</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., , p. 139.

<sup>569</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., , p. 139.

canônico. A salvação das almas ou a felicidade eterna dos homens é a primordial finalidade não apenas da igreja, mas, igualmente, do próprio direito canônico.<sup>570</sup>

A partir disso, há uma "dupla instrumentalidade" no direito canônico. Em relação ao conceito de "instrumentalidade", largamente empregado pelos processualistas contemporâneos, verifica-se, no processo canônico, um sentido maior para o termo, baseado no conteúdo espiritual, calcado no propósito final de salvação das almas.<sup>571</sup>

Todas as normas e preceitos do processo canônico, mesmo que indiretamente, até porque, a princípio, baseavam-se nas escrituras sagradas e em orientações de conduta transmitida de forma esparsa, estão relacionadas com esta finalidade maior. Havia a preocupação de que inevitáveis os conflitos da vida em sociedade e as desavenças entre os irmãos de fé corroessem a estrutura da igreja nascente e prejudicassem a harmonia do grupo social. Em decorrência disso, havia, desde muito cedo, a determinação de que os conflitos fossem extirpados por meio de conciliação, que proporcionaria a necessária paz espiritual à convivência entre os fiéis.<sup>572</sup>

Um exemplo disso é um texto apócrifo denominado *Didaché*, que influenciou as primeiras gerações cristãs, e foi o primeiro "manual" de catequização e organização da Igreja. Determina, em seu 14:1, que: "Reunindo-vos, porém, no dia do Senhor, parti o pão e agradecei, depois, de haverdes confessado os vossos delitos, para que o vosso sacrifício seja puro". No mesmo sentido, determina a que tiver controvérsia com seu amigo, "não se junte a nós antes de se ter reconciliado, a fim de que vosso sacrifício não seja profanado".<sup>573</sup>

Repare-se na semelhança entre o texto acima e o evangelho de Mateus, capítulo 5:23-25, que determina algo extremamente semelhante.<sup>574</sup>

Assim, a própria comunhão, preceito cristão importantíssimo, dependia da conciliação entre os fiéis.

Se em um primeiro momento, demonstra ser um preceito religioso, vinculado ao exercício de um poder judicial, pautado na autoridade religiosa, na preservação de seus

<sup>570</sup> Ibidem, p. 139-140.

<sup>571</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>572</sup> Ibidem, p. 140-141.

<sup>573</sup> "*Die domenica autem convenientes frangite panem et gratias agite, postquam delicta vestra confessi estis, ut sit mundum sacrificium vestrum. omnis vero, cui est controversia cum amico suo, ne conveniat vobiscum, donec reconciliati sint, ne inquinetur sacrificium vestrum*". (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 140).

<sup>574</sup> "Se estás portanto, para fazer a tua oferta diante do altar e aí te lembrares de que teu irmão tem alguma coisa contra ti, deixa ali diante do altar a tua oferta, e vai reconciliar-te primeiro com teu irmão e depois, vem e apresenta a tua oferta. Concilia-te depressa com o teu adversário, enquanto estás no caminho com ele, para que não aconteça que o adversário te entregue ao juiz, e o juiz te entregue ao oficial, e te encerrem na prisão". (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 141).

postulados e na manutenção da coesão do grupo social, é possível afirmar que a conciliação, como instituto processual, deriva do mesmo fato que, nos meios eclesiásticos, é considerado como o primitivo sacramento da Eucaristia.<sup>575</sup>

Na *Didascália dos Apóstolos*, um documento eclesiástico contendo o ensinamento dos doze apóstolos, vislumbram-se importantes fontes para o direito processual, onde destacam-se passagens atinentes à mediação, especificamente, em 2:45:1, onde recomenda aos cristãos que, mesmo quando levados a juízo, prefiram perder parte de seus direitos e não iniciar um processo formal.<sup>576</sup>

Em 2:53:2, havia a previsão de que os juízos deveriam ser realizados às segundas feiras, para que as partes tivessem tempo de discutir a questão e se reconciliar. Antes do processo, o Bispo deveria incitar a conciliação (“exortai-os primeiro a fazerem a paz”), aduzindo, nesse sentido, que aquele que provoca a demanda é inimigo de seu próximo e faz mal à Igreja.<sup>577</sup>

No evangelho de Paulo, a conciliação é tratada de forma muito mais ampla, referindo-se à conciliação da Igreja com o Império Romano, depois de cessadas as perseguições. Se, antes, os romanos eram vistos como uma população pagã, que deveria ser combatida, a conciliação tornou-os pessoas a serem doutrinadas. Vê-se a conciliação como uma tentativa de união entre a razão e a fé. Existiram, ainda, outras acepções de teor mais filosóficos para a conciliação, como, por exemplo, a conciliação entre o judaísmo e o cristianismo. Sob a ótica cristã, havia, no ato de conciliar, a necessidade de proteger um interesse maior, qual seja, a harmonia na comunidade cristã.<sup>578</sup>

A ideia de “comunidade”, inerente à doutrina cristã, conecta-se de maneira evidente à paz social, entre os crentes, de modo que a conciliação entre seus membros constitui uma das bases da doutrina.

A conciliação, desse modo, volta-se mais à salvação da alma do que à transação; mostra-se como um elemento indispensável à perseguição daquela. Já naquele momento, a conciliação surge como instrumento processual utilizado para solucionar conflitos. Os litigantes, porém, deveriam ser tocados pela busca do “bem espiritual maior”. A paz de espírito que encaminha a salvação da alma, intrínseco à esta finalidade encontra-se a

<sup>575</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 141.

<sup>576</sup> “*Pulchra est sane Chistiano haec laus, cum nemine habere negotium malum*”. (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 141).

<sup>577</sup> “[...] *admonete primum eos pacem facere*”. (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 141).

<sup>578</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 141.

preocupação com a manutenção da coesão do grupo social, que dependiam da mudança de conduta de cada um dos seus membros.<sup>579</sup>

Ainda que ainda não fosse um direito institucionalizado, evidencia-se a conformação de um princípio voltado a solidificar os instrumentos de bom convívio entre praticantes da fé cristã. A reconciliação desempenha um papel determinante na transformação do conflito, atuando diretamente na consciência dos litigantes. O consenso, nesse sentido, equivaleria a “sentir o sentimento”, que levaria à transformação intersubjetiva, geradora da nova conduta.<sup>580</sup>

A relevância da conciliação para a Igreja reflete, diretamente, na construção do próprio processo canônico, que passa a iniciar o seu procedimento jurisdicional pela necessidade de uma tentativa de conciliação.

Esteve presente durante toda a evolução do processo canônico, a partir do Tribunal do Bispo (*episcopalis audientia*), passando pela compilação feita pelo patrono da advocacia, Ivo de Chartrès, que previa que o processo se iniciava com uma tentativa de conciliação". Na obra do Bispo de Chartrès, evidencia-se ainda mais relação entre a conciliação e a fé cristã. O processo se iniciava com a tentativa de conciliação, que era um ato informal, cuja finalidade era a concordância entre os litigantes. O fundamento desse instituto resulta dos valores da ética cristã.<sup>581</sup>

Em determinado momento, porém, ao direito canônico amalgamaram-se institutos jurídicos romanos, especialmente processuais, como é bastante comum nos sistemas ocidentais.

Até porque o Direito Romano é uma referência normativa ainda atual, que marcou a história do direito moderno, o que pode ser constatado pela análise dos fragmentos da Lei das XII Tábuas que, embora revelem um período primitivo da sociedade romana, buscavam regular tanto questões substantivas quanto processuais. O Processo Canônico confirma essa influência, pois conviveu informalmente com as normas do Estado Romano.<sup>582</sup>

A partir da liberação de culto feita por Constantino, no século IV, ocorreu ainda maior integração entre essas normas. Vários princípios de direito romano passaram a ser incorporados. Ao longo da história, os sistemas se entrelaçaram, com idas e vindas, na medida em que o pensamento cristão ganhava força ou se retraía.<sup>583</sup>

---

<sup>579</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>580</sup> Ibidem, p. 141-142.

<sup>581</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>582</sup> Ibidem, p. 142-143.

<sup>583</sup> Ibidem, p. 143.

A partir do século XI, o direito canônico começa a se estabilizar. O Decreto de Graciano, de meados do século XII, marcou, definitivamente, a codificação do direito canônico. É nesse ponto que se consagra a confusão ainda existente entre transação e conciliação.<sup>584</sup>

Assim, o instituto da mediação, juridicizado, enfaticamente, pelo direito canônico, passa a conviver, inclusive, semanticamente, com a *transactio* presente no direito romano clássico, ocasionando uma confusão conceitual que ainda permanece.

Referida confusão ainda faz com que o trabalho do mediador tenha sua importância significativamente diminuída, já que, em decorrência desse equívoco, teria a mesma utilidade da possibilidade de transação intra-processual, algo incompatível com as funções e até mesmo com a história do referido instituto.

Até porque, ainda sob a ótica jurídica canônica, a conciliação tinha um papel para além do simples “dispor das partes”, para que ela cumprisse seu propósito maior: a salvação das almas.

Era preciso que a solução conciliatória produzisse um sentido verdadeiramente pacificador de seus espíritos: “[...] cabia ao Estado/Igreja-Juiz diligenciar para esta finalidade maior, qual seja, que o conflito seja verdadeiramente extinto”. Na mistura dos dois sistemas, feita na compilação de direito canônico, realizada por Graciano, a conciliação se transmuda e ganha a forma e a essência da transação do direito romano. Apesar de incorporar elementos mais próximos da transação romana, foi mantido o sentido de jurisdicionalidade ao ato, de acordo com o livro I, Título XXXVI, do Decreto de Gregório, sob a denominação “*Transactionibus*”.<sup>585</sup>

Regulava-se a matéria como *Iudex potest et debet interponere pro transactione inter partes facienda*. Faz remissão a uma interferência jurisdicional, que ocasiona a confusão entre o que é uma transação e o que é uma verdadeira conciliação.<sup>586</sup>

---

<sup>584</sup> "Graciano examinou todos os documentos e coleções canônicas produzidas até então, para interpretá-las, classificá-las e agrupá-los, por assunto, e acrescentou pontos que considerava necessário, e dirimiu contradições, de modo a formar uma compilação única: “[...] um dos méritos atribuídos ao seu trabalho foi a separação feita entre o direito canônico e a teologia, e, para se distanciar dos elementos teológicos que compunham as normas provenientes da igreja, notabiliza-se em seu trabalho uma forte influência das fontes romanas do processo”. (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 143).

<sup>585</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 144.

<sup>586</sup> "O juiz pode e deve ser interpor para realizar a transação". (MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 145).

Na conciliação canônica atendia-se, primordialmente, aos objetivos "ultraterrenos" da Igreja. Tutelava-se um "bem maior". Já a transação romana visava tutelar os direitos individuais de cada um, o que denotava que era uma atividade essencialmente privatista.<sup>587</sup>

Assim, a mediação, em sentido processual, como é hoje conhecida, desenvolveu-se no direito canônico, influenciado diretamente pelo direito romano que, por sua vez, foi baseado na cultura grega, em especial, na filosofia aristotélica o que, porém, ocasionou uma confusão conceitual entre o negócio jurídico denominado *transactio* e o complexo processo de mediação dos conflitos.

Ocorre que, com a decadência do direito canônico, a partir da separação entre Igreja e Estado, o direito processual como um todo passou por modificações severas, inclusive, no que se refere aos métodos de resolução pacífica de conflitos.

No período anterior ao monopólio do Direito pelo Estado, aquele, era manifestação das leis de Deus, conhecido e "revelado" pelos sacerdotes. Assim, a atividade desenvolvida pelos pontífices não pode ser equiparada à função jurisdicional atual.<sup>588</sup>

A jurisdição verdadeira e autêntica surgiu a partir do momento em que o Estado assumiu uma posição de maior independência, desvinculando-se de valores estritamente religiosos, e passando a ser um poder de controle social.<sup>589</sup>

Evidente, nesse sentido, que a lógica conciliatória canônica se modificou no momento no qual o direito se desvencilha da Igreja. O conceito de "resolução pacífica de conflitos" continuou, todavia, a ser exercitado, em especial, a partir da expansão do comércio que, evidentemente, fez surgir toda uma nova série de conflitos internos e internacionais das mais variadas espécies.

#### 4.4 A mediação na Era moderna

No período canônico, inclusive, todavia, os meios pacíficos de solução de conflitos eram importantes para as questões comerciais.

Depois de 1000 d. C., a função de mediador tornou-se importante para a conclusão dos negócios e a circulação dos bens. O mediador, apesar de exercer uma função central, estava à

---

<sup>587</sup> MORAIS, Luiz Carlos de. Op. Cit., p. 145.

<sup>588</sup> SILVA, Ovídio Baptista Da. **Curso de processo civil**. v. 1: processo de conhecimento. Porto Alegre: Fabris, 1996, p. 15.

<sup>589</sup> Ibidem, p. 16.

margem da sociedade econômica e jurídica durante o medievo. Na Europa setentrional, nos séculos XVI, XVII e XVIII, os agentes comerciais e de transporte e os mediadores profissionais tornaram-se auxiliares indispensáveis do comércio.<sup>590</sup>

Já nos séculos XIII e XIV, o instituto foi adaptado às necessidades do mercado, adquirindo novos elementos, contudo, a partir da sistematização justiniana. Com o passar dos séculos, aperfeiçoaram-se as regras mercantis. Na Itália, a mediação surgiu, expressamente, no texto do Código Comercial de 1882 e, após, no Código Civil de 1942.<sup>591</sup>

Note-se que a mediação, antes voltada à obtenção da paz, da harmonia social e, no direito canônico, à salvação da alma, passa a voltar-se, inclusive, por meio de diplomas legais, à resolução de conflitos comerciais.

Assim como a *transactio* romana, seu objetivo era, exclusivamente, o de eliminar os conflitos e manter a circulação de mercadorias e rendas. Da mesma forma que o referido instituto, porém, a mediação, nesse sentido, era capaz de trazer alguma paz social e, portanto, a justiça, em seu sentido "político".

Tanto as colônias inglesas na América quanto, mais tarde, as comunidades religiosas, procuravam resolver disputas por meio de sistemas de arbitragem ou mediação. Durante os séculos XIX e XX esses procedimentos passaram a resolver disputas comerciais e trabalhistas. Em 1913, foi estabelecido o primeiro tribunal de conciliação, em Cleveland, EUA. A partir da década de 1960, o interesse nos procedimentos não judiciais cresceu, pois, as insatisfações com a jurisdição tradicional evidenciaram-se, referentes a despesas, atrasos, localização do tribunal, horários e tipos de serviço, participação insuficiente da parte no processo, sobrecarga dos tribunais e dos juízes, inexperiência no julgamento de certas questões.<sup>592</sup>

Além disso, identifica-se a existência de procedimentos e recursos que não abarcam todos os interesses ou pretensões das partes ou que sejam inflexíveis, a incapacidade dos tribunais em focar-se nas questões que dão origem às disputas, a característica adversarial do sistema, a exacerbação do antagonismo e a impossibilidade de evitar que informações confidenciais ou de publicidade adversa sejam publicadas.<sup>593</sup>

Percebeu-se, então, desde o início da segunda metade do Século XX, que a solução extrajudicial de conflitos poderia ser capaz de trazer mais paz e harmonia do que a jurisdição, com altos custos, financeiros, temporais e sociais, e com chances muito menores de produzir

---

<sup>590</sup> VILLATORE, Marco Antônio César. Op. Cit., p. 676-677.

<sup>591</sup> Ibidem, p. 677.

<sup>592</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 11-12.

<sup>593</sup> Ibidem, p. 12.

Justiça, especialmente, nos sentidos político, distributivo e, até mesmo, corretivo, pois centra-se em questões eminentemente patrimoniais, que na maior parte das vezes, são apenas "paralelas" às verdadeiras razões que motivam os impasses. Nos Estados Unidos, no Canadá e na Europa a mediação teve um impulso a partir da década de 1990, com inúmeros investimentos de acadêmicos, teóricos e profissionais. Na Austrália e na Nova Zelândia, desenvolveu-se a mediação com a vinculação a juízes e auditores.<sup>594</sup>

Note-se, portanto, que os modernos desenvolvimentos da mediação deram-se não com o intuito de obtenção de harmonia, paz ou espiritualidade, mas, sim, com intuito economicista, voltada a diminuir custos de transação e facilitar a contratação, a execução das obrigações e, via de consequência, a circulação da riqueza.

Destaca-se, também, nos referidos desenvolvimentos, a aversão ao autoritarismo jurisdicional, identificável em boa parte dos casos, bem como à insensibilidade dos julgadores e ao despreparo dos técnicos no que concerne a lidar com questões de grande importância extrapatrimonial.

Em decorrência desse encadeamento, embora a busca por métodos de solução pacífica de conflitos seja um fenômeno antigo, somente na metade do século XX é que sua utilização começou a ser tomada a sério, como objeto de estudos e pesquisas, voltados a uma análise científica do evento e meios para seus aprimoramento e expansão.<sup>595-596</sup>

Assim, apesar de ser um instituto que faz parte da história da humanidade, somente no Século XX é que se procurou estudar e desenvolver conceitos "científicos" acerca da mediação, como um dos "meios alternativos de resolução de conflitos".

Trata-se, assim, de um estudo extremamente novo sobre algo antigo, o que invoca a necessidade de pesquisas a ele relacionadas.

Nesse sentido, os desenvolvimentos do instituto, no Brasil, não seguiram uma ordem tão diferente, em especial no que tange às influências canônica e romana, porém, com algumas especificidades, tratadas no tópico a seguir.

---

<sup>594</sup> Ibidem, p. 13.

<sup>595</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997, p. 174.

<sup>596</sup> A nomenclatura *Alternative Dispute Resolution* (ADR) foi estabelecida por volta da década de 1980, nos Estados Unidos. (BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, n. 1, p. 211-226, 2011, p. 216).

#### 4.5 A mediação no Brasil

No Brasil, além das possíveis técnicas de resolução de conflito que, possivelmente, existiram entre as comunidades indígenas, o instituto processual da mediação existe, se aplica e se desenvolve desde o período colonial.

As Ordenações do Reino indicavam a conciliação como forma essencial do processo, no O Livro III, Título XX, §1º.<sup>597</sup>

A Constituição Imperial de 1824 fazia referências aos juízes árbitros e, em seus artigos 160, 161 e 162.<sup>598-599-600</sup>

O Regulamento n. 737, de 1850, a determinava, no art. 23.<sup>601</sup>

O Código Comercial, de 1850, nos artigos 139 e 294 tipificava a arbitragem,<sup>602</sup> prevendo que todas as demandas entre comerciantes, antes de serem distribuídas, deveriam passar por câmaras de conciliação, realizadas *intra muros*, de modo a não macular a pessoa do comerciante.<sup>603</sup>

---

<sup>597</sup> “E no começo da demanda dirá o juiz a ambas as partes, que antes que façam despesas, e sigam entre elas ódios e dissensões, devem concordar, e não gastar suas fazendas por seguirem suas vontades, porque o vencimento da causa sempre é duvidoso. E isto, que dizemos, de reduzirem as partes à concórdia, não é de necessidade, mas somente a honestidade nos casos, em que o bem puderem fazer”. (NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A conciliação no processo de dissídio coletivo. In: FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. (Org.). **Curso de direito do coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa**. São Paulo: LTr, 1997, p. 375).

<sup>598</sup> “Nas cíveis, e nas penais civilmente intentadas, poderão as partes nomear Juízes árbitros. Suas sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas partes. [...] Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum” (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 15).

<sup>599</sup> Em seu art. 161 dispunha que “[...] sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não de começará processo algum”. O art. 162 estabelecia que, “[...] para esse fim haverá juiz de paz”. (WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: SALETTI, Achille. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrini Grinover**. São Paulo: DPJ Ed., 2005, p. 685).

<sup>600</sup> “Sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará novo processo algum”. (NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. Cit., p. 375).

<sup>601</sup> “Nenhuma causa comercial será proposta em juízo contencioso, sem que previamente se tenha tentado o meio de conciliação, ou por ato judicial, ou por comparecimento voluntário das partes”. (NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. Cit., p. 375).

<sup>602</sup> “As questões de fato sobre a existência de fraude, dolo, simulação, ou omissão culpável na formação dos contratos, ou na sua execução, serão determinadas por arbitradores. [...] Todas as questões sociais que se suscitarem entre sócios durante a existência da sociedade ou companhia, sua liquidação ou partilha, serão decididas em juízo arbitral” (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 15).

<sup>603</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 18.

A Consolidação das Leis do Processo Civil, do Conselheiro Ribas, a reafirmava, no art. 185.<sup>604</sup>

Os métodos de resolução pacífica e extrajudicial de conflitos, baseados, certamente, no direito romano, prezavam a *transactio*, mais do que a solução do impasse entre as pessoas, ou mesmo a conciliação em si e, no mesmo sentido do direito romano, apesar de não buscar, efetivamente a justiça, eram capazes de trazer, mesmo que de forma discreta, algo como uma "justiça política" em sentido aristotélico, já que permitiam a continuidade das relações comerciais e sociais.

Ocorre que, assim como ocorreu no direito canônico, o autoritarismo jurisdicional, a partir da ilusão de "correção" e "totalidade" do direito do Estado, colocou a resolução extrajudicial de conflitos em crise no território nacional, justamente por acreditar que esses métodos, apesar de mais antigos, eram "inferiores" ao direito processual, caracterizado pela lide enquanto relação "triangular", entre as partes e o julgador, no topo.

Nesse sentido é que a orientação conciliatória nacional foi rompida na processualística civil brasileira pelo Decreto n. 359, 1890, que considerou que a obrigatoriedade da conciliação não se harmonizava com a liberdade que demandavam os direitos e interesses individuais.<sup>605</sup>

Argumentava-se que a história atestava a inutilidade da tentativa de conciliação e que as despesas, dificuldades e protelações que acarretava haviam determinado sua eliminação em diversos ordenamentos jurídicos estrangeiros. A mesma orientação foi consagrada pelo Decreto n. 763, de 1890.<sup>606</sup>

Sustentava-se, na ocasião, que não deveria haver aconselhamento obrigatório das partes à conciliação, previamente ao processo, pois a qualquer momento, poderiam celebrar acordo, independentemente da interferência do juiz, insistindo-se no argumento de que a tentativa de conciliação era um "[...] instrumento de procrastinação dos feitos, por não ser considerada com seriedade, na maioria dos casos".<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> “Em regra nenhum processo pode começar sem que se faça constar que se tem intentado o meio de conciliação perante o Juiz de Paz”. (NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. Cit., p. 376).

<sup>605</sup> “É abolida a conciliação como formalidade preliminar ou essencial para serem intentadas ou prosseguirem as ações civis e comerciais, salvo às partes que estiverem na livre administração de seus bens, e aos seus procuradores legalmente autorizados a faculdade de porem termo à causa, em qualquer estado e instância, por desistência, confissão ou transação, nos casos em que for admissível e mediante escritura pública, termo nos autos, ou compromisso que sujeite os pontos controvertidos juízo arbitral”. (NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. Cit., p. 375).

<sup>606</sup> NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. Op. Cit., p. 375.

<sup>607</sup> Idem.

Denota-se, aqui, o raciocínio "inverso" acerca dos meios de resolução pacífica de conflitos, pois se acreditava que a oportunidade pré-processual de solução do impasse era "procrastinatória", ao contrário do que se provou na atualidade: que esses métodos são capazes de reduzir significativamente o número de demandas em andamento, bem como de encerrar permanentemente a demanda, ao contrário da sentença que, em boa parte dos casos, representa uma "injustiça" em sentido aristotélico.

Essa "inferiorização" dos mecanismos de resolução pacífica dos conflitos em relação ao processo civil permaneceu por décadas.

O Código de Processo Civil anterior possibilitava a conciliação, porém, não com o intuito de pacificação social ou harmonização, mas, sim, em encerramento "prematureo" do conflito, visando à economia processual, a exemplo, novamente, da lógica da *transactio* romana.

Da mesma forma, apesar de não ter como objetivo um verdadeiro "pacto de paz", a transação era, sim, capaz de trazer alguma "justiça política", ao possibilitar a continuidade das relações entre os homens.

A Constituição de 1988, todavia, estabeleceu, no artigo 98, a criação dos Juizados Especiais (em substituição aos "Juizados de Pequenas Causas"), assim como, da justiça de paz.<sup>608-609</sup>

Especificamente a mediação, no Brasil, foi enfatizada somente na década de 1990 do século XX, como forma de resolver os litígios trabalhistas.<sup>610</sup>

A Portaria MTB 818, de 30 de agosto de 1995 do Ministério do Trabalho, procurou solucionar as demandas não atendidas pela Justiça Trabalhista, pioneira na busca por alternativas extrajudiciais de resolução de conflitos.<sup>611</sup>

A lógica da *transactio*, aqui, passou a ser relativizada, já que a mediação trabalhista deveria ir muito além de questões meramente patrimoniais, relacionando-se a questões de saúde, moral, bem-estar, dentre várias outras.

---

<sup>608</sup> "Os juizados especiais, provindos de juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação e a justiça de paz, composta por cidadãos eleitos pelo voto direto, universal e secreto, para além de outras funções, exercer, atribuições conciliatórias" (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 15).

<sup>609</sup> A Constituição atual determina, no inciso II do art. 98 que, na forma lei, o juiz de paz poderá exercer "[...] atribuições conciliatórias, sem caráter jurisdicional, além de outras previstas na legislação". Não há, porém, justiça de paz organizada no Brasil. (WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 685).

<sup>610</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 14.

<sup>611</sup> Ibidem, p. 15.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, dispõe sobre a arbitragem, e constituiu um grande avanço institucional, especialmente por ter desvinculado a Arbitragem do Poder Judiciário.<sup>612</sup>

Assim, a evolução dos meios alternativos de resolução de conflitos foi capaz até mesmo de destacá-los do processo judicial, para que pudessem ser praticados diretamente pelos particulares, independentemente da tutela jurisdicional, o que representa um regresso a uma verdadeira “justiça particular” em sentido aristotélico.

Em 1997 foi criado o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA). Proliferaram os cursos de capacitação para mediadores, árbitros e as Câmaras, Institutos e Centros de Mediação e Arbitragem por todo país.<sup>613-614</sup>

A Lei nº 10.101, de 2000, dispôs sobre a participação dos trabalhadores nos lucros e resultados da empresa e, em seu artigo 4º, determina que as partes poderão se utilizar da mediação e da arbitragem para solucionar conflitos.<sup>615</sup>

A Lei nº 10.192, de 2001, ditou medidas complementares ao Plano Real e, no artigo 11, também prevê a figura do mediador para a resolução de controvérsias relativas a salários.<sup>616</sup>

---

<sup>612</sup> Ibidem, p. 16.

<sup>613</sup> "O Decreto Estadual SP nº 42.209, de 15 de setembro de 1997, instituiu o Programa Estadual de Direitos Humanos III (Direitos Cíveis e Políticos), estabelecendo nos tópicos 1.11 e 1.12: “Promover cursos de capacitação na defesa dos direitos humanos e cidadania, endereçados a lideranças populares”. “Estimular a criação de núcleos municipais de defesa da cidadania, incluindo a prestação de serviços gratuitos de assistência jurídica, mediação de conflitos coletivos e requisição de documentos básicos para a população carente, com a participação de advogados, professores e estudantes, em integração com órgãos públicos”. (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 16).

<sup>614</sup> O Brasil adotou a mediação a partir do final dos anos noventa, “[...] com ênfase no acordo, com grande divulgação em face da repercussão de suas atividades na resolução de conflitos”. (EGGER, Ildemar. A mediação como instrumento da fraternidade. **Unisul de fato e de direito**, ano 3, n. 7, p. 157-183, jul.-dez., 2013, p. 162).

<sup>615</sup> "Art. 4º Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio: I - mediação; II - arbitragem de ofertas finais. § 1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes. § 2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes. § 3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes. § 4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial”. (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 16).

<sup>616</sup> "Art. 11. Frustrada a negociação entre as partes, promovida diretamente ou através de mediador, poderá ser ajuizada a ação de dissídio coletivo. §1º O mediador será designado de comum acordo pelas partes ou, a pedido destas, pelo Ministério do Trabalho e Emprego, na forma da regulamentação de que trata o §5º deste artigo. §2º A parte que se considerar sem as condições adequadas para, em situação de equilíbrio, participar da negociação direta, poderá, desde logo, solicitar ao Ministério do Trabalho e Emprego a designação de mediador, que convocará a outra parte. §3º O mediador designado terá prazo de até trinta dias para a conclusão do processo de negociação, salvo acordo

O Decreto nº 4.685, de 2003 criou a Secretaria da Reforma do Judiciário. No Estado de São Paulo vieram os provimentos: 843/2004, que criou o Setor de Conciliação em Segundo Grau de Jurisdição do Tribunal de Justiça; 864/2004, que criou o Setor Experimental de Conciliação de Família no Foro Regional Santo Amaro; 893/2004, que autorizou a criação e instalação do Setor de Conciliação ou de Mediação nas Comarcas e Foros do Estado.<sup>617</sup>

Nota-se, assim, que a mediação se expandiu, vindo a ser utilizada, também, nos conflitos familiares e negociais.<sup>618</sup>

Assim, esses procedimentos ultrapassaram a mera exigência de "justiça política", portanto, passando a ser mecanismos voltados à obtenção de "justiça corretiva", "justiça distributiva" e, até mesmo, em um sentido atualizado, "justiça doméstica", tendo em vista sua aplicabilidade aos conflitos familiares.

Quanto ao atual Código de Processo Civil, o vocábulo "mediação" ocorre vinte e duas (22) vezes ao longo do texto, o que revela gigantesca mudança, pois, nos Códigos anteriores, aquela sequer foi mencionada.<sup>619</sup>

Isso revela uma nova disciplina processual dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, que reflete o destaque que, modernamente, adquiriram. O vocábulo se encontra em diversas partes do texto, o que revela a percepção de que a mediação tem o potencial para lidar com as controvérsias, não apenas no começo da abordagem do conflito, mas, também, em qualquer momento. No novo CPC, o consenso é sempre possível. Ainda que inicialmente escolhida a via contenciosa, as partes podem, com base em sua autonomia, buscar saídas conjuntas.<sup>620</sup>

Diferentemente dos diplomas anteriores, o atual Código de Processo Civil utiliza, expressamente, o vocábulo "mediação". O atual Código de Processo Civil, de 2015 é, nesse ponto, revolucionário, pois, além de possibilitar a conciliação a qualquer tempo, determinou a

---

expresso com as partes interessadas. §4º Não alcançado o entendimento entre as partes, ou recusando-se qualquer delas à mediação, lavrar-se-á ata contendo as causas motivadoras do conflito e as reivindicações de natureza econômica, documento que instruirá a representação para o ajuizamento do dissídio coletivo [...]". (MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 16).

<sup>617</sup> MIRANDA, Maria Bernadete. Op. Cit., p. 17.

<sup>618</sup> Ibidem, p. 14.

<sup>619</sup> TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 752.

<sup>620</sup> TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 752.

existência e a atuação substancial de um mediador, que deverá se preocupar com a resolução pacífica das contendas.

Ocorre que o obstáculo enfrentado pela terceira “onda” de acesso à Justiça é o fato de que a solução tradicional dos conflitos não é a melhor via para reivindicar direitos. Por isso é que se deve buscar alternativas ao Judiciário e aos procedimentos usuais, renovando-se o apelo à justiça de conciliação, à mediação, à conciliação propriamente dita e ao Juízo arbitral, como formas não contenciosas.<sup>621</sup>

Note-se, porém, a preocupação com os mecanismos de resolução pacífica de conflitos, no Brasil, ao menos de maneira séria, é historicamente recente, assim como seus estudos jurídico-científicos, o que torna imperioso o estudo dos conceitos relacionados ao instituto. Nesse sentido, faz-se necessário tratar dos principais conceitos relacionados à mediação, de modo a, especialmente, diferenciá-la de outros institutos, bem como de outros meios e métodos de resolução pacífica de conflitos.

#### **4.5.1 A "conciliação"**

Apesar das evidentes semelhanças entre a conciliação e a mediação, de acordo com o que se observou acima, são, sim institutos diversos, conceitual, procedimental e estruturalmente.

Em decorrência de serem muito próximos, é possível, todavia, identificar várias opiniões de diversos teóricos, que tratam mais de relacionar os dois do que, verdadeiramente, diferenciá-los.

De começo, há quem pense que seria possível estabelecer uma relação de “gênero e espécie” entre conciliação e mediação, de modo que a mediação seria uma “espécie” pertencente ao "gênero" conciliação.

Isso porque seria até mesmo possível interpretar o termo "conciliação" como uma opção semântica que designa a natureza do procedimento, a partir do nome do resultado pretendido. No mesmo sentido, denominar “conciliação” o modelo de mediação focado no acordo é uma tradição do direito, que restou agregada ao sistema oficial de administração da

---

<sup>621</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem: a solução**. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 4.

justiça, com procedimentos específicos, que o fazem distinto de outros modelos de mediação.<sup>622</sup>

Assim, por essa definição, a mediação seria uma espécie do gênero “conciliação”, tanto sintaticamente quanto por tradição.

Ocorre que a mediação não pode ser enxergada somente como um “formato de conciliação”, até porque tem objetivos bem mais profundos, inclusive, porque não busca apenas a “justiça política”, mas, também, a “justiça corretiva”.

No mesmo sentido, os procedimentos relacionados a uma e outra têm, entre si, diferenças inescapáveis.

Haveria, também, a possibilidade de estabelecer diferenças semânticas que resultariam em uma relação de “meio e fim” entre mediação e conciliação, de forma que a mediação seria um procedimento voltado à obtenção de uma conciliação.

A palavra “conciliação” tem sua origem etimológica no vocábulo *conciliatio* (harmonizar), que representa a composição amigável das partes interessadas, sem que tenham feito concessões sobre o direito pretendido ou alegado ou sobre a obrigação exigida. Já o vocábulo “mediação”, derivada do latim *mediatio* (intervenção), que simboliza a aproximação das partes interessadas por meio de um intermediário (mediador), com a finalidade que obtenham, por si próprias, a composição do conflito, inclusive, por meio da conciliação, de modo que a mediação pode ter como resultado final a auto composição, por intermédio da conciliação ou uma transação.<sup>623</sup>

Isso porque na mediação, não há ganhador ou perdedor, ou procedência ou improcedência, mas, sim, duas partes que entrarão em consenso e decidirão a lide de acordo com sua vontade.<sup>624</sup>

Assim, de acordo com esse conceito, a mediação seria o “meio” para atingir a “conciliação”, que seria a sua finalidade.

Isso porque, toda mediação é, mediata ou imediatamente, voltada a criar condições para o entendimento entre as partes, visando à conciliação. Nessa perspectiva finalística, qualquer mediação pode, também, ser nomeada de conciliação.<sup>625</sup>

---

<sup>622</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 80.

<sup>623</sup> WARAT, Luiz Alberto. Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. **Scientia Iuris**, n.4, p. 3-18, 2000, p. 3.

<sup>624</sup> *Ibidem*, p. 89.

<sup>625</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Op. Cit.*, p. 80.

Essa perspectiva é útil ao menos para encerrar a confusão teórico-conceitual entre *transactio*, conciliação e mediação, ao determinar que a transação, que é, de fato, um ato jurídico isolado, nada mais é do que o resultado de um procedimento voltado a resolver um conflito.

Ocorre que há diferenças estruturais e procedimentais entre “conciliação” e “mediação” que não permitem esse tratamento conceitual.

Apesar de os dois serem meios extrajudiciais de resolução de conflitos, e utilizarem terceiros imparciais, na conciliação, o terceiro conduz o processo na direção do acordo, opina e oferece soluções, e o terceiro (conciliador) tem a possibilidade de usar seus conhecimentos profissionais ao opinar.<sup>626</sup>

Na mediação, o terceiro (mediador) não opina e não decide, e está proibido de utilizar de seus conhecimentos para influenciar na decisão das partes. Além disso, a mediação visa à melhora das relações, não somente ao acordo. É um processo voluntário e confidencial, cuja construção e autoria pertencem às partes e auxilia nas resoluções dos conflitos em sentido amplo.<sup>627</sup>

“Mediação” é um conceito diferente do de “conciliação”, de forma que não há nem uma relação de gênero e espécie, nem de meio e fim entre ambas; há sim, diferenças conceituais e aplicações em contextos diversos.

A conciliação no contexto de uma demanda jurisdicional, diferentemente da mediação, tem por objetivo a eliminação do conflito, não o seu tratamento. Volta-se à obtenção de uma "justiça política", possibilitando a continuidade das relações interpessoais. Não se relaciona à "justiça corretiva" ou à "justiça distributiva".

Infere-se, então, que se trata de um conceito autônomo, um instituto individualizável, com fórmulas e objetivos próprios, diversos daqueles buscados pelos demais métodos de resolução de conflitos.

---

<sup>626</sup> GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar**: o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000, p. 34-35.

<sup>627</sup> Ibidem, p. 35.

#### 4.5.2 A "mediação"<sup>628</sup>

A mediação não se confunde, conceitual, procedimental ou estruturalmente, com a conciliação, menos ainda com a transação. Isso porque trata-se de um instituto diverso, com características, conceitos e objetivos próprios.

Em um conceito amplo, a mediação é a interferência, em uma negociação ou conflito, de um terceiro "aceitável", que terá poder de decisão limitado e não autoritário, que ajudará as partes envolvidas a chegarem, voluntariamente, a um acordo mutuamente aceitável em relação às questões em disputa.<sup>629</sup>

Assim como ocorreu na segunda metade do Século XX, a mediação cresce diametralmente.

Esse crescimento atual da mediação deve-se, em parte, ao reconhecimento amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações democráticas, à crença de que o indivíduo tem o direito de participar e ter o controle das decisões que afetam sua própria vida, ao apoio ético aos acordos particulares e às tendências de maior tolerância à diversidade.<sup>630</sup>

A mediação representa, então, uma “revolução copernicana” no que concerne à forma de se resolver um conflito. Seus desenvolvimentos demonstram o desejo coletivo de independência em relação à opressão estatal, especialmente a jurisdicional, bem como o auto-reconhecimento dos seres humanos, em especial acerca de seus direitos fundamentais, notadamente, a liberdade.

É, também, nesse sentido, que a mediação se mostra como uma forma de se atingir, por meio da “justiça particular”, a “justiça corretiva” e a “justiça distributiva”.

“Mediação”, diante disso, é um conceito mais específico do que a “conciliação”, até porque tem objetivos próprios, que incluem o atingimento da dignidade e dos direitos humanos.

---

<sup>628</sup> "Há que se referir, também, a um sentido de mediação concernente às técnicas alternativas de resolução de conflitos, sendo necessário distinguir uma significação *lato sensu*, onde se fala de mediação como uma expressão sinônima de todas as técnicas de resolução, e outra, *stricto sensu*, que faz referência a uma técnica específica de resolução de conflitos, ou seja, a mediação propriamente dita". (EGGER, Ildemar. A mediação como instrumento da fraternidade. **Unisul de fato e de direito**, ano 3, n. 7, p. 157-183, Jul.-Dez., 2013, p. 165).

<sup>629</sup> MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 28.

<sup>630</sup> *Ibidem*, p. 34.

É um processo que busca a satisfação dos interesses de uma pessoa, quando estes interesses estão em desacordo com os interesses alheios. Identificar esses interesses na sua gênese, sem comparação com valores pré-estabelecidos. Na mediação, a negociação é assistida por uma terceira pessoa, encarregada de facilitar os passos do processo. Como estão em pauta todos os fatos que determinam o comportamento humano, cabe ao terceiro (mediador) a consideração e a administração desses fatores, de forma a conduzir as pessoas em disputa a uma resolução que atenda às necessidades de ambos os litigantes.<sup>631</sup>

O papel do mediador é auxiliar na comunicação por meio da neutralização de emoções, formação de opções e negociação de acordos. Enquanto agente fora do contexto conflituoso, funciona como “catalisador de disputas”, conduzindo as partes à solução, sem, propriamente, interferir em sua substância.<sup>632</sup>

Tendo em vista que parte das próprias partes, sem interferência ou pressão externas, a mediação é um instituto mais apto a proporcionar, inclusive, equidade, no sentido aristotélico, de justiça concreta, do que a conciliação.

Diante disso, demonstra-se que, para além do conceito de “conciliação”, que pode representar, também, o resultado de um processo de resolução de conflitos, a mediação tem um procedimento específico e objetivos próprios.

Nesse mesmo sentido, a mediação tem funções próprias, diferentes dos demais métodos de resolução pacífica de conflitos, de conformidade com o que será estudado no tópico a seguir.

#### **4.6 Conceitos relacionados à mediação: os “métodos alternativos de resolução de conflitos”**

De acordo com o que foi observado acima, a resolução de conflitos por meio de técnicas alternativas ao processo existe, possivelmente, desde a antiguidade. Seu estudo e catalogação “científica”, porém, somente se iniciaram, de maneira séria, a partir da segunda metade do Século XX.

Os desenvolvimentos em relação a esses métodos, foram capazes, inclusive, ao menos de amenizar a confusão de conceitos de *transactio*, conciliação e mediação, presente desde o Direito Canônico.

---

<sup>631</sup> SERPA, Maria de Nazareth. Op. Cit., p. 21.

<sup>632</sup> Ibidem, p. 105.

No mesmo sentido, foram capazes de criar e desenvolver objetivos específicos à mediação, todos, de alguma forma, relacionáveis à Teoria da Justiça a partir da filosofia aristotélica.

Evidente, desse modo, que o gênero "métodos alternativos de resolução de conflitos" divide-se em várias espécies e subespécies, que carregam idiosincrasias relacionadas aos seus objetivos, ao local e ao contexto de seu exercício, bem como ao período no qual se desenvolveram.

Ocorre que um aprofundamento nas divisões e subdivisões do conceito escaparia dos objetivos do presente trabalho, que visa determinar a adequação do instituto da mediação ao conceito aristotélico de Justiça.

Assim, serão estudados somente os conceitos basilares relacionados ao tema, de modo a possibilitar um "isolamento" conceitual da mediação, permitindo seu estudo individualizado.

Nesse sentido, constata-se que há três principais meios extrajudiciais de resolução de conflitos: arbitragem, que é uma forma de composição similar à judicial, na qual o árbitro exercerá sua atividade como verdadeiro julgador privado; conciliação, na qual as partes acordam voluntariamente, sem a necessidade de um terceiro; e mediação, na qual as partes que chegam a um acordo designam um terceiro para tentar aproximá-las para que cheguem a um resultado satisfatório.<sup>633</sup>

Apesar de todas serem formas alternativas de resolução de conflitos, há diferenças conceituais e estruturais entre as três.

Diante disso, faz-se necessário diferenciar a estrutura tripartite dos procedimentos tradicionais de resolução de conflitos, para assumir uma postura díade, na qual a resposta à disputa seja construída pelos próprios envolvidos, deixando de lado a "lógica triangular" da jurisdição tradicional.<sup>634</sup>

Nesse sentido, a arbitragem tem um conteúdo impositivo evidente, pois, apesar de as partes aceitarem, contratualmente, a sua existência, a ainda pressupõe uma decisão de parte de um terceiro.

Desse modo, não é possível confundir a arbitragem com as demais formas de resolução pacífica e alternativas de conflitos, caracterizadas pela "bilateralidade" e, não, pela

---

<sup>633</sup> VILLATORE, Marco Antônio César; KOLLER, Carlos Eduardo. Op. Cit., p. 58.

<sup>634</sup> POZZATI JÚNIOR, Ademar; OLIVEIRA, Veridiana Kendra Minghini Rodrigues de. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 10, p. 676-701, 2015, p. 689.

“triangulação”, bem como o fato de que visam a uma decisão conjunta entre as partes, e não imposta.

Mesmo assim, há, ainda, uma confusão conceitual extremamente comum, derivada do direito romano-canônico e corroborada pelos próprios diplomas legais, que ocorre entre os conceitos de “conciliação” e a “mediação”.

#### **4.7 Funções da mediação**

De conformidade com o que foi estudado, a mediação tem demonstrado ser um método válido e eficiente para solucionar conflitos, sem que haja necessidade de uma sentença judicial, afirmação que se demonstra, inclusive, pela ocorrência do instituto no atual Código de Processo Civil.

Mais do que isso, é um instituto antigo, que vem se desenvolvendo naturalmente nas sociedades humanas desde tempos imemoriais, o que, isoladamente, já seria capaz de demonstrar sua relevância.

Não bastasse, restou demonstrado que a mediação é um instituto capaz de trazer paz, harmonia e justiça de maneira muito mais eficiente do que a própria tutela jurisdicional, além de outros benefícios extrapatrimoniais.

Ocorre que, durante um longo período, os métodos informais de solução de conflitos foram considerados comuns às sociedades primitivas e tribais, enquanto o processo jurisdicional representou uma insuperável conquista da civilização.<sup>635</sup>

Demonstrou-se, porém, a ineficiência do modelo, em especial no que concerne à sua pretensão de Justiça e de correção, bem como que a mediação de conflitos é uma alternativa mais palatável, pacífica e eficaz de atingimento da paz social.

Até porque o Judiciário, com uma estrutura desgastada, não consegue atender à demanda popular, nem quantitativa nem qualitativamente. Em decorrência disso, surgiram outros instrumentos de resolução de conflitos, à margem da estrutura estatal, inclusive, a mediação. O mecanismo da mediação, a partir da “ressignificação dos interesses contrapostos”, promove a participação social na administração da justiça e faz surgir o apaziguamento social. Em decorrência disso, o Judiciário buscou reagir à sua própria crise, tentando combater a morosidade, contudo, voltado a privilegiar, quase que exclusivamente, a

---

<sup>635</sup> WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 684.

liquidez e a segurança jurídica dos interesses econômicos, o que não garante o verdadeiro acesso à Justiça, pois uma justiça célere não implica, necessariamente, em uma justiça mais cidadã.<sup>636</sup>

E nesse sentido, a mediação (res) surgiu: como uma alternativa aos diversos problemas identificáveis em relação à estrutura jurisdicional.

Esses problemas são das mais variadas espécies. A mediação, todavia, volta-se a resolver alguns dos mais graves dentre eles.

No presente trabalho, porém, serão tratados, especificamente, três desses objetivos, aqueles que se relacionam de forma mais próxima à teoria da Justiça em Aristóteles, quais sejam: o autoritarismo judicial, os custos financeiros, econômicos e temporais do processo; e a ausência de democracia no contexto da jurisdição.

#### ***4.7.1 Um meio de fuga do autoritarismo jurisdicional***

O aprimoramento e o crescimento do instituto da mediação têm sua razão de ser, em especial, em decorrência do descrédito nas soluções jurisdicionais dos conflitos.

Problemas como o descontentamento difuso da maioria da população, a morosidade na solução de litígios, o alto custo operacional e a dificuldade do acesso à justiça somam-se aos aspectos materiais do fenômeno jurídico. Esse “caldo cultural”, inerente à tradição jurídica brasileira, é potencializado pela expansão desmedida dos cursos jurídicos no Brasil a partir da década de 60, que formatam milhares de operadores jurídicos que irão ocupar, posteriormente, os postos da magistratura.<sup>637</sup>

Uma das principais razões para tanto é o fato de que o provimento jurisdicional é incapaz, em boa parte das ocasiões, de resolver o conflito, em decorrência de se preocupar, quase que exclusivamente, com questões patrimoniais e, não, com as verdadeiras razões que se ocultam por detrás da demanda.

Assim, há uma crescente insatisfação com os processos decisórios autoritários, com a imposição dos acordos desajustados dos interesses das partes e os custos cada vez maiores dos processos adversariais.<sup>638</sup>

---

<sup>636</sup> BEZERRA, Tássio. Op. Cit., p. 212.

<sup>637</sup> CAPELLARI, Eduardo. Op. Cit., p. 147.

<sup>638</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 34.

Diante disso, a resolução judicial dos conflitos cada vez mais perde espaço para as soluções não conflituosas. Nesse sentido, o fracasso (ao menos parcial) da lógica decisional foi admitido pelo Legislador no atual Código de Processo Civil, que institucionaliza, expressamente, a mediação.

Isso porque, a decisão judicial, dotada de "autoridade", apesar de colocar um fim à lide, mantém o conflito e, até mesmo, o piora, pois, na maioria dos casos, não satisfaz nenhuma das partes, até porque trabalha de forma binária, a partir da ótica de vencedores e perdedores.<sup>639</sup>

Mais do que isso, a atuação jurisdicional já demonstrou, há séculos, que não é a “panaceia”, o remédio milagroso e santificado para todos os problemas sociais, até porque nem todas as contendas se traduzem em problemas patrimoniais.

No mesmo sentido, apesar das opiniões de juristas, legisladores e profissionais forenses, a tutela jurisdicional nada tem de "superior" em relação aos métodos pacíficos de resolução de conflitos; ao contrário, estes demonstram uma capacidade maior de concretização da justiça, especialmente, em sentido aristotélico.

Outro fator que reduz o entusiasmo dos juízes pela conciliação é o fato de que seu "merecimento" será aferido pelos magistrados de segundo grau que cuidam de suas promoções, por meio de suas sentenças, não sendo usualmente consideradas nessas avaliações as atividades conciliatórias, a condução diligente e correta dos processos, a dedicação à organização da comarca e a participação em trabalhos comunitários. O escopo social máximo e legitimador da atividade jurisdicional é a pacificação das pessoas e grupos, mediante a eliminação dos conflitos que os envolvam.<sup>640</sup>

Uma das causas para o pouco êxito das atividades conciliatórias é a atribuição do trabalho de mediação ao magistrado que irá julgar a causa, pois ele tem uma restrição natural, decorrente da função de julgador da causa, que o limita, pelo risco de prejulgamento, à formulação de ponderações e propostas de acordo para os litigantes.<sup>641</sup>

O grande obstáculo à utilização mais intensa da conciliação e da mediação é a formação acadêmica dos operadores do Direito, voltada à solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Enfatiza-se a solução judicial dos conflitos, nos quais é proferida uma sentença, que é a solução imperativa dada pelo representante do Estado. Privilegia a solução “preto ou branco”, sem espaço para a adequação da solução pelo concurso da vontade

---

<sup>639</sup> BEZERRA, Tássio. Op. Cit., p. 219.

<sup>640</sup> WATANABE, Kazuo. Op. Cit., p. 686.

<sup>641</sup> Ibidem, p. 688.

das partes, especificamente para cada caso. Esse é o modelo de profissional do direito, exigido pelo mercado para as carreiras profissionais como advocacia, magistratura, ministério público e procuradorias públicas.<sup>642</sup>

A linguagem judiciária demonstra-se inacessível à população em geral, que passa a depender dos juristas (“iniciados”) para torná-la palatável. Na mediação, porém, existe a possibilidade de os mediandos, dentro de sua própria linguagem, alcançarem uma solução mais adequada do que aquela que seria imposta pelos mecanismos jurisdicionais de resolução de conflitos.

Não bastasse, a injustificada inferiorização dos métodos de resolução pacífica dos conflitos em relação ao processo judicial encontra defensores em boa parte da doutrina e da jurisprudência.

No mesmo sentido, encontra-se cristalizada nos currículos da esmagadora maioria das Faculdades de Direito nacionais, que preparam o bacharel para o conflito forense e, não, para a pacificação social.

A resolução de problemas e a definição de relacionamentos ocorrem no contexto da discussão de questões e interesses, que podem ser de natureza essencial, processual ou psicológica.<sup>643</sup>

Até porque a mediação retorna à antiga sabedoria da hermenêutica, pois estabelece comunicação entre mundos e linguagens diversas, representa contextos, interpreta textos e os traduz. A democracia e a jurisdição são colocadas em discussão, pois é necessária uma reconsideração da relação entre justiça e sociedade. Retorna-se ao ponto de partida, com a relativização do juiz e da justiça.<sup>644</sup>

O acordo celebrado entre os litigantes deve ser o mais realista possível, para conseguir satisfazê-los ao máximo, prevenindo complicações futuras, bem como possibilitando maior durabilidade.<sup>645</sup>

Por intermédio da mediação, a solução a ser acordada pode ser “acordada” de forma que satisfaça de maneira muito mais eficaz as disputas jurisdicionais, ultrapassando a lógica “adversarial” do processo judicial.

Assim, há possibilidades muito maiores de se alcançar não apenas a “justiça política”, mas, sim, as justiças “corretiva” e “distributiva”, em sentido aristotélico.

---

<sup>642</sup> Ibidem, p. 684.

<sup>643</sup> Ibidem, p. 53.

<sup>644</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 55.

<sup>645</sup> Ibidem, p. 53.

Além disso, a lógica dos conflitos judiciais é reducionista, de desconstrução do “outro”, em sua alteridade, de modo que a grande dificuldade está no conhecimento do “outro”. Isso porque tenta-se conhecer as partes a partir de um lugar "comum", de um "suposto saber que detemos". Esse conhecimento do “outro” deve partir dos lugares específicos, de professor, psicólogo, juiz, etc., situando-o no saber e nas práticas cotidianas. Um dos grandes problemas da magistratura nacional é justamente o dever de decidir sobre conflitos alheios, sem, contudo, sentir o “outro” do conflito.<sup>646</sup>

Esse modelo, entranhado na sociedade contemporânea, avalia problemas em uma visão focada tão apenas na norma jurídica. Nesse contexto, o “outro” passa a não existir, pois o julgador o avalia a partir de si mesmo e de seus próprios valores, uma conduta que traz um problema, qual seja, as decisões “neutras”, nas quais toda a responsabilidade é projetada para a norma. Esse modelo de resolução de conflitos desumaniza a própria justiça, colocando a jurisdição em crise.<sup>647</sup>

Demonstra-se, assim, que a decisão jurisdicional, pouco importando se seu objetivo é atingir a "justiça legal" no sentido dado por Aristóteles, acaba por ser excludente, incoerente, autoritária, distante das verdadeiras demandas das pessoas e, conseqüentemente, da paz social que, pretensamente, é uma de suas principais funções.

Diante disso, há, além de um problema jurídico, uma questão "utilitarista" a ser enfrentada: a resolução adversarial não se adequa às necessidades das demandas atuais, que vão muito além de questões meramente patrimoniais.

Além disso, a decisão baseada na lei não é capaz de tratar os conflitos em sua inteireza. A pretensão de correção do Direito legislado nada mais é do que isso: uma ilusão de totalidade, há muito suplantada pela complexidade social e, portanto, incapaz de trazer Justiça, especialmente em sentido aristotélico.

#### ***4.7.2 Um meio para proporcionar "economia" e "celeridade" processuais***

Uma outra problemática que se busca enfrentar por intermédio da mediação é a dos custos processuais, financeiros, econômicos e sociais, bem como aqueles que derivam do tempo do processo.

---

<sup>646</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Airto. Mediação: uma terceira de caráter político-pedagógico. *NEJ*, v. 14, n. 2, p. 126-146, jul.-dez., 2009, p. 139-140.

<sup>647</sup> *Ibidem*, p. 140.

Algumas medidas já foram adotadas para catalisar os processos judiciais, como: a gradativa informalização do processo, de modo a agilizar a prestação jurisdicional, com a instituição do procedimento sumário, o processo trabalhista simplificado e os Juizados Especiais; a instituição da tutela antecipatória, grande avanço em prol da efetividade; as ações judiciais coletiva de efeito *erga omnes*, voltadas a evitar a multiplicação de lides da mesma natureza, de modo a contribuir para o descongestionamento do Judiciário; a dispensa de o Ministério Público atuar na maioria das causas cíveis, reconhecendo-se que o juiz é a única autoridade competente para aplicar a lei”, o que torna inútil a produção exacerbada de pareceres; a criação do contencioso administrativo tributário, que contribui para aliviar a pressão exercida sobre o Judiciário; e a implementação de órgãos extrajudiciais de resolução de conflitos.<sup>648</sup>

Ocorre que, ao contrário do que se infere da lógica decisional acima estudada, o processo traz diversos prejuízos, especialmente, extrapatrimoniais, ou seja, que se encontram além das funções e até mesmo da capacidade dos julgadores no que concerne à resolução dos casos conflituosos.

Hoje, no Brasil, a morosidade do Judiciário se acentua e cresce a insatisfação entre os que dele precisam. Mas, há meios igualmente seguros e bem menos desgastantes e onerosos para resolver conflitos de interesses.<sup>649</sup>

A mediação é eficaz na resolução de controvérsias, pois o mediador incentiva as partes a adotarem uma postura solidária e, em muitos casos, o equilíbrio das relações, de modo, inclusive, a evitar a má administração de conflitos futuros. O respeito e a dignidade, nesses casos, devem ser resgatados.<sup>650</sup>

Nesse sentido, a função da mediação é duplamente economicista, já que, além de resolver o conflito com maior rapidez e menores custos, é capaz de perenizar a solução, já que é menos provável que a contenda, resolvida de forma mediada, renasça.

As soluções extrajudiciais contemplam iniciativas que vão da esfera legislativa propriamente dita até a criação de novos espaços para a solução de disputas. Problemas decorrentes da legislação têm sido repetidas vezes apontados como sérios obstáculos ao bom funcionamento da justiça.<sup>651</sup>

---

<sup>648</sup> HARADA, Kiyoshi. Op. Cit., p. 287.

<sup>649</sup> EGGER, Ildemar. Op. Cit., p. 162.

<sup>650</sup> Ibidem, p. 159.

<sup>651</sup> SADEK, Maria Tereza. Op. Cit., 2004, p. 88-90.

Assim, mesmo sob uma perspectiva estritamente negocial, se demonstra mais eficiente do que as soluções judiciais, já que é capaz de atingir, de maneira mais eficiente, até mesmo a “justiça política”.

Trata-se de uma boa resposta aos interesses comerciais das pessoas, ao promover a compreensão dos interesses negociais e buscar soluções melhores, que atendam a esses interesses. Nas questões comerciais, especificamente, o controle sobre o conteúdo da solução é importante, pois, delegar a decisão a outra pessoa nem sempre é capaz de preservar a empresa.<sup>652</sup>

Na mediação, as partes tem o poder de definir o resultado, de modo que não têm que terceirizar a solução para alguém que não possa entender nem o contexto nem a natureza do conflito.<sup>653</sup>

A literatura, em geral, enfatiza a possibilidade do “ganha-ganha” na mediação. Algumas vezes, porém, as soluções “perde menos” minimizam o impacto já causado. Sabe-se que, proposta a ação judicial, muito já foi perdido, e qualquer forma de se “limpar a bagunça” pode envolver esforços voltados simplesmente a manter as perdas em nível “aceitável”.<sup>654</sup>

Apesar de os "males da litigância" serem, geralmente, sopesados em relação a seus "custos transacionais", ocorre que o dano aos interesses de um cliente deve ser levado em consideração, por ser esta uma das principais preocupações dos homens de negócios.<sup>655</sup>

Outra vantagem é a “contenção de danos à imagem da empresa” que, muitas vezes, querem a mediação, de modo a acabar com a má reputação que uma longa ação judicial traz.<sup>656</sup>

Sob o “senso comum teórico” dos juristas, a observância das diretrizes normativas que favoreçam o cliente seria suficiente para sua satisfação, de modo que, se o indivíduo, *v.g.*, fizer jus ao recebimento de um montante pecuniário, o pagamento do valor deverá atendê-lo plenamente.<sup>657</sup>

No mundo dos negócios, a mediação demonstra sua viabilidade, devendo possibilitar a produção de melhores soluções para os problemas complexos.<sup>658</sup>

---

<sup>652</sup> TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., 2013, p. 134.

<sup>653</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>654</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>655</sup> "O litígio tem custos diretos (pelos gastos que sua manutenção engendra) e indiretos (pela perda de negócios que enseja)". (TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., 2013, p. 136).

<sup>656</sup> TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., p. 136.

<sup>657</sup> Ibidem, p. 132.

<sup>658</sup> Ibidem, p. 133.

É evidente que abordagem consensual, por ser rápida, reduz danos. As sessões de mediação ou conciliação duram algumas semanas. Depois desse período, é possível perceber se o diálogo foi ou não restaurado e as condições para continuar.<sup>659</sup>

Os meios contenciosos baseiam-se, exclusivamente, na demonstração de culpa por denominado ato ilícito. A mediação, por sua vez, não busca um culpado, mas, sim, procura soluções que atendam aos interesses das partes e preservem seu relacionamento.<sup>660</sup>

A mediação, tendo em vista que não “elimina” o conflito, mas, sim, faz com que as partes encontrem uma resolução por elas mesmas, traz conclusões mais adequadas às demandas de ambas partes, bem como agiliza a solução e diminui os custos processuais de forma geral.

Assim, sob uma perspectiva “negocial”, em regra, a solução da disputa é mais eficiente se o método estiver focado, primordialmente, nos interesses das partes. Isso porque nada é mais “eficiente” e menos “custoso” do que a resolução da controvérsia pelos próprios envolvidos, por meio da negociação direta e franca, voltada a possibilitar a criação de opções vantajosas para todos e a distribuição de valores baseada em critérios objetivos, acordados pelos próprios envolvidos.<sup>661</sup>

Assim, sob qualquer perspectiva econômica ou social, a mediação parece ser capaz de solucionar os conflitos de maneira mais efetiva e duradoura do que o provimento jurisdicional, além de alcançar, de forma muito mais concreta, a Justiça no sentido aristotélico.

É evidente, nesse contexto, todavia, a supervalorização dos métodos oficiais de distribuição de justiça. Os instrumentos voltados a viabilizar a jurisdição têm servido para vinganças pessoais, tornando o Poder Judiciário um “palco”, no qual são travadas rixas pessoais, íntimas e odiosas, e, até mesmo, uma verdadeira loteria jurídica, por exemplo, no caso da “indústria dos danos morais”.<sup>662</sup>

Ocorre que a questão economicista não é a única questão a ser enfrentada no que concerne à crise de legitimidade e eficiência do Poder Judiciário.

Na verdade, o combate à morosidade judicial sistêmica do judiciário, decorrente da burocracia, do positivismo e do legalismo, somente perpassa a questão da celeridade.

---

<sup>659</sup> Ibidem, p. 136.

<sup>660</sup> Ibidem, p. 134.

<sup>661</sup> TARTUCE, Fernanda. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil In: EHRHARDT, Marcos. (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77.

<sup>662</sup> LUCENA FILHO, Humberto Op. Cit., p. 43-54.

Relaciona-se, na realidade, à necessidade de uma revolução democrática da justiça, correlata à democratização do Estado e da sociedade.<sup>663</sup>

A mediação percebe o conflito como uma situação-problema comum, em relação ao convívio, que deve oportunizar o amadurecimento das relações. Em sentido diametralmente oposto, o Poder Judiciário relaciona o conflito à lide, que deve ser “concluída”, de modo a que seja encerrado o distúrbio ou a quebra da ordem social.<sup>664</sup>

Assim, a mediação também deve se adequar a essa necessidade: deve servir como um modo de exercício da cidadania, voltado, finalmente, à obtenção e ao exercício da Justiça em sentido aristotélico.

#### ***4.7.3 Um veículo de cidadania***

Conforme já explando, a lógica decisional que imbui o processo civil preocupa-se, quase que exclusivamente, com questões patrimoniais, o que acaba por "objetificar" as partes em conflito, retirando delas seu objetivo inicial, qual seja, o de obter Justiça.

Assim, no Judiciário só deve ser mantido o que cabe ao Judiciário. Faz-se necessário “privatizar”, tanto quanto possível, as soluções dos conflitos de interesses, para a segurança e a paz social., pois as formas de solução dos conflitos entre particulares não se limitam ao exercício da jurisdição pelo Estado. Há outros meios, agrupados sob o rótulo de “formas alternativas”, que devem englobar a utilização de todos os meios disponíveis às distintas categorias econômicas. “Acesso à Justiça” significa uma efetiva atuação jurisdicional, com a entrega da justa composição do conflito.<sup>665</sup>

Evidentemente, o Poder Judiciário atua de forma “contra majoritária”, até porque tem a capacidade e o dever de declarar inaplicáveis as normas injustas. Não é em decorrência dessa “natureza”, porém, que se poderia permitir que a judicatura fosse uma instituição antidemocrática.

A partir desse pressuposto é que se deve tematizar e entender o processualismo constitucional democrático: como uma concepção teórica que busca a democratização processual pela da percepção da necessidade do resgate do papel constitucional do processo,

---

<sup>663</sup> BEZERRA, Tássio. Op. Cit., p. 212.

<sup>664</sup> Ibidem, p. 219.

<sup>665</sup> LIMA, Cláudio Vianna de. Op. Cit., p. 4.

enquanto mecanismo de formação das decisões, a partir da comparticipação policêntrica das estruturas construtoras das decisões.<sup>666</sup>

Esse processualismo se ocupa de um viés panorâmico da aplicação do direito, voltado a suplantar a análise das legislações processuais, investindo na compreensão dos fundamentos estatais e paradigmáticos, de problemas envolvendo a própria concepção do processo, da jurisdição e das litigiosidades. Não é possível reduzir o processo a uma relação jurídica mecânica, na qual o Estado-juiz implementa sua posição de superioridade, reduzindo o debate processual a um segundo plano”.<sup>667</sup>

Ocorre que o evidente autoritarismo que imbuí a sua atuação acaba por dar-lhe essa característica, que pode ser relativizada pela utilização do instituto da mediação.

Nesse sentido, muitas vezes a parte não é movida apenas por questões econômicas, mas, sim, por desejos e preocupações que retratem outros interesses poderosos. Ao lado do bem estar econômico, muitas vezes, busca-se o reconhecimento, o poder e a segurança.<sup>668</sup>

Os interesses mais fortes podem ser enquadrados em diversas categorias. Podem ser econômicos, emocionais, psicológicos, físicos ou sociais. Os demais interesses são os desejos e preocupações que compõem as posições negociadoras das partes.<sup>669</sup>

Pagar uma soma vultosa pode não ser suficiente, da mesma forma que o valor monetário envolvido, apesar de diminuto, pode mobilizar outros interesses na busca por reparação.<sup>670</sup>

Assim, a lógica patrimonialista do processo não pode ser suficiente para eliminar com eficiência todos os conflitos, tendo em vista que, mesmo que exista, de fato, uma questão patrimonial envolvida, em boa parte dos casos existem, também, questões imateriais ou sentimentais ainda mais graves.

A democratização do direito não se resume à ampliação dos mecanismos de participação e representação política; deve perpassar. Também, a participação popular no processo de resolução de controvérsias.<sup>671</sup>

---

<sup>666</sup> NUNES, Dierle. Op. Cit., 2011, p. 45-47.

<sup>667</sup> Ibidem, p. 48-50.

<sup>668</sup> "Assim, se houve um erro médico em certo hospital, a posição dos familiares pode ser expressa na intenção de receber uma vultosa quantia indenizatória; contudo, apenas tal percepção pode não satisfazer plenamente os familiares da vítima, que querem também o reconhecimento do hospital quanto à falha e o compromisso de mudança das condições que ensejaram o evento danoso". (TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., 2013, p. 132).

<sup>669</sup> TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., 2013, p. 132.

<sup>670</sup> Idem.

<sup>671</sup> POZZATI JÚNIOR, Ademar; OLIVEIRA, Veridiana Kendra Minghini Rodrigues de. Op. Cit., p. 678.

Não há correspondência exata entre as rotinas sociais e a pretensão de monopólio estatal na prestação de justiça, que se evidencia na subsistência de mecanismos paralelos de composição extrajudicial de conflitos, socialmente justificáveis.<sup>672</sup>

É necessário provocar a autoconsciência dos agentes e dos grupos em desvantagem, que sofrem com injustiças, e adequar o processo ao esclarecimento e à emancipação, indo de encontro aos anseios e necessidades dos oprimidos, tratando-se filosoficamente o problema. É necessário demonstrar até que ponto os indivíduos restam coisificados e moldados pelos determinismos histórico-naturais, bem como que nem sempre estão conscientes das imposições hegemônicas, bem como das falácias ilusórias do mundo oficial.<sup>673</sup>

Para se exercitar o direito democraticamente faz-se necessária uma cultura democrática, especialmente em decorrência da distância que separa os direitos das práticas sociais que os violam. Trata-se da construção de “um programa de democratização da cultura”, voltado a reinstalar o espaço público na sociedade.<sup>674</sup>

Essas formas “diferentes” de tratar os conflitos buscam “face perdida dos litigantes”, por meio de uma relação pactuada e convencionada, que substitui os modelos de composição e gestão de conflitos autoritários.<sup>675</sup>

Buscam uma justiça mais “próxima” aos cidadãos, vez que estabelece uma ordem consensual contrária à solução imposta pelo Judiciário, na qual as partes mantêm o controle sobre o procedimento e o seu eventual resultado.<sup>676</sup>

Assim, a lógica “triangular” do processo comum, ou seja, duas partes e um julgador, que se encontra acima dos “adversários”, acaba por ser subvertida no contexto da mediação: as partes passam a ser, com a ajuda de um terceiro (mediador) responsáveis pela solução de seus próprios problemas.

Trata-se de um instrumento de exercício da cidadania. É uma experiência pedagógica de resolução de conflitos, que deve auxiliar na superação das diferenças na tomada de decisões. Transcende-se, assim, a dimensão da resolução adversarial das disputas jurídicas. A mediação deve estar imbuída de sabedoria. A comunidade é o seu *locus* de realização. Por meio dela, desloca-se o poder, do judiciário à comunidade. A Mediação é a atuação profissional de um terceiro, em uma situação de conflito, voltada a levar os sujeitos

---

<sup>672</sup> Ibidem, p. 679.

<sup>673</sup> Ibidem, p. 680.

<sup>674</sup> Ibidem, p. 680-689.

<sup>675</sup> Ibidem, p. 689.

<sup>676</sup> Idem, p. 689.

conflitantes a uma reflexão, que lhes permita compreender a si mesmos, ao outro e à situação objetiva do conflito.<sup>677</sup>

Constitui-se num projeto de caráter político-pedagógico que tem por objetivo a realização da autonomia, da cidadania e dos direitos humanos. Revela-se como uma alternativa de superar a crise em que se encontra o Estado na realização da jurisdição e da justiça.<sup>678</sup>

O atual operador do direito, assim, deve pensar o direito a partir de uma compreensão dos problemas em sua complexidade, superando a confiança na literatura jurídica erudita, pomposa e simulada, abrindo espaço para uma “razão sensível” e para o paradigma da mediação.<sup>679</sup>

Assim, a mediação é um método que não envolve “adversários” na solução de conflitos. Realiza por meio do diálogo, promovendo-se a composição entre as partes, para que superem o conflito sem necessidade de decisão externa, proferida por outra pessoa que não as partes da controvérsia.<sup>680</sup>

Apesar de proferir uma sentença ser mais fácil do que mediar um conflito, os efeitos da mediação são mais eficazes. Trata-se, portanto, de uma alternativa voltada a superar a crise estatal da jurisdição e da justiça.<sup>681</sup>

Demonstra-se que a mediação encontra-se mais próxima dos litigantes do que o Estado-juiz, o que permite resoluções mais duradouras eficientes e, em especial, mais justas.

A resolução clara, rápida e transparente das divergências, encontrada pelos próprios interessados, aliada ao fato de que a solução do conflito é encontrada pelos próprios interessados, contribuindo para mudar as atitudes dos atores, viabilizando a construção da cultura de participação ativa e inclusão.<sup>682</sup>

Busca a preservação do relacionamento, reformula questões, cria alternativas e propiciando o diálogo entre as partes, demonstrando o motivo real que os fez chegar ao confronto, fazendo com que a decisão seja tomada pelas partes, que, assim, assumem a sua responsabilidade, que não foi imposta pelo mediador. A mediação fundamenta-se em um

---

<sup>677</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Airto. Op. Cit., p. 127.

<sup>678</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>679</sup> Ibidem, p. 140.

<sup>680</sup> Ibidem, p. 141.

<sup>681</sup> Ibidem, p. 142.

<sup>682</sup> EGGGER, Ildemar. Op. Cit., p. 159.

amplo projeto de “humanização da justiça e da cidadania”, há muito incorporado aos usos e costumes dos países desenvolvidos.<sup>683</sup>

A mediação é uma engrenagem fundamental na construção cidadã dos direitos humanos, pela humanização dos procedimentos de resolução de controvérsias. Coloca-se em primeiro plano as pessoas e seus sentimentos, visando-se a preservação dos relacionamentos interpessoais.<sup>684</sup>

Diante desses conceitos, ao menos no atual cenário, e crise mundial, a mediação, por estar mais próxima dos litigantes, de suas pretensões, paixões e interesses, parece ser um instituto mais adequado à obtenção da Justiça em sentido aristotélico do que a sentença judicial.

---

<sup>683</sup> Ibidem, p. 165.

<sup>684</sup> Ibidem, p. 166.

## **CAPÍTULO V - MEDIAÇÃO E JUSTIÇA: A MEDIAÇÃO COMO “JUSTO MEIO” E O MEDIADOR COMO “HOMEM JUSTO”**

Objetiva-se, no presente capítulo, estudar as mais conhecidas técnicas de mediação, assim como o papel e a formação do mediador, no contexto da teoria da Justiça em Aristóteles, inclusive, a partir da normatização brasileira em vigor.

Para tanto, será, inicialmente, estudado o instituto da mediação como “equidade mediada”, sob a perspectiva da filosofia aristotélica.

Após, serão estudadas as técnicas de mediação, a partir do conceito de "justo meio" ou "justa medida". Será trabalhado o modelo da Escola de Harvard, como um modelo negocial e adversarial, voltado a evitar o “não” e obter o “sim”.

Posteriormente, será estudado o modelo sistêmico ou circular-narrativo. Em seguida, será trabalhado o modelo transformativo e, finalmente, a mediação como “terapia do amor mediado”, a partir de Luiz Alberto Warat.

A seguir, será estudada a formação do mediador a partir do conceito de "homem justo". Para tanto, serão trabalhados os objetivos do mediados, suas espécies, sua atuação negocial e a sua atuação transformativa.

Por último, será estudada a mediação na legislação, a partir do Código de Processo Civil, da Lei de Mediação e da Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça e suas emendas.

Justifica-se o presente capítulo, em decorrência da necessidade de se atingir o objetivo final da pesquisa, qual seja, aferir a adequação do instituto da mediação ao conceito aristotélico de Justiça.

### **5.1 Mediação e justiça aristotélica: a equidade mediada**

A equidade compreende, na conceituação greco-romana, inclusive, a eliminação da incidência de uma lei injusta, para que seja possível aplicar Justiça, diretamente no caso concreto.

De conformidade com o que foi estudado nos capítulos anteriores, a teoria da justiça em Aristóteles compreende um conceito de equidade, amplamente incorporado pelo direito romano e, via de consequência, pelo direito material e processual dos países de direito romanista.

Isso porque a *Civil Law*, que se baseou na codificação é, em regra, a principal característica da estrutura jurídica dos Estados com base jurídica romano-germânica. Sua primeira base, portanto, é a cultura grega, que influenciou o direito romano e contribui para direito consuetudinário germânico. Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*, analisa o agir humano.<sup>685</sup>

Constata que toda prática é visando a uma finalidade, de modo que nem um bem jurídico é um fim em si mesmo, de modo que são apenas intermediários para a felicidade (*Eudaimonia*), entendida como o “sumo bem”. Os indivíduos divergem sobre o conceito de Felicidade. Para alguns, seria ligada à riqueza; para outros, à honra. É, porém, o bem supremo (*Agathós*).<sup>686</sup>

Por ser um projeto político-pedagógico voltado a realizar a autonomia, a cidadania e os direitos humanos, a mediação é uma alternativa para a superação de uma crise, na qual se encontra o Estado, na realização da jurisdição e da justiça. A mediação deve primar pelo estreitamento dos laços humanos, fragilizados pelo processo de globalização e, na maior parte das vezes, bloqueado, definitivamente, pelos conflitos judiciais, e propor resoluções mais construtivas e menos traumáticas.<sup>687</sup>

O conceito de *Eudaimonia*, por várias, surge, na referida obra, com conotação divina, de modo que o indivíduo que vive tem por hábito, a prática das virtudes (*Areté*) aproxima-se da melhor (*Aristos*) condição humana. Assim, a vida virtuosa é aquela que aproxima o homem da Felicidade. Outro traço basilar da *Ética* é a vinculação do agir individual ao coletivo: o ser humano é visto, na sua essência, no fato de tender à convivência em sociedade. É, portanto, um *animal político*. Assim, o homem só "faz sentido" se imerso na polis.<sup>688</sup>

Há, na cultura grega a crença em uma unidade espiritual que ligava a todos os indivíduos, de modo que “viver para si e para a polis” eram a e única dimensão. A reflexão entre cidadão e Cidade deve ser perfeita, de modo que, se o cidadão é perfeito, a Cidade será perfeita.<sup>689</sup>

Nesse sentido, caberia ao Direito a construção de um espaço social que estimulasse cada um a tentar desenvolver sua Felicidade. É impossível utilizar-se de princípios morais ou argumentos exclusivos de determinada cultura ou ordenamento jurídico, como se existissem

---

<sup>685</sup> SOARES, Josemar Sidinei. A *Ética* como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 39, p. 140-163, jul.-dez., 2011, p. 143.

<sup>686</sup> *Ibidem*, p. 143-144.

<sup>687</sup> *Ibidem*, p. 147-148.

<sup>688</sup> *Ibidem*, p. 154.

<sup>689</sup> *Ibidem*, p. 154-155.

certos elementos que identificam a Felicidade. É necessário, então, um critério que permita identificar, em cada caso, a melhor solução para estimular o desenvolvimento de cada pessoa.<sup>690</sup>

Pela mediação, constrói-se um espaço simbólico de "reconstrução do conflito". Revela-se, durante o processo o enigma do *outro*, que não é um sujeito abstrato, alienado, marginalizado ou mesmo um adversário. A Modernidade não aceita o "diferente" e, por isso, cria modelos aos quais todos devem se adaptar para evitar a rejeição ou a exclusão. Na Mediação, porém, o "outro" é percebido como "distinto", que permite transformar, exercer a criatividade pelo diálogo.<sup>691</sup>

O "outro" deixa de ser um fantasma e passa a ser o "distinto" que desinstala, afronta, oferece resistência, e provoca o outro a superar seus próprios limites, um *alter-ego*, uma alteridade. A mediação deve admitir a diferença, a distinção, a alteridade. Quando alguém se coloca na mirada do *outro*, é possível se enxergar, obtendo chances de se transformar.<sup>692</sup>

O conflito não constitui apenas um problema, mas, também, uma possibilidade de realização da autonomia. Por isso é que tem um caráter pedagógico. Como atividade pré-judicial, a mediação realiza-se na esfera comunitária, constituindo-se em uma forma de realização da cidadania.<sup>693</sup>

A "justiça distributiva", na mediação, demonstra-se na necessidade de reconhecimento do direito à participação de todas as pessoas, em igualdade de condições, no processo de interação social. Nenhuma opinião, colocada à disposição para solucionar ou amenizar um conflito pode ser declarada, *a priori*, sem valor.<sup>694</sup>

A mediação implica uma compreensão mais profunda da noção de "justiça social", que supera a visão instrumental da solução de conflitos, disponibilizada pelo Poder Judiciário, "extremamente normativa e abstrata". A mediação desenvolve a noção de *conflito positivo*, que é uma dimensão emancipatória, de perspectiva predominantemente preventiva, na qual não há vencedores nem vencidos, mas, sim, indivíduos autônomos, que se relacionam em igualdade de condições, reconhecendo, cada um, a partir da alteridade do outro.<sup>695</sup>

A Justiça "corretiva" é a parcela "prática" da Justiça distributiva, voltada à sua concretização nos casos particulares, especificamente, aqueles que são colocados sob a

---

<sup>690</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>691</sup> Ibidem, p. 128.

<sup>692</sup> Ibidem, p. 129.

<sup>693</sup> Ibidem, p. 129-130.

<sup>694</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>695</sup> Ibidem, p. 138.

atuação do mediador. A mediação, ao invés de simplesmente eliminar o conflito, como a sentença judicial, aproveita-o, para “corrigir” a situação, não somente a partir do problema, mas, inclusive, do “outro”.

Nota-se, portanto, que a mediação é, sim, um instituto que se ajusta à teoria da Justiça em Aristóteles, em suas mais diversificadas facetas: distributiva, particular e corretiva, por exemplo. Ocorre que se trata, também, de um instrumento de equidade, de justiça aplicada concretamente aos litígios.

Nesse sentido, Aristóteles, ao tratar de justiça, a inclui dentro das virtudes éticas, que buscam tornar o homem excelente em sua vida em comunidade. Característica central da virtude ética são sua origem e seu desenvolvimento. As virtudes éticas não são faculdades inatas ao ser humano, mas o resultado de um “hábito”, uma práxis”. Ao praticar atos de justiça, o homem se torna justo. Praticando atos de moderação, uma pessoa se torna moderada. Assim, não há virtude sem prática.<sup>696</sup>

A justiça é uma virtude ética, que contém todas as virtudes de uma comunidade. Como toda virtude, deve se equilibrar entre excesso e falta. A ação justa requer a voluntariedade. Por livre deliberação, uma pessoa opta por um caminho de ação justo e equilibrado. Nesse sentido, somente seria possível extrair um resultado justo de uma mediação se as partes forem livres para deliberar. Se a decisão resultar de uma ação comunicativa, a construção coletiva do resultado será produto de uma razão não condicionada.<sup>697</sup>

Voluntariedade e consensualidade tornam-se indispensáveis para a mediação justa. Em Aristóteles, a Justiça que governa as transações voluntárias é a “justiça particular corretiva”, pertinente a todas as transações patrimoniais entre as partes, pois, nas transações particulares, o que caracteriza uma negociação justa é o equilíbrio patrimonial antes e após a relação, por ser um meio-termo entre a perda e o ganho. Na mediação, é importante deixar a adversariedade de lado, pois, se cada parte pensar somente em ganhar, trazendo para si o máximo e deixando para o outro o mínimo, suas ações não podem ser compreendidas como “corretivamente justas”, pois os resultados sempre apontarão para um desequilíbrio na decisão.<sup>698</sup>

---

<sup>696</sup> MAIA, Alexandre; OBREGON, Marcelo; FABRIZ, Daury. A mediação no âmbito marítimo: uma garantia ao direito fundamental da razoável duração do processo pela razão prática aristotélica. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho; SANTOS, Ricardo Goretti Santos. **Mediação e direitos humanos**. (Orgs.). São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2014, p. 162-163.

<sup>697</sup> Ibidem, p. 163.

<sup>698</sup> Ibidem, p. 163-164.

O conceito de equidade não deriva da “igualdade propriamente dita”, mas, sim, da legalidade. A equidade é uma capacidade, um juízo capaz de adequar a lei ao caso concreto. As leis, gerais e abstratas, nem sempre são adequadas aos casos específicos, pois nenhum legislador pode prever o futuro, e a própria linguagem têm alguns limites em sua capacidade de construção de sentido.<sup>699</sup>

É por isso que Aristóteles reconhece a necessidade de “dobrar a lei” ao caso concreto, se necessário, para que ela atinja o seu objetivo. É na equidade que se constroem os “princípios” da informalidade e da flexibilidade, pois, no juízo equitativo, visando-se um objetivo, a forma assume uma posição secundária. Nesse mesmo sentido, a Teoria da Justiça de Aristóteles pode oferecer aporte teórico aos princípios da mediação, assim como aos argumentos trazidos durante esse procedimento.<sup>700</sup>

Assim, a mediação, a partir de Aristóteles, demonstra, de fato, ser um instrumento apto à obtenção de justiça política, distributiva e corretiva. Mais do que isso, é capaz de produzir equidade no interior do processo, contudo, sem a necessidade do processamento do litígio, ou mesmo de “eliminação forçada” do conflito.

Apesar dos conflitos, é possível haver objetivos comuns entre os conflitantes, de modo que a esses cabe a interação e a negociação, que é um ato no qual são desejadas concessões mútuas ou, ao menos, condutas que não são mutuamente prejudiciais em relação a certos fins.<sup>701</sup>

Trata-se o “poder negocial” da fixação de posições não desejadas como as mais favoráveis no que concerne à obtenção em relação à parte oposta, ou seja, em transformar aquilo que se deseja na mais vantajosa concessão a ser feita pela parte contrária, porém, “de boa mente”.<sup>702</sup>

Um ponto de desacordo, a partir do qual os ganhos (positivos ou negativos) do acordo devem ser calculados. São “condições de contorno” ou “fronteiras de Pareto” ou seja, um conjunto de pontos de possíveis acordos, dentre os quais a solução deve ser encontrada. Essa solução deve refletir o “poder de barganha relativo”, bem como a utilidade ou a inutilidade para as partes, em relação a cada solução possível.<sup>703</sup>

---

<sup>699</sup> Ibidem, p. 164.

<sup>700</sup> Ibidem, p. 164-165.

<sup>701</sup> PUGLIESI, Márcio. **Por uma teoria do Direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS, 2005, p. 129.

<sup>702</sup> Ibidem, p. 137.

<sup>703</sup> Ibidem, p. 139.

Até porque: o conflito entre os adversários produz uma mudança social, que é um elemento permanente em qualquer sociedade voltado a manter o estado geral das coisas, orbitando em torno de um “ponto de equilíbrio”.<sup>704</sup>

Assim, a eliminação forçada dos conflitos, sem a necessária “filtragem” por intermédio dos princípios jusfilosóficos relacionados à Justiça, pode prestar um desserviço à harmonia social.

Aristóteles encontrava-se em um horizonte político e jurídico diverso do atual, séculos antes da unidade ou do vínculo que o direito canônico construiu entre moral e justiça. Os conceitos de virtude e de verdade estão distantes da teoria pragmática da verdade.<sup>705</sup>

A mediação tem um papel importante no processo em geral é tratado como relevante no julgamento das pequenas causas, que, em decorrência de sua eficiência instrumental, deve ser prestigiado pelos julgadores. Tomando-a como um instituto de justiça distributiva, o processo torna-a comutativa se houver acordo, “vontade de acertar, conciliar, liquidar, terminar, findar o litígio”.<sup>706</sup>

As partes passam a ter, no processo, um direito prévio e amplo ao exercício da equidade. Há uma disposição intelectual e volitiva do sujeito que o inclina a ser equitativo (*epieikés*) na expressão de Aristóteles. A mediação, assim, é um “primeiro juízo de equidade”, aconselhado, ponderado, exposto aos litigantes com clareza, persuasão e arte, até que alcancem a visão do equitativo, consistente em aceitar um arbitramento, um “meio termo dos direitos extremos”.<sup>707</sup>

Se todo homem é justo, por virtude natural, tem um direito à conciliação, que é a porta para o justo equitativo. Sonegar o juiz ao homem que tem diante de si a oportunidade para a conciliação, subtraí-las ou negá-las, equivale a denegar-lhe a própria justiça. A equidade não é uma simples função de lei, mas, sim, expressão da liberdade ética do indivíduo. Refere-se, diretamente, ao sujeito agente e judicante. Não há justiça se o sujeito que age não é justo.<sup>708</sup>

A conciliação ocorre nos casos em que não há vínculo anterior entre as partes. O juiz estatal ou o particular sugere, sem imposição ou constrangimento, uma solução para uma pendência, que só se efetiva por meio do livre acordo entre as partes. A mediação se adequa aos casos nos quais há um vínculo anterior entre as partes. Predomina, então, a neutralidade e

<sup>704</sup> Ibidem, p. 205.

<sup>705</sup> SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade e jurisprudência:** fundamentos filosóficos e jurídicos, interpretação e aplicação das normas jurídicas, humanização da justiça, novos paradigmas judiciais. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016, p. 152.

<sup>706</sup> Ibidem, p. 196.

<sup>707</sup> Ibidem, p. 196-197.

<sup>708</sup> Ibidem, p. 197.

a imparcialidade do mediador, que não sugere, impõe ou interfere na solução, porém, apenas auxiliando as partes para alcançar a solução do conflito, gerando mútuos benefícios.<sup>709</sup>

A mediação se vincula aos símbolos da Justiça e envolve as partes na construção do direito, por meio de um processo de comunicação dialógica. Apesar de o conceito existir desde o início da civilização, caracteriza-se como uma maneira atual de organizar o direito, reinventando o que foi vivido no direito primitivo.<sup>710</sup>

O conceito de equidade greco-romano era plenamente aplicável ao direito judicial, especialmente em decorrência de suas similaridades com os “juízos arbitrais” atenienses que, na realidade, operavam em um sistema de mediação.

A justiça perfeita é impossível. Faz-se necessário buscar a justiça “moderada”, a pretensiosa e ilusória noção de justiça, que é o “*pathos* tirânico” da herança iluminista, que se tornou “normativa” e fugiu da vida real, tornando-se, apenas, conceitual.<sup>711</sup>

Apesar de o dever do julgador ser o de “guiar-se” pela letra da lei, na judicatura romana, o direito, enquanto expressão da justiça, importava mais, de maneira que era possível, assim como afirmou Aristóteles, ignorar a normatização, com vistas à aplicação da equidade.

A exemplo dos árbitros-mediadores atenienses, o processo romano pretoriano também era guiado pelas partes, o que destaca a característica equitativa desse processo, de base aristotélica.

O mediador deve se atentar à letra da lei, como "pauta mínima" para sua atuação, porém, incorporando a noção de "flexibilidade" da lei a partir da Justiça natural, para que possa exercer com eficiência a sua função.

Assim, a mediação é um instrumento de justiça em sentido aristotélico das mais diversas formas, inclusive, de equidade.

## 5.2 As técnicas de mediação e o "justo meio"

Tendo-se comprovado que a mediação é um meio apto à obtenção de justiça em sentido aristotélico, faz-se necessário, agora, observar se as principais técnicas de mediação se adequam ao conceito de “justo meio” (Aristóteles) ou “justa medida” (Confúcio).

---

<sup>709</sup> Ibidem, p. 198.

<sup>710</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Aírto. Op. Cit., p. 127.

<sup>711</sup> SILVA, Ovídio Baptista da. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

Pode-se dividir as técnicas de mediação, basicamente em dois tipos: os “modelos focados no acordo”, a “mediação satisfativa”, ou da “Escola de Harvard”; e os “modelos focados na relação”, que são a “mediação circular-narrativa” ou “sistêmica” e a “mediação transformativa”.<sup>712</sup>

Há, também, mais próxima à “mediação transformativa”, a chamada “terapia do amor mediado” (TAM).

Passa-se a estudar, assim, cada um dos referidos modelos, bem como suas possibilidades de adequação às teorizações referidas acima.

### 5.2.1 A mediação "satisfativa" e a "Escola de Harvard"<sup>713</sup>

O modelo “satisfativo” de mediação, surgido a partir de técnicas e princípios estudados e praticados em Harvard, tem como objetivo precípua o acordo, o “fechamento de um negócio”, pouco importando, na realidade, as razões extra-patrimoniais intrínsecas e inerentes ao conflito.

Apesar disso, a Escola de Harvard tem seus méritos, pois revelou a existência dos interesses reais encobertos pelo discurso formal, bem como trouxe para o debate sobre a negociação a importância e a influência dos relacionamentos humanos e das emoções, que, até aquele momento, eram ignorados.<sup>714</sup>

A mediação, como desenvolvida por Harvard, tem o objetivo principal de obter o acordo e eliminar os impasses, por meio de investigação, reflexão, colheita de informação e criatividade na escolha das opções de solução. Após Harvard, outros formatos de mediação surgiram: a sistêmica e a transformativa.<sup>715</sup>

Trata-se de um modelo negocial e, apesar de não se inserir ou demandar um “julgamento” é, sim, um método adversarial, focado no embate entre os negociadores, visando a um acordo mais vantajoso ou menos prejudicial às partes.

<sup>712</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 73.

<sup>713</sup> A Escola de Harvard denomina-se *Best Alternative to a Negotiated Agreement* (BATNA). (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: UNESA, 2015, p. 11).

<sup>714</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 2. ed. Curitiba: Comunicação Curitiba, 1994, p. 84.

<sup>715</sup> *Ibidem*, 84-85.

### 5.2.1.1 Um modelo negocial

A Escola de Harvard propõe um modelo baseado na negociação, que foi desenvolvido com o propósito instruir o negociador, não o mediador, tendo em vista que se preocupa com a obtenção de vantagem sobre o outro. Não se trata, porém, de uma técnica predatória, ou que visa prejudicar a contraparte.

A negociação evita as incertezas e os custos de um processo judicial, privilegia uma resolução pessoal, discreta, rápida e que, dentro do possível, preserva o relacionamento entre as partes envolvidas.<sup>716</sup>

A Escola de Harvard tem-se notabilizado por pregar uma técnica conhecida como *principled negotiation* ou "negociação com princípios", fundada em alguns parâmetros: a percepção; a emoção; e a comunicação.<sup>717</sup>

Mediante a observação desses conceitos, faz-se possível identificar o real interesse, desenvolver opções e alternativas e criar soluções não cogitadas, por meio de um procedimento denominado *brainstorming*, caracterizados por critérios objetivos e bem definidos para avaliar as alternativas.<sup>718</sup>

É preciso, aqui, evitar a disputa de vontades, para utilizar padrões razoáveis, baseados em descobertas científicas, precedentes legais ou judiciais, e recorrer a profissionais especializados.<sup>719</sup>

É importante ter em mente que a negociação é somente uma das formas de compor o litígio. Se a negociação não sair como esperado, é possível deixar a mesa a qualquer momento, e partir para uma forma alternativa ou mesmo para a tutela jurisdicional tradicional.<sup>720</sup>

Se uma das partes simplesmente não colabora, não faz propostas razoáveis, tiver o ímpeto de conduzir o processo a seu bel prazer, inviabilizar qualquer chance de solução pacífica, lançar mão de truques sujos, omitir ou mentir sobre dados concretos, simular poder, utilizar técnicas agressivas e constrangedoras, fazer exigências sucessivas e exageradas, ameaças, etc.<sup>721</sup>

---

<sup>716</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. Cit., p. 9.

<sup>717</sup> Percepção, emoção e comunicação. (PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. Cit., p. 9).

<sup>718</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Op. Cit., p. 11.

<sup>719</sup> Idem.

<sup>720</sup> PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: UNESA, 2015, p. 11.

<sup>721</sup> Ibidem, p. 12.

É preciso reconhecer não estar preparado para a solução direta negociada ou parcial (por ato das partes) de seus conflitos. É o momento de “subir um degrau” na escada da solução das controvérsias, partindo-se para a mediação.<sup>722</sup>

Diante disso, demonstra-se que busca a obtenção de vantagem, antes mesmo que se tenha a chance de se submeter a contenda a um mediador, de modo que o objetivo principal dessa técnica é, assim como a sentença judicial, a eliminação do conflito, porém, sem o autoritarismo de uma sentença.

Além disso, é capaz de eliminar os custos do processo, tendo em vista que evita a contenda. No mesmo sentido, por levar a um “pacto de paz” como resultado, é capaz, ao menos, de obter uma “justiça política”, pois permite a continuidade das relações entre as pessoas, a exemplo da *transactio romana*.

#### 5.2.1.2 Um modelo adversarial

Tendo em vista que busca eliminar o conflito, o modelo de mediação proposto pela Escola de Harvard é, sim, adversarial, pois, por seu intermédio, busca-se uma "vitória", de um negociador sobre o outro.

A negociação "cooperativa", baseada em princípios, desenvolvida pela Escola de Harvard compreende a utilização de conceitos e procedimentos, aplicados como técnicas negociais, priorizando o conflito objetivo (o problema concreto), visando ao acordo negociado.<sup>723</sup>

Utilizam-se conceitos de psicanálise e linguística, sobre comunicação e construção do discurso, para melhor compreensão do manifesto e do subjacente. É preciso identificar as opções de ganhos mútuos. É preciso superar quatro obstáculos fundamentais, que inibem a construção da multiplicidade de opções.<sup>724</sup>

---

<sup>722</sup> Idem.

<sup>723</sup> "[...] por exemplo, sobre: 1) “posição” (atitude polarizada e explícita dos disputantes) e “interesses” (subjacentes e comuns, embora contraditórios ou antagônicos, a serem identificados); 2) técnicas de criação de opções para a satisfação dos interesses identificados; 3) a necessidade de observação dos dados de realidade ou padrões técnicos, éticos, jurídicos ou econômicos; 4) a importância de separar o conflito subjetivo (relação interpessoal) do conflito objetivo (questões concretas)".(VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 74).

<sup>724</sup> "[...] observação e tomada de informações devem ser adotadas para evitar os julgamentos antecipados, que prejudicam a negociação [...]; a busca de uma resposta única: as pessoas tendem a pensar “já estamos tendo dificuldade do jeito como as coisas estão, imagine se surgirem ideias diferentes [...] a pressuposição de porção fixa: nem sempre a melhor solução está em dividir o que se

As ideias que fluem não passam de imaginação, e não têm um “sentido objetivo”. A lógica dessa metodologia é separar o ato “criativo” do ato “crítico”, inventando primeiro e, caso haja consenso posterior, decidindo.<sup>725</sup>

Conciliar as diferenças com base na “vontade” pode acarretar danos. De modo a sair do terreno subjetivo da vontade de qualquer das partes, faz-se necessária a identificação de critérios objetivos, que são “padrões norteados por princípios”. Padrões justos para as questões substantivas e procedimentos justos para lidar com os interesses.<sup>726</sup>

É preciso conhecer as “chances de retirada”, ou a *Melhor Alternativa Para um Acordo Negociado* (MAPAN),<sup>727</sup> que deve ser tomada caso os negociadores do outro lado da mesa assumam uma “atitude dominadora”. A falta dessas “chances” enfraquece o negociador, e desconhecer essas possibilidades deixa-o vulnerável. Relaciona-se a um “espaço de manobra”.<sup>728</sup>

O modelo focado no acordo, baseado em princípios, inspira o andamento processual por outros modelos, inclusive, focados na relação. A mediação satisfativa é uma negociação com o apoio de um terceiro imparcial, denominado “mediador”, que adotou as técnicas desenvolvidas pela Escola de Harvard.<sup>729</sup>

É um paradigma para os demais modelos de mediação. Inicia-se com a apresentação das partes e do mediador, segue com as explicações sobre o que é e como se processa a mediação e, depois, os mediandos expõem o problema e são questionados “equitativamente”. Procura fortalecer a colaboração voltada à evolução das posições iniciais, mediante a identificação dos interesses comuns subjacentes, de modo a que “co-elaborem” suas opções e cheguem, se possível, a um acordo fundado nos dados de realidade.<sup>730</sup>

Ao menos no que se refere ao seu procedimento, o modelo satisfativo é capaz de buscar equidade de maneira mais evidente do que a decisão judicial, pois, ao menos no início do processo, prevê a participação das partes.

---

tem, mas em agregar valor, conjuntamente, para a obtenção de uma porção ampliada. O bolo pode ser dividido ou aumentado". (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 76).

<sup>725</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 76.

<sup>726</sup> "d1) cada questão deve ser apresentada como uma busca conjunta; d2) os negociadores devem estar abertos às reflexões sobre quais são os padrões mais apropriados e como devem ser aplicados; d3) deve-se admitir que se ceda a esta ou àquela pressão, mas não se admite que se ceda em detrimento de princípios". (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 77).

<sup>727</sup> Também chamada de "Melhor Alternativa à Negociação de um Acordo" (MAANA)

<sup>728</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 78.

<sup>729</sup> Ibidem, p. 78-79.

<sup>730</sup> Ibidem, p. 79.

Assim, apesar de ser, de fato, um modelo “adversarial”, por seu intermédio ainda se procura um “justo meio” entre as necessidades e vontades das partes.

### 5.2.1.3 Evitar o “não”

A Escola de Harvard desenvolveu um modelo que permite a manipulação da vontade e dos desejos da outra parte, de modo a se evitar a “falha” na obtenção dos objetivos do mediador que, muitas vezes, manifesta-se por meio do “não”.

De acordo com um dos expoentes da Escola de Harvard, William Ury, a diplomacia é “a arte de deixar que o outro faça o que você quer”. O mediador deve utilizar seu poder para não fazer de seu oponente um inimigo mais resistente. Assim, é necessário “dificultar o não”.<sup>731</sup>

É necessário usar e abusar do “sim”, que é a palavra-chave para se chegar ao acordo, uma palavra “mágica”, poderoso instrumento para desarmar o oponente. É necessário, assim, sempre procurar ocasiões para dizer “sim” a oponente, sem, porém, fazer concessões.<sup>732-733</sup>

Deve-se, também, perguntar “por quê” e, ao invés de encarar a posição de oponente como “obstáculo”, considerá-la como uma oportunidade: Ao afirmar uma posição, o adversário fornece valiosas informações sobre o que deseja.<sup>734</sup>

No mesmo sentido, é preciso descobrir o que motiva o adversário. Se ele responder, é preciso observar o que acontece. O foco da conversa passa, então, da posição para os interesses do oponente. De um momento para outro, negocia-se a solução do problema.<sup>735</sup>

É necessário observar o “poder do silêncio”, pois, apenas metade do poder da pergunta que se destina à solução do problema está na própria pergunta. A outra metade se encontra no silêncio que segue, enquanto o oponente “luta” com a pergunta e tenta encontrar uma resposta. Erro frequente é privá-lo desse “tempo criativo”. No mesmo sentido, deve-se resistir

<sup>731</sup> URY, William. **Supere o não: negociando com pessoas difíceis**. 10. ed. São Paulo: Best Seller. 2017, p. 13-19.

<sup>732</sup> “Sim, você tem razão nesse ponto’, ‘Sim, concordo com você’. Diga sim sempre que puder”. (URY, William. **Supere o não: negociando com pessoas difíceis**. 10. ed. São Paulo: Best Seller. 2017, p. 53).

<sup>733</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>734</sup> “Instigue-o a dizer mais, perguntando: ‘Por que você quer isso?’ , ‘Qual é o problema?’ , ou ‘O que o preocupa?’”. (URY, William. Op. Cit., p. 69).

<sup>735</sup> URY, William. Op. Cit., p. 69.

ao constrangimento causado pelo silêncio e esperar a resposta do oponente. Se foi feita uma pergunta pertinente, o silêncio e o desconforto devem atuar na mente do adversário.<sup>736</sup>

É notável a utilização de mecanismos e técnicas de manipulação das opiniões e desejos da outra parte, o que ressalta a natureza adversarial dessa técnica. Mesmo assim, por não ser impositiva como a decisão judicial, tem uma capacidade maior de atingir a Justiça em sentido aristotélico.

#### 4.2.1.4 Obter o "sim"

O modelo criado pela Escola de Harvard busca aumentar, matematicamente, a chances de sucesso, equivalente a um "acordo", o que demonstra, novamente, tratar-se de um modelo negocial.

A partir da Escola da Universidade de Harvard, das décadas de 1960 e 1970, a negociação passou a ser estudada e sistematizada, mediante o "[...] estabelecimento de técnicas e procedimentos estruturados, a fim de possibilitar o aumento das chances de sucesso nas negociações". Celebrados representantes da *Harvard Law School*, Roger Fisher, William Ury e Bruce Patton apontam princípios básicos para a boa negociação.<sup>737</sup>

É importante diferenciar “interesse” de “posição”<sup>738</sup>: as partes, normalmente, expõem sua posição, que não necessariamente coincide com seu interesse. Fala-se, na maioria das vezes, em números, valores ou situações concretas, ao invés de se afirmar o que se quer, verdadeiramente, o que permitiria a barganha nos moldes necessários ao atingimento de tal fim.<sup>738</sup>

É preciso que as partes e os negociadores encarem o processo de negociação com uma solução das dificuldades de todos, na qual o problema é compartilhado. É preciso separar o problema das pessoas em litígio, deixando-se claro que a divergência de opinião não deve afetar o sentimento pessoal ou o relacionamento. Para encontrar a solução, é preciso estar atento a três parâmetros: a percepção, a emoção e a comunicação.<sup>739</sup>

Além de prover um método abrangente para conseguir o que se quer, a negociação baseada em princípios pode ajudar a tornar o mundo um “lugar melhor”. A promoção da

<sup>736</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>737</sup> FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim**: a negociação de acordos sem concessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005, p. 10.

<sup>738</sup> Ibidem, p. 32.

<sup>739</sup> Ibidem, p. 33.

compreensão entre as pessoas ajuda a aumentar a satisfação e a minimizar o desperdício. A confiança nos padrões de justiça e o atendimento aos interesses de ambas as partes ajuda a produzir acordo duradouros, estabelecer bons precedentes e construir relações estáveis.<sup>740</sup>

Os custos do conflito serão cada vez menores, na medida em que o método de soluções se tornar a regra para lidar com as diferenças entre os indivíduos e nações. Além disso, o uso dessa abordagem atende aos valores de solicitude e de justiça, de maneira a satisfazer pessoalmente. A negociação é um processo bilateral, voltado à resolução de impasses ou controvérsias, no qual o objetivo é alcançar um acordo conjunto, por meio de concessões mútuas, que envolve a comunicação, o processo de tomada de decisão e a resolução extrajudicial da controvérsia.<sup>741</sup>

Note-se que, apesar de ser um modelo "economicista", preocupado com o encerramento (até mesmo "premature") do conflito, não busca fazê-lo de forma totalmente "egoística", pois determina a bilateralidade do processo de negociação.

### **5.2.2 Mediação "sistêmica" ou "circular-narrativa"**

Há um modelo "intermediário", que se encontra entre o satisfativo e o transformador, que busca a negociação, porém, preocupa-se, no processo, com os interesses extrapatrimoniais das partes.

O Modelo Circular- Narrativo de Sara Cobb corresponde a um processo que agrega ao modelo de Harvard algumas premissas da teoria dos sistemas de Luhmann. Há, aqui, uma preocupação com a circularidade e a interdependência entre as pessoas. A mediação focaliza a necessidade de compreensão da outra parte, de suas particularidades, interesses, objetivos e características. Na espécie "circular narrativa", a causalidade não é mais imediata como no modelo de Harvard, pois volta-se à compreensão recíproca entre as partes, "facilitada" por um terceiro estranho.<sup>742</sup>

Aqui, é necessário analisar não a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas, sim, o conjunto de causas remotas, anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para o conflito. Estabelece-se uma "pulsão permanente" entre o "desejo" e o

---

<sup>740</sup> Ibidem, p. 171-172.

<sup>741</sup> Ibidem, p. 172.

<sup>742</sup> LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal.** Florianópolis: Empório do Direito, 2015, p. 121.

“ter”, razão pela qual é necessário diferenciar conflito e disputa. Além disso, há uma causalidade circular, que permanentemente se realimenta. O modelo privilegia tanto as relações quanto o acordo.<sup>743</sup>

A mediação sistêmica baseia-se na teoria dos sistemas e trabalhando, mais enfaticamente, a relação entre as partes, de forma a modificar o “sistema” em que se encontram, a fim de propiciar aos participantes maiores condições para trabalhar o conflito.<sup>744</sup>

Na mediação sistêmica o conflito será trabalhado desde o modelo relacional, a "luta pelo poder sobre o outro".<sup>745</sup>

Assim, nesse modelo, observa-se uma “junção”, entre as técnicas negociais da Escola de Harvard e a pretensão transformativa. Trata-se, então, de um “meio termo” entre as referidas técnicas.

É um processo criativo, que decorre da agregação ao modelo satisfativo de Harvard, porém, originado da teoria geral dos sistemas e da terapia familiar sistêmica, da “cibernética de primeira e segunda ordem”, da “teoria do observador”, da “teoria da comunicação”, da “teoria narrativa”, etc.<sup>746</sup>

Aqui, a obtenção do acordo não é objetivo prioritário para possibilitar o processo circular-narrativo. Reconhece-se a importância da arte da conversa.<sup>747</sup>

O diálogo permite adquirir outros aprendizados. Aprende-se e desenvolve-se a arte de conversar com os outros seres humanos. A tarefa dos mediadores, aqui, é: desestabilizar as histórias; e possibilitar que se construam novas histórias.<sup>748</sup>

A mediação circular-narrativa engloba: microtécnicas, aplicadas sobre o aspecto inicial das narrativas;<sup>749</sup> as minitécnicas, aplicadas sobre os desdobramentos amplos das

---

<sup>743</sup> Ibidem p. 121-122.

<sup>744</sup> VEZZULLA, Juan Carlos. Op. Cit., p. 75.

<sup>745</sup> Ibidem, p. 77.

<sup>746</sup> Ibidem, p. 80.

<sup>747</sup> Ibidem, p. 81.

<sup>748</sup> Ibidem, p. 82.

<sup>749</sup> “As microtécnicas são aplicadas de dois modos: interrogativo e afirmativo. O modo interrogativo diz respeito às perguntas informativas (para obter esclarecimento) e às perguntas desestabilizantes e/ou modificadoras (para estimular a contextualização). As perguntas informativas: 1) viabilizam um melhor conhecimento dos saberes dos mediandos e 2) ajudam a esclarecer aspectos das informações recebidas. As perguntas desestabilizantes e/ou modificadoras objetivam contribuir para que os mediandos: 1) reflitam sobre o conteúdo da disputa; 2) reflitam sobre a relação; 3) produzam novos questionamentos; 4) assumam o protagonismo; e 5) compreendam a interdependência entre os elementos que compõem a mútua influência (causalidade circular) dos elementos entre si e sobre a totalidade do sistema/conflito”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 81).

narrativas;<sup>750</sup> as técnicas propriamente ditas, que permitem construir a história alternativa, desestabilizadora das histórias prévias;<sup>751</sup> e as macrotécnicas, que representam a confluência de todas as técnicas na mediação.<sup>752</sup>

Note-se, porém, que se trata de uma técnica composta e complexa, que não visa a inclusão das pretensões extrapatrimoniais, mas, sim, o seu descarte, com o objetivo de que os mediandos concentrem-se na problemática que, inicialmente, levou-os ao processo de mediação.

A mais destacada particularidade do modelo circular-narrativo, é a condução dos mediandos à desconstrução ou desestabilização das narrativas iniciais. A escuta das narrativas alterna-se com as perguntas de esclarecimento e de desestabilização. Não se destaca o problema substantivo, mas, sim, o problema como um todo, em toda a sua complexidade sistêmica.<sup>753</sup>

A contribuição mais notável da mediação sistêmica refere-se à comunicação, pois adotou técnicas de aperfeiçoamento da escuta, da investigação e do uso da reformulação, por meio da paráfrase e dos questionamentos, bem como da adoção de resumos que auxiliam o aprimoramento da comunicação, bem como a modificação dos pontos de vista dos participantes acerca das questões que são objeto do conflito".<sup>754</sup>

Trata-se, então, de um modelo que trabalha com a “manipulação” da linguagem, desejos e pretensões dos mediandos, de modo que não se preocupa diretamente com os interesses extrapatrimoniais ou, mesmo, com a resolução total do conflito. Tem, assim como a mediação satisfativa, maior capacidade de promover a justiça em sentido aristotélico do que a sentença judicial.

---

<sup>750</sup> As chamadas minitécnicas, normalmente aplicadas no processo de mediação, abrangem a externalização, os resumos e a equipe reflexiva. A) Externalização [...]; B) Resumo [...]; C) Equipe reflexiva (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 81).

<sup>751</sup> “Quanto à técnica propriamente dita, ou técnica da história alternativa (que busca a construção da história alternativa desestabilizadora das histórias prévias), trata-se esta da questão central do modelo circular-narrativo de mediação. [...] Quanto mais fechadas ou extremadamente coerentes estiverem as histórias dos mediandos, ou há pouca interação entre eles ou estão demasiadamente expandidos em histórias arquetípicas das culturas a que pertencem, aumentando as dificuldades do mediador. [...] Tal como em todo o processo de mediação, devem buscar os mediadores que os mediandos compreendam e não apenas entendam o outro, ainda quando não concordem com os seus argumentos”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 81).

<sup>752</sup> “Finalmente, quanto à chamada macrotécnica do encontro de mediação (ou confluência de todas as técnicas no encontro de mediação), deve-se dizer que se trata do próprio processo de mediação”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 81).

<sup>753</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 84.

<sup>754</sup> *Ibidem*, p. 73.

### 5.2.3 A mediação "transformativa"

Há, em contrapartida, outro modelo, este, sim, preocupado com as questões extrapatrimoniais inerentes ao conflito que, muitas vezes, encontram-se ocultas, por detrás das razões que motivam uma demanda.

O Modelo transformativo, de Bush e Folger, fundamenta-se na comunicação focada no aspecto relacional. Dirige-se ao empoderamento das partes, que devem ser responsáveis por suas ações, ou seja. Volta-se ao reconhecimento do outro como protagonista de sua vida e co-protagonista do conflito.<sup>755</sup>

A mediação transformativa incrementa o poder das partes, que protagonizam o seu conflito e, por intermédio da mediação, podem recuperar a sua autoestima, rompida em decorrência do problema vivenciado.<sup>756</sup>

Esse tipo de mediação parece atuar de maneira inversa em relação à Escola de Harvard e ao modelo sistêmico, já que parte não da razão imediata do conflito, mas, sim, das questões implícitas à demanda.

Na mediação transformativa o foco inicial é a “auto- afirmação” dos mediandos, de modo a que recuperem, reflexivamente, seu poder restaurativo, afastando-se dos modelos nos quais um *expert* decide “conceder” poder às pessoas, que, então, se mostram como “objeto”. É um processo co-evolutivo, de afirmação e transformação, mediante a colaboração de um mediador, sem hierarquia, voltado à apropriação e à integração como recursos dirigidos a viabilizar o reconhecimento das diferenças, a identificação dos interesses e necessidades comuns, as opções, os dados da realidade e o entendimento.<sup>757</sup>

Nos anos 1970, estudiosos de vários campos do conhecimento, como as ciências políticas e o direito, perceberam que a visão individualista do mundo estava em processo de substituição por uma visão relacional. Nesse contexto, tornou-se importante desenvolver instituições com papéis social, cultural e ecologicamente ampliados. Não apenas instrumentos voltados à proteção de direitos e liberdades individuais, mas, também, ao desenvolvimento da comunidade cívica e da interconexão humana.<sup>758</sup>

---

<sup>755</sup> EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação: uma experiência com adolescentes**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 121-122.

<sup>756</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>757</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 85-86.

<sup>758</sup> Ibidem, p. 86.

A mediação transformativa acolhe técnicas da mediação satisfativa, da terapia sistêmica de família, e elementos do paradigma da ciência contemporânea, tais como a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade.<sup>759</sup>

A mediação transformativa busca nas experiências anteriores alguns dos seus procedimentos. Na transição para a mediação transformativa deve ser considerada a importante contribuição da mediação sistêmica, que teve seu desenvolvimento na área dos conflitos familiares, a partir da terapia sistêmica das famílias ou casais.<sup>760</sup>

Autodeterminação e reconhecimento integram uma circularidade, que passa pelo necessário pressuposto da interação. As interações são o “pano de fundo” das autodeterminações e dos reconhecimentos. Ao escutar e questionar os mediandos, o mediador deve visar ao padrão de interação, ao modo como o conflito foi construído e o potencial de conversão em confronto e violência.<sup>761</sup>

A abordagem não é individualista, mas, sim, relacional. Essa visão relacional rompe com a ideologia individualista presente nas práticas de mediação nos Estados Unidos, pois mostra que os mediadores podem proceder a uma abordagem que permite ajudar as partes a aproveitarem as oportunidades que o conflito apresenta para a capacitação (autodeterminação) e para a empatia (reconhecimento). O enfoque na autodeterminação leva o mediador a observar pontos do procedimento nos quais os mediandos têm a oportunidade de se apropriarem de uma clareza maior em relação a seus objetivos, recursos, opções e preferências.<sup>762</sup>

A mediação opera como uma “ética de alteridade”, como “acolhimento da diferença” que, sobre o fenômeno circular e dialético que surge da relação, substancializa-se por meio da autodeterminação e construtivamente se integra pelo reconhecimento.<sup>763</sup>

O modelo transformativo, diferentemente do circular-narrativo, visa superar as posições iniciais dos mediandos e o padrão relacional, por meio da capacitação ou da autoafirmação dos mediandos. As escutas e perguntas estão voltadas ao “empoderamento” e não à desestabilização. O mediador não é um técnico, mas, sim, um colaborador nesse processo. A relação e o problema material são conjuntamente considerados, porém, com

---

<sup>759</sup> Ibidem, p. 65.

<sup>760</sup> Ibidem, p. 73.

<sup>761</sup> Ibidem, p. 86.

<sup>762</sup> Ibidem, p. 86-87.

<sup>763</sup> Ibidem, p. 87.

abordagens distintas, priorizando-se a superação dos bloqueios emocionais que comprometam a comunicação.<sup>764</sup>

Na mediação transformativa, o foco recai não é o acordo, mas, sim, as próprias pessoas que participam da mediação, de modo a promover sua revalorização e reconhecimento. O conflito liga-se à identidade, ao equilíbrio que o sujeito perde quando é desconhecido e desrespeitado, que se recupera quando é aceito e respeitado.<sup>765</sup>

Note-se, aqui, que o objetivo é, sim, o de “transformar” o conflito inicial em uma resolução total, completa, patrimonial e extrapatrimonial, de modo que é capaz de atingir a Justiça em sentido aristotélico, de maneira ainda mais aprimorada do que os modelos satisfativo e sistêmico.

#### 5.2.4 A "terapia do amor mediado" (TAM)

O modelo construído por Luiz Alberto Warat, conhecido como "Terapia do Amor", representa um passo além da mediação transformativa, já que propõe mediar a partir de uma “psicoterapia do reencontro do amor perdido”.<sup>766</sup> Trata-se, portanto, da inscrição do amor no processo de conflito.

Nesse modelo, "[...] a mediação começa quando as partes conseguem interpretar, no simbólico, ódios e amores que as diferenciam", pois deve facilitar às partes a possibilidade de interpretar ódios e amores: "[...] o que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo". Os casos patrimoniais "sem história" necessitam de negociação, de transação, pois "não existe conflito a resolver". A mediação, por sua vez, serve para a situação na qual ao menos uma das partes "[...] tenha um conflito de ódio, amor ou de dor".<sup>767</sup>

Note-se que o modelo se volta a casos conflituosos que tenham questões extrapatrimoniais envolvidas, o que demonstra que não se trata de uma negociação ou mesmo de uma "conciliação".

A mediação é uma forma “ecológica” de resolução dos conflitos sociais e jurídicos, na qual o intuito de satisfazer um desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada da sanção

<sup>764</sup> Ibidem, p. 88.

<sup>765</sup> Ibidem, p. 85-90.

<sup>766</sup> EGGER, Ildemar. Op. Cit., 2008, p. 123.

<sup>767</sup> WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, psicanálise e mediação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 13.

legal. Trata-se de um formato alternativo de resolução de conflitos jurídicos com o “outro”, sem a preocupação de dividir a justiça ou ajustar o acordo às disposições do direito positivo.<sup>768</sup>

O mediador deve espelhar uma “atitude geral diante da vida”, um paradigma ecológico e um “critério epistêmico de sentido”, atuando de modo a construir um acordo transformador das diferenças, em uma forma ecológica de resolver o conflito social e jurídico, substituindo a aplicação coercitiva da lei.<sup>769</sup>

O conflito se resolve porque os interessados foram capazes de reconstruí-lo simbolicamente, transformando-o a partir de uma nova interpretação.<sup>770</sup>

Ao contrário da mediação, o juiz resolve o conflito de acordo com o Direito vigente, compensando economicamente, mediante sanção, o agravo que se considerou produzido, de modo que apenas mudam de lugar uma parte do patrimônio comprometidos. É um sistema excludente que, hoje, não é nem ideal, nem conveniente.<sup>771</sup>

A mediação deve ser vista como um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual os interessados têm a oportunidade de resolver suas diferenças pela reinterpretação da contenda no domínio simbólico, o auxílio de um mediador, para que encontrem os caminhos de resolução.<sup>772</sup>

A mediação rumo a um afastamento do paradigma jurídico da modernidade, que se apoia no individualismo possessivo e ignorante do outro.<sup>773</sup>

Uma mudança de perspectiva traz uma nova concepção dos conflitos. As divergências passam a ser vistas como “oportunidades alquímicas”, pois as “energias antagônicas” se complementam. O Direito se torna solidariedade, pois cada homem deixa de ser uma “mônada isolada”, compreendendo que a sociedade é, unicamente, um produto da complexidade desses vínculos.<sup>774</sup>

A mediação deve reconstruir o simbólico, o imaginário e a sensibilidade, bem como produzir, com o “outro”, as diferenças que permitam superar as divergências e formar as identidades culturais.<sup>775</sup>

---

<sup>768</sup> WARAT, Luis Alberto. **Em nome do acordo:** a mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998, p. 05.

<sup>769</sup> Ibidem, p. 05-06.

<sup>770</sup> Ibidem, p. 10.

<sup>771</sup> Ibidem, p. 10-14.

<sup>772</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>773</sup> Ibidem, p. 50.

<sup>774</sup> Ibidem, p. 55.

<sup>775</sup> Ibidem, p. 58.

A questão, aqui, vai além do jurídico, pois busca penetrar profundamente as razões intrínsecas ao conflito, de maneira que não elimina o conflito, mas, sim, procura resolvê-lo, em profundidade.

Até porque, no momento em que se menciona o “acordo” na mediação, escapa-se da ideia de acordo jurídico. O termo é usado como metáfora que evoca a necessidade de um compromisso interior, que ambas partes devem realizar consigo mesmas. Trata-se de “auto composição”, no sentido de que as mesmas partes de um conflito chegam à produção de uma diferença que podem recompor, olhando para seu interior, para os ingredientes afetivos, jurídicos, patrimoniais, etc., para gerar um novo no conflito.<sup>776</sup>

A auto composição pela mediação é ecológica, uma “eco-autocomposição”, pois é uma forma de realização da autonomia, que educa, facilita e ajuda na produção das diferenças (do “tempo com o outro”), que modificam as divergências. Ao se procurar uma negociação transformadora das divergências, produz-se uma considerável melhoria na qualidade de vida. Nesse sentido, quando se fala em mediação, fala-se em terapia, não em negócios, pois não há negociação na mediação.<sup>777</sup>

A mediação é um instrumento de cidadania, pois educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e realizar as tomadas de decisão sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados. A justiça acompanha a evolução do homem em suas necessidades, que resultam da evolução tecnológica, social, política, jurídica e econômica. Faz-se necessária a adaptação, que é parte de qualquer processo evolutivo. É necessário procurar soluções eficazes, que podem ser obtidas não somente pelos meios estatais, mas pela própria participação dos litigantes nos meios alternativos.<sup>778</sup>

Por ser um procedimento de intervenção sobre todo tipo de conflito, é muito mais do que um instituto processual. Para que se possa falar de mediação, é preciso introduzir uma teoria do conflito mais psicológica que jurídica.<sup>779</sup>

A mediação é uma forma de superar a cultura jurídica moderna, pautada no litígio e no desejo de obtenção da verdade por um juiz, que pode pensar a si mesmo como uma potestade, um “semideus” na descoberta de uma verdade, que nada mais é do que imaginária. A decisão

---

<sup>776</sup> WARAT, Luiz Alberto. Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto. *Scientia Iuris*, n.4, p. 3-18, 2000, p. 4.

<sup>777</sup> Ibidem, p. 6-7.

<sup>778</sup> Ibidem, p. 9.

<sup>779</sup> Ibidem, p. 11-12.

judicial, assim, parte do sentido comum teórico dos juristas, a partir do imaginário da magistratura.<sup>780</sup>

Um lugar de decisão que não considera o fato de que o querer das partes pode ser diferente do “querer decidido”. O conflito, em sentido jurídico, é uma “visão negativa dele mesmo”, pois os juristas pensam que o conflito é algo a ser evitado. O sentido comum teórico organiza seu imaginário pensando o conflito como controversial, redutível a questões dogmáticas, normativas e patrimoniais. Os juristas não pensam no conflito em termos de satisfação e insatisfação emocional ou sensível.<sup>781</sup>

A alteridade revaloriza o “outro” no conflito, em detrimento do excessivo privilégio outorgado às formas de dizer o direito no litígio. A mediação não é uma ciência, mas, sim, uma arte a ser experimentada.<sup>782</sup>

Aqui, a mediação passa a se relacionar diretamente com o conceito de direito como “arte de praticar constantemente o bom e o justo”, de Justiniano, inspirado na filosofia aristotélica.

Ocorre que, quando os juristas falam em “conflito”, reduzem-no à figura do litígio, e consideram seus efeitos normativamente, pois, quando intervém em um litígio, apelam ao imaginário jurídico (“sentido comum teórico do direito”). Assim, o conflito pode se cristalizar e voltar, agravado.<sup>783</sup>

Na mediação deve ocorrer um *kairos*, que é um acontecimento único, onde a vida e a oportunidade se encontram e produzem um acontecimento único. É o “encontro consigo mesmo”. A mediação é justamente esse momento, no qual é oportunizado aos mediados um encontro consigo mesmo e com o outro, que transforma as pessoas.<sup>784</sup>

A mediação, enquanto “terapia do reencontro amoroso”, parte da ideia de que os processos de amor e desamor se encontram na vida de todas as pessoas. Os vínculos afetivos são parte de sua socialização e contribuem para seu bem-estar ou para sua infelicidade. A mediação deve ir fundo nos mal-estares, de modo a encontrar a raiz do permanente estado de conflito, levando ao reencontro transformador.<sup>785</sup>

A mediação não se deve preocupar com o litígio, com a verdade formal, nem, unicamente, com a obtenção de um acordo; deve ajudar os interessados a redimensionar o

---

<sup>780</sup> Ibidem, p. 12.

<sup>781</sup> Ibidem, p. 12-13.

<sup>782</sup> Ibidem, p. 13-17.

<sup>783</sup> WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001, p. 11-12.

<sup>784</sup> Ibidem, p. 25.

<sup>785</sup> Ibidem, p. 28-32.

conflito, que é um conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais, determinantes em relação ao choque de atitudes e de interesses no relacionamento entre as pessoas envolvidas.<sup>786</sup>

O conflito é uma confrontação “revitalizadora”. É uma diferença “energética” como potencial construtivo. A mediação é uma intervenção amorosa, de modo que não há sentido em falar em “imparcialidade”, da mesma forma que é ilusória a neutralidade que se reclama como postura do juiz, pois o mediador não impõe o seu critério, não tendo, por isso, que se discutir a sua imparcialidade.<sup>787</sup>

A mediação acaba por não ser uma *Alternative Dispute Resolution* (ADR), pois não é um mero recurso alternativo ao judiciário. Não pode ser concebida de acordo com as crenças e os pressupostos do imaginário comum dos juristas. Ocorre que a própria mentalidade jurídica termina por converter a mediação em uma conciliação.<sup>788</sup>

As pessoas não estão orientadas para o acordo, pois foram socializadas em um modelo que não as condiciona a nenhuma opção que não a defender-se. Teme-se aprender, aceitar o novo e as mudanças, ou tentar entender, realmente, a “realidade profunda do outro”, porque pertencemos a um paradigma cultural que orienta às soluções, não aos processos.<sup>789</sup>

Nesse novo paradigma, a ética afasta-se do dever e se aproxima da solidariedade e da compaixão. A ciência escapa das consistências totalizadoras e universalizantes rumo à fragmentação, à complexidade e aos pressupostos epistemológicos carnavalizados. Nesse cenário é que o Direito troca o normativismo pela mediação.<sup>790</sup>

O recurso ao diálogo traz aprimoramentos. O diálogo e os denominadores comuns que conseguem constituem um novo e dinâmico pacto social para os oprimidos. A única saída do atual modelo de exclusão global do humano é o diálogo. Os problemas de uma comunidade não se resolvem com balas, mas, sim, pela mediação. O diálogo é a única coisa que pode dar um sentido de pertencimento a uma comunidade.<sup>791</sup>

O objetivo, então, seria ocasionar não uma conciliação, somente, mas, sim, uma “reconciliação”, não só entre os mediandos, mas, sim, entre o mediando e si mesmo, fazendo com que o conflito desapareça, e não somente seja ignorado.

---

<sup>786</sup> Ibidem, p. 81-82.

<sup>787</sup> Ibidem, p. 82-86.

<sup>788</sup> Ibidem, p. 89.

<sup>789</sup> Ibidem, p. 90.

<sup>790</sup> Ibidem, p. 186.

<sup>791</sup> Ibidem, p. 203.

Isso porque os sofrimentos devem ficar na periferia de ser. Assim, evita-se fazer do sofrimento uma tortura contínua para a alma. Recomendável é “sofrer sem interpretar”, sem criar teorias sobre o sofrimento.<sup>792</sup>

A meta da mediação é, no limite, a liberdade. A energia dirigida ao ciúme, à raiva e à dor tem que se tornar silêncio. A pessoa, quando silencia, atinge a paz interior, a não violência e a amorosidade. A Mediação não é técnica ou filosofia: é uma forma de ver a vida, de encontrar seu sentido, unicamente, vivendo-a. É uma forma de cultura, uma determinação de uma forma de vida. A mediação é um trabalho de reconstrução simbólica dos processos conflitivos, que permite formar identidades culturais e integras as partes no conflito, a partir de um sentimento de pertinência comum.<sup>793</sup>

Na mediação a única solução possível de um conflito está em sua “alquimia”. Cada um guarda, em si, a resposta e o caminho. O mediador ajuda as partes a se descobrirem nessa alquimia”.<sup>794</sup>

O objetivo do direito não é alcançar a paz social, aplicar a lei ou distribuir justiça. Busca, sim, “humanizar” o conflito, possibilitando a fuga das condições de alienação, determinadas pelo próprio Direito, para as condições de produção e a realização existencial da autonomia. Nem mesmo a filosofia, isoladamente, realiza as condições da autonomia, pois necessita de indivíduos instalados na experiência e na pedagogia.<sup>795</sup>

A mediação é uma possibilidade de crescimento, de transformação do conflito a partir das próprias identidades, sustentada pela compaixão e pela sensibilidade. Trata-se de uma prática cultural, um paradigma específico do direito, um “direito da outridade”, uma concepção ecológica do direito e um modo específico de terapia.<sup>796</sup>

A junção entre mediação e sensibilidade refere-se a uma terapia do “reencontro mediado” (TRM) ou do “amor mediado” (TAM), que pode ajudar as pessoas a compreender os conflitos com maior serenidade, retirando deles a “energia negativa” que impede sua administração criativa.<sup>797</sup>

Expõe-se um direito mais centrado na cidadania do que nas normas, uma justiça que não está centrada, mas, sim, no exercício cotidiano da “outridade cidadã”. O “direito da cidadania” e a “justiça cidadã” são ideias que surgem no pensamento jurídico transmoderno

---

<sup>792</sup> WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 24.

<sup>793</sup> Ibidem, p. 33.

<sup>794</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>795</sup> Ibidem, p. 114-115.

<sup>796</sup> Ibidem, p. 122.

<sup>797</sup> Ibidem, p. 123.

como maneiras de humanizar o Direito e a Justiça, para distanciá-los da concepção normativa da resolução de conflitos, que burocratiza os litígios e desumaniza seus operadores.<sup>798</sup>

Humanizar o Direito equivale a reduzir, à sua mínima expressão, o poder normativo. A cidadania e os direitos humanos são modelos de realização autônoma e emancipatória das relações. São modos de humanização das relações, da autonomia, que permitem aos homens escapar, da alienação, para a autonomia.<sup>799</sup>

Ainda se entende o pertencimento à espécie humana como algo dado, “gratuito”. Há, porém, um preço, que é o cuidado com a vida e o abandono do delírio de conquistar o Universo e dominar a natureza.<sup>800</sup>

A epistemologia da complexidade, enquanto filosofia política, é um lugar para a reflexão sobre como produzir lugares nos quais se possa escapar de sociedades estruturalmente dependentes, para indicar os caminhos da autonomia individual e coletiva”.<sup>801</sup>

A mediação como terapia do amor mediado relaciona-se ao conflito como um todo, pois enfrenta a complexidade das relações interpessoais e busca "desenterrar" os verdadeiros motivos que se escondem por trás do litígio.

### 5.3 O mediador como "homem justo"

A função de mediador é, evidentemente, essencial no que se relaciona ao procedimento da mediação, especialmente no que concerne ao atingimento do “justo meio”, em sentido oposto ao determinado pela lógica jurisdicional, necessariamente situada entre o “deferimento” e a “sucumbência”

Privilegia-se o paradigma “ganhar-perder”. Trata-se de uma lógica determinista binária, na qual a disjunção e a simplificação limitam as opções. O litígio, como método para resolver diferenças, dá origem a disputas, nas quais, usualmente uma parte termina “ganhadora”, e outra, “perdedora”, formato que empobrece o espectro das soluções possíveis, dificulta a relação entre as pessoas envolvidas, bem como gera custos econômicos, afetivos e relacionais.<sup>802</sup>

---

<sup>798</sup> Ibidem, p. 151.

<sup>799</sup> Ibidem, p. 151-152.

<sup>800</sup> Ibidem, p. 158.

<sup>801</sup> Ibidem, p. 251.

<sup>802</sup> SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: \_\_\_\_\_; LITTLEJOHN, Stephen. (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: ArtMed, 1999. p. 87.

Assim, o mediador é a terceira pessoa, interposta entre as partes em conflito, sem qualquer interesse que não seja obter, a partir do conflito e de suas razões, explícitas e implícitas, a equidade, enquanto justiça no caso concreto, de modo a que não haja vitória ou derrota, mas, sim, entendimento.

O conflito rompe a resistência do outro, pois, no confronto de duas vontades, uma domina a outra, esperando-lhe impor a sua solução. A tentativa de dominação pode se concretizar por meio da violência direta ou indireta, pela ameaça física ou psicológica. O desenlace final pode surgir do reconhecimento da vitória de um relacionado à derrota do outro. O conflito é uma maneira de “ter razão”, independentemente de argumentos racionais, a menos que as partes tenham aceito o arbítrio de um terceiro.<sup>803</sup>

A partir da mediação, os envolvidos poderão buscar compreender as fraquezas e as potencialidade de seu problema, de modo a tratar o conflito de forma satisfatória. As partes se apropriam do poder de gerir seus conflitos, diferentemente da Jurisdição estatal, que tem o seu poder conferido, por delegação, aos profissionais do direito.<sup>804</sup>

O mediador, responsável pelo bom andamento do processo, deve ser hábil, comunicar-se bem, conseguir exprimir seus pensamentos de forma simples e clara, e de receber os pensamentos das partes, sabendo interpretá-los. Com as informações que recebe delas, o mediador pode trabalhar para trazer à tona possíveis estratégias de tratamento de conflitos.<sup>805</sup>

Na mediação, que é espécie do gênero “justiça consensual”, é uma forma ecológica de resolução de conflitos sociais e jurídicos, pois, nela, o intuito de satisfação de um desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada da sanção legal. É um processo no qual um terceiro (mediador) auxilia os participantes a resolver uma disputa. O acordo final deve resolver o a partir de uma proposta mutuamente aceitável, devendo ser estruturado para manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas em um conflito.<sup>806</sup>

Sem o fortalecimento dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, o Judiciário continuará sofrendo com a quantidade não absorvível de pretensões e da demanda reprimida de milhões de pessoas sem acesso à justiça, pois podem contribuir para retirar alguns conflitos da estrutura clássica do Judiciário e para resolver aqueles que nunca chegariam a ela.<sup>807</sup>

---

<sup>803</sup> MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. Op. Cit., 2012, p. 46.

<sup>804</sup> Ibidem, p. 108-109.

<sup>805</sup> Ibidem, p. 109-110.

<sup>806</sup> Ibidem, p. 131.

<sup>807</sup> Ibidem, p. 163-164.

Desse modo, é pressuposto para a atividade do mediador que seja um "homem justo", como Aristóteles e, a partir dele, Cícero e Ulpiano o entendem, ou seja, deve praticar a Justiça com constância e perpetuidade.

A mediação criou um novo tipo de profissional, que não é um advogado nem psicólogo ou médico. Que de dever ser imparcial, mas investigar para conhecer os "reais interesses". Se o mediador perseguir os interesses de uma das partes promoverá a falência da mediação, que perderá sua identidade. Transformar-se-á em advogado ou juiz parcial, corrompendo-se.<sup>808</sup>

Assim, o primeiro dever do mediador relaciona-se à impossibilidade de ter algum interesse na "vitória" ou na obtenção de vantagem a qualquer das partes. Essa obrigação é tão grave para o mediador quanto o é para o julgador.

Isso porque os mediadores, mediante sua intervenção em conflitos, podem alcançar vários níveis de desenvolvimento e intensidade latentes, emergentes e manifestas.<sup>809</sup>

Assim, imparcialidade e a neutralidade são frequentemente consideradas críticas na definição das características deste tipo de mediação. *Imparcialidade* é a ausência de tendenciosidade ou de preferência, em favor de um ou mais negociadores, de seus interesses ou de soluções específicas que defendem. *Neutralidade* refere-se ao relacionamento ou comportamento entre interventor e disputantes.<sup>810</sup>

Os mediadores independentes não devem ter um relacionamento prévio com as partes disputantes ou, pelo menos, não tiveram um relacionamento do qual poderiam se beneficiar direta e significativamente e, também, que o mediador não espera obter benefícios ou pagamentos especiais de qualquer das partes, como a compensação por "favores".<sup>811</sup>

Deve-se ter em mente, também, a ideia de imparcialidade no sentido de proporcionalidade, a partir de Aristóteles, por aquele sob cuja responsabilidade encontra-se

---

<sup>808</sup> SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011, p. 52.

<sup>809</sup> "Os *conflitos latentes* caracterizam-se por forças implícitas não reveladas plenamente, que não chegaram ainda a um conflito polarizado: as partes, muitas vezes a mais forte delas, pode nem mesmo estar ciente da existência do conflito, presente ou potencial. Nos *conflitos emergentes*, as partes são identificadas, a disputa é conhecida, e muitas das questões são claras, porém, não houve uma "negociação cooperativa viável", ou um processo de resolução, de modo que tendem a crescer caso um procedimento de resolução não seja instalado. Já nos *conflitos manifestos*, as partes estão envolvidas em uma disputa ativa e contínua. Podem ter iniciado a negociação e chegado a um impasse. Nesses casos, o mediador, geralmente, busca mudar o procedimento de negociação ou intervir para adiar algum acontecimento". (MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 29-30).

<sup>810</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 54-55.

<sup>811</sup> Ibidem, p. 55.

o caso conflituoso, de forma que nasce o dever de praticar a justiça na situação de fato, de maneira a corrigir a injustiça prévia.

O mediador deve ser um "homem justo", no sentido aristotélico, no exercício de seu mister e ao, efetiva e conscientemente, praticar a Justiça nos casos concretos sob sua responsabilidade.

Diante disso, o mediador somente pode atuar a partir dos deveres basilares de imparcialidade e de neutralidade. Somente assim poderá alcançar os objetivos que são naturais a seu mister.

### ***5.3.1 Os objetivos do mediador***

Evidente que o mediador deve cumprir tarefas intrínsecas à sua função, no que concerne ao processo, bem como no referente aos resultados esperados.

O mediador deve estar sensível às necessidades emocionais dos mediandos, e demonstrar a importância do respeito mútuo e de outros interesses imateriais eventualmente presentes. É um terceiro, que age de forma a que os dois termos não somente preservem sua identidade, mas que saiam da mediação com a identidade “reforçada”, por terem podido, graças a presença do mediador, confrontar-se com o outro e evitar ser absorvidos pelo outro, fundidos ou derrotados.<sup>812</sup>

O mediador deve ter uma perspectiva “futura”, e trabalhar o que as pessoas envolvidas querem ou precisam vivenciar, juntas, nas próximas ocorrências. Precisa ser prudente, pois deve saber prever, o melhor possível, o que vai engendrar uma nova ação, bem como as consequências que se seguirão.<sup>813</sup>

Assim, o mediador não é somente um negociador; é sim, um “guardião das identidades” dos mediandos e, portanto, responsáveis pela justiça, em especial, no que se refere à equidade.

O mediador deve ser aceito pelas partes do conflito, pois é uma figura emblemática na realização da justiça. Sua intenção deve ser contribuir para a melhoria da qualidade de vida das pessoas, pela transformação das relações interpessoais. O mediador não pode pretender apenas à solução do conflito por meio de um acordo final. Deve “revalorizar” o potencial das

---

<sup>812</sup> TARTUCE, Fernanda. Op. Cit., 2013, p. 133.

<sup>813</sup> Ibidem, p. 135.

partes para estabelecerem relações mais satisfatórias, fundadas nas necessidades, desejos, sentimentos e opções de cada um.<sup>814</sup>

O mediador deve procurar conhecer os motivos do conflito, bem como as significações a ele atribuídas pelas partes, e ajudar os conflitantes a encontrarem saídas alternativas. Deve mobilizar as forças latentes das pessoas, com a intenção de que assumam o conflito como desafio ao seu crescimento humano e social.<sup>815</sup>

Nesse sentido, o mediador deve se manter imparcial mesmo após conhecer as peculiaridades do caso. Não se pode envolver com as emoções dos mediandos, apesar de ter de moldá-las à solução do conflito.

O mediador tem deveres, especialmente de prover informações adequadas às iniciativas financeiras e outras decisões das partes, a compreender o significado de todas as informações processuais e das doutrinas e práticas legais e de sua aplicação.<sup>816</sup>

Além disso, deve recomendar que as duas partes estejam assistidas por especialistas, que sejam representadas jurídica e independentemente e permitir a presença dos conselheiros das partes às sessões de mediação. O mediador deve ser um profissional de confiança, preparado e conhecedor de métodos e técnicas, porém, deve alcançar bons resultados por meio de sua “arte”.<sup>817</sup>

Nesse ponto, o mediador pratica a “arte do bom e do justo”, pois, apesar da neutralidade e da imparcialidade que devem imbuir sua função, é o responsável pelo atingimento da justiça no caso concreto.

O Mediador não é juiz, não profere sentença; não é árbitro, não emite parecer ou laudo; não é conciliador, porque não sugere soluções para o conflito: trata-se de um “terceiro de fato”, que rompe o paradigma binário da jurisdição estatal, que é tradicionalmente utilizado.<sup>818</sup>

Por meio do diálogo, o Mediador contribui para que as partes recuperem seus verdadeiros interesses, por meio do trabalho conjunto e espontaneamente para encontrar as melhores respostas às situações.<sup>819</sup>

---

<sup>814</sup> SOARES, Josemar Sidinei. Op. Cit., p. 129.

<sup>815</sup> Ibidem, p. 129-131.

<sup>816</sup> GRUNSPUN, Haim. Op. Cit., p. 35.

<sup>817</sup> Ibidem, p. 35-36.

<sup>818</sup> DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Aírto. Op. Cit., p. 140.

<sup>819</sup> Ibidem, p. 141.

A função do mediador tem especificidades e limites muito claros. Encontra-se proibido de julgar, apesar de ter de conduzir as partes conflitantes à própria solução do conflito.

### 5.3.2 Os tipos de mediador

A mediação, apesar de ser um instituto processual em sentido amplo, pode ocorrer em diversos setores da vida em sociedade, até porque, de conformidade com o que foi observado nos capítulos anteriores, não deriva do direito; ao contrário, é anterior à codificação e à própria ideia de direito positivo.

É natural, portanto, que a mediação não esteja, sempre, vinculada ao direito processual, até por ser um instituto característico da natureza humana. É possível identificar mediadores atuando no dia-a-dia, resolvendo conflitos interpessoais, sem qualquer preparação ou formação, distantes da prática forense.

Há três grandes classes de mediadores. Essa classificação se relaciona às partes envolvidas. Podem ser: mediadores da rede social; mediadores com autoridade; ou mediadores independentes. O tipo de relacionamento que o intermediário tem com os disputantes influencia seu tipo e seu grau de influência no auxílio às partes.<sup>820</sup>

Vários tipos de mediadores podem ser encontrados, na maioria das culturas, embora o desenvolvimento da mediação, em cada uma dessas culturas, enfatize ou legitime uma forma em detrimento de outra. Há os *mediadores da rede social*, que são procurados por terem relacionamento com os disputantes e, geralmente, fazem parte de uma rede social duradoura e comum, como um amigo pessoal, um vizinho, um padre, um líder comunitário etc.<sup>821</sup>

Há, também, os mediadores que são *autoridades* em relação aos litigantes, porque está em uma posição superior ou mais poderosa, tendo a capacidade de influenciar o resultado da disputa, geralmente, utilizando-se de suas próprias conclusões, o que não significa que não exerçam importante influência, até mesmo para limitar os parâmetros do acordo.<sup>822</sup>

Os mediadores com autoridade podem ser de três ordens: *benevolente*, *administrativo/gerencial* ou *com interesse investido*.<sup>823</sup>

---

<sup>820</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 48.

<sup>821</sup> Ibidem, p. 48-49.

<sup>822</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>823</sup> “Um mediador benevolente deseja um acordo que seja para ambos satisfatório e não está, particularmente, preocupado em satisfazer suas necessidades ou interesses principais ligados à

O mediador *benevolente* pode influenciar ou decidir uma questão em disputa, mas, normalmente, valoriza o acordo feito pelas partes, mais do que seu próprio envolvimento para conseguir uma decisão. O mediador *administrativo/gerencial* tem influência e autoridade sobre as partes, pois ocupa uma posição superior em uma comunidade ou organização, com alguma autoridade organizacional ou legal para estabelecer os parâmetros de negociação nos quais uma decisão aceitável possa ser determinada. Tem um interesse fundamental, institucional ou legalmente imposto no resultado.<sup>824</sup>

O mediador *com interesse investido*, de maneira similar ao mediador gerencial, tem interesses fundamentais e processuais no resultado da disputa. Estabelece os parâmetros gerais do acordo de modo a satisfazer as normas organizacionais ou legais, e encoraja e ajuda as partes a trabalhar nessa estrutura.<sup>825</sup>

Uma outra espécie é o *mediador independente*, cujo nome resulta tanto do relacionamento de "neutralidade" que o interventor tem com as partes quanto da postura de "imparcialidade" que assume em relação ao problema em questão.<sup>826</sup>

O intermediário independente, em geral, existe em culturas que desenvolveram tradições de aconselhamento ou assistência profissionais, independentes e objetivas,<sup>827</sup> e nas quais há uma tradição de um judiciário independente, que fornece um modelo "justo" de procedimento, bem como as terceiras partes imparciais que auxiliarão na resolução do conflito. Ultimamente, esse tipo de intervenção tem sido chamado de "modelo norteamericano de mediação".<sup>828</sup>

Interessa aqui, em especial, o trabalho do mediador administrativo/gerencial e do mediador com interesse investido, tendo em vista que são esses que especialmente atuam na seara processual brasileira.

resolução. Entretanto, os mediadores benevolentes podem ter interesse pessoal na justiça, eficiência, parcimônia e minimização do conflito aberto e interesses psicológicos na manutenção de sua posição pessoal, conseguindo o respeito das partes e de outros observadores da disputa, ajudando efetivamente os indivíduos a resolver suas diferenças ou sendo vistos como servidores dos interesses mais amplos de paz e harmonia na comunidade". (MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 51).

<sup>824</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 51.

<sup>825</sup> "O mediador com interesse investido, em geral, tem interesses específicos e objetivos com relação a todos os aspectos da disputa e defende estes objetivos com entusiasmo e convicção. [...] pode ser muito eficiente em determinadas circunstancias e é uma variedade comum da pratica da mediação, mas poderia ser melhor chamada de 'defesa da terceira parte'". (MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 54).

<sup>826</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 54.

<sup>827</sup> "Os membros dessas culturas muitas vezes preferem o conselho e a ajuda de pessoas "de fora", independentes, que são vistas não tendo interesse pessoal investido na intervenção ou em seu resultado, a assistência de pessoas 'de dentro', com quem podem ter relacionamentos ou obrigações mais complexos e frequentemente conflitantes". (MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 55).

<sup>828</sup> MOORE, Christopher. Op. Cit., p. 55.

É de se notar, porém, que todas as espécies de mediadores devem caminhar pela prática constante e permanente do bem comum, especialmente em decorrência do fato de que não podem eliminar o conflito por intermédio de autoridade, mas, sim, por meio do diálogo entre as partes, de forma a obter, verdadeiramente, a Justiça no caso concreto.

### **5.3.3 O mediador-negociador**

O primeiro aspecto ao qual o mediador deve se atentar é o negocial, em sentido amplo, porém. Isso porque deve se atentar aos princípios e procedimentos legais relacionados à mediação, assim como não pode simplesmente ignorar os interesses patrimoniais das partes, até porque são, de regra, o motivo pelo qual o conflito se inicia.

Nesse sentido, se uma parte mais fraca tiver menor poder ou influência, o reconhecimento de suas necessidades e interesses só vai ocorrer se o lado mais forte for orientado de maneira altruísta, e, se os potenciais de influência dos oponentes forem bem desenvolvidos, iguais em força e reconhecidos por todos os disputantes, o trabalho do mediador será ajudá-los a usar de maneira eficaz o seu prestígio, para produzir resultados mutuamente satisfatórios.<sup>829</sup>

Se, porém, o crédito de cada lado não for igual, e uma parte puder impor à outra uma solução insatisfatória, um acordo que não vai perdurar ou uma resolução que vai resultar em um conflito renovado mais tarde. O mediador tem que decidir se e como ajudar a parte mais fraca, bem como a moderar a influência da parte mais forte.<sup>830</sup>

Ajudar ou capacitar o sujeito mais fraco ou influenciar as atividades do mais forte (estratégias contingentes que não ocorrem em todas as mediações) requerem intervenções muito específicas que deslocam o papel e a função do mediador perigosamente próximo da defesa.<sup>831</sup>

Nesse sentido, faz-se necessário que o mediador, apesar de sua imparcialidade, esteja atento à manutenção do equilíbrio negocial entre as partes em conflito, sob pena de seu trabalho restar inutilizado.

O mediador trabalha com oportunidades, apoiado nos processos mentais e emocionais dos próprios mediandos, visando ao esclarecimento e às decisões. O enfoque na empatia torna

---

<sup>829</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>830</sup> Ibidem, p. 69-70.

<sup>831</sup> Ibidem, p. 70.

o mediador um observador, enquanto os mediandos sopesam perspectivas, pontos de vista e as experiências do outro.<sup>832</sup>

Trabalha estimulando os esforços de compreensão integradora, de forma que a mediação é “potencialmente transformativa”, pois oferece aos mediandos a oportunidade de desenvolver e integrar as capacidades de autodeterminação e responsividade aos outros. Ao perceber as conexões, as regras implícitas, as ações interligadas, esses eventos e as reflexões entre os eventos, mediante a adoção de questionamentos e intervenções voltados a estimular a expansão dos contextos. Assim, o mediador pode ajudar os mediandos a ultrapassarem os padrões de interação repetitivos e insalubres.<sup>833</sup>

Para obter resultados transformativos, os mediadores devem aprender a pensar a disputa em termos sistêmicos, mediante abordagens múltiplas. Identificar a natureza da interação é o meio para a identificar interesses, expectativas e valores comuns subjacentes ao conflito.<sup>834</sup>

Ainda que seja um *expert* no tema, não pode assessorar sobre o assunto em discussão, pois cuida do relacionamento e da descoberta dos verdadeiros interesses de cada uma das partes. Assim, o mediador conduz sem decidir”.<sup>835</sup>

A partir da igualdade distributiva, surge o dever de praticar a Justiça por meio da divisão proporcional, ideia que deve permear o trabalho do mediador, para que possa, ao mediar, resolver o conflito, auxiliando as partes a encontrar o “justo meio”.

Mesmo em sua atividade puramente negocial, o mediador deve estar atento à necessidade de atingimento do “justo meio”, de modo que não se pode desviar da “arte da prática constante do bom e do justo”.

---

<sup>832</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 86.

<sup>833</sup> Ibidem, p. 86-87.

<sup>834</sup> “Em primeiro lugar, os mediadores precisam procurar conexões. Os eventos na disputa devem ser vistos como parte de algum padrão maior. E nunca há apenas um padrão. O que está ocorrendo entre pessoas e não é criação de apenas uma delas. [...] Em segundo lugar, os mediadores devem observar as regras implícitas em cada um desses padrões. [...] Essas regras, esses códigos de conduta, dão forma e estrutura à realidade que vai sendo criada e, ao mesmo tempo, constituem um indicativo de como se comportar em cada situação. Em terceiro lugar, o mediador deve, ainda, perceber que esses padrões, regras e códigos de conduta estão situados num contexto ou conjunto de contextos. [...] Em quarto lugar, o mediador deve perceber que um sistema de interações constitui ações interligadas, e deve observar como uma ação se liga à outra. Em quinto e último lugar, deve o mediador ter em conta que os eventos de um sistema são cíclicos e refletem uns aos outros”. (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 86-88).

<sup>835</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. Op. Cit., p. 89.

Seu dever de buscar a justiça aristotélica, em todos os seus sentidos, não desaparece em decorrência de lidar com questões eminentemente patrimoniais. Até porque, a necessidade de obter justiça política, corretiva e distributiva ainda estará presente.

Diante disso, a neutralidade do mediador deve estar presente no processo de mediação do início ao fim, o que não significa que deva permanecer estanque: deve, sim, adentrar o diálogo e resgatar as identidades dos mediados e, ainda, fazer com que as partes obtenham, por si, a solução do conflito.

### 5.3.4 O mediador transformador

A segunda e talvez a mais importante função do mediador é a de "transformar" a situação conflituosa em harmonia e paz, mantendo, ainda, sua imparcialidade e a sua neutralidade.

O mediador deve recolocar o conflito no "terreno das pulsões de vida". Tem que retirar o conflito do "espaço negro das pulsões destrutivas" e tentar "erotizar" o conflito, inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito. O mediador tem de demonstrar uma capacidade de administrar as diferenças do desejo e do saber.<sup>836</sup>

Deve pensar que, no interior de um território aberto, com o descompromisso e a liberdade, próprias da *bricolage*, retirando dos relatos das partes o que for conveniente para facilitar a autotransformação do conflito. O mediador é necessário, porque, a autocomposição dos procedimentos de mediação é assistida, porque sempre é necessária a presença de um terceiro imparcial, que ajude as partes no processo de assumir os riscos de sua auto-decisão transformadora do conflito, devendo ajudar as partes para que "acordem com elas mesmas" a necessidade de se modificar no âmbito do conflito, para que se prometam, silenciosamente, a mudar em seu interior.<sup>837</sup>

O mediador existe para criar espaços transacionais, como um "entrenós afetivo-informativo", que facilita as decisões das partes. Sua função não é de "poder decisório", mas, sim, um discurso amoroso, destinado a inscrever pulsões no "registro de Eros". O mediador convida as partes ao reencontro de suas pulsões de vida, à transformação vital. O dever do mediados é mais de ordem do que de abstinência.<sup>838</sup>

<sup>836</sup> WARAT, Luis Alberto. Op. Cit., 1998, p. 37.

<sup>837</sup> WARAT, Luiz Alberto. Op. Cit., 2000, p. 4.

<sup>838</sup> Ibidem, p. 13.

Deve, então, ser um agente da paz e da harmonia, agindo por meio da (auto) transformação dos mediandos, a partir do próprio conflito. Aqui, deve obter a justiça corretiva em sua totalidade, para que a situação dos mediandos retorne ao *status* anterior ao da existência do conflito.

O mediador tem que intervir no conflito, porém, acerca dos sentimentos das pessoas, ajudando-as a “sentir seus sentimentos”, renunciando à interpretação, e a olhar para si mesmas, não para o conflito, como se fosse alguma coisa exterior a elas. Tem que auxiliar as partes a chegar à raiz do conflito.<sup>839</sup>

A formação do mediador passa por um processo de “educação participativa”, que parte da ideia de que se tem que assumir e resolver, sair à procura de tudo aquilo que não se sabe. Com a *educação participativa* perde-se a fé nas crenças impostas, que se confundem com o conhecimento, especialmente a de que, em nome da verdade, não se pode ter divergências. Por meio da *educação participativa* adquire-se a responsabilidade de produzir uma nova própria crença, de “ajudar-nos a nós mesmos” a retirar de qualquer um que tenha pretensões dominadoras, o poder de produzir as crenças.<sup>840</sup>

A “experiência de educação conflitológica”, baseada no resgate do emocional, é uma forma de realização do Direito. A outridade define a natureza da relação ética, que une cada um com seus semelhantes.<sup>841</sup>

A Justiça "corretiva" é a parcela "prática" da Justiça distributiva, voltada à sua concretização nos casos particulares, colocados sob a atuação do mediador. A “correção” deve partir do dever ético de agir de conformidade com uma “justa expectativa” da contraparte, de modo que permanece possibilidade de alcançar a Justiça pelo “justo meio”, não pela proporção, mas, sim, pela igualdade “aritmética”.

Por ser diferente da “reciprocidade”, ambos aspectos da Justiça corretiva, o comutativo e o judicial, podem referir-se a conflitos civis. Ao mediador cabe aplicá-los. A justiça corretiva é própria da atuação do mediador que, dentro das possibilidades de seu mister, deve recriar o contexto anterior ao da injustiça da qual resultou o conflito, de modo a, efetivamente, conferir a cada parte aquilo que efetivamente lhe compete.

A formação do mediador como "homem justo" em sentido aristotélico deve compreender, também, a educação participativa, voltada a permitir que esse profissional entenda a profundidade e a importância de seus deveres, pois a mediação, além de buscar

---

<sup>839</sup> WARAT, Luis Alberto. Op. Cit., 2001, p. 26-32.

<sup>840</sup> WARAT, Luis Alberto. Op. Cit., 2004, p. 195.

<sup>841</sup> Ibidem, p. 212-249.

evitar o autoritarismo judicial e os custos do processo em sentido amplo, é, também, um instrumento de democracia.

O mediador, assim, deve ser capaz de extrair a virtude dos mediandos, a partir do conflito, de modo a que eles possam, por si, encerrar a contenda, obter a paz social e, em especial, a justiça em sentido aristotélico.

#### **5.4 A mediação nos diplomas legais**

De acordo com o que se observou acima, apesar de ser um instituto surgido há séculos, os estudos científicos acerca da mediação são historicamente novos, de modo que ainda há imensa carência de diplomas legais preocupados especificamente com o referido instituto de resolução de conflitos.

Recentemente, todavia, no Brasil, têm surgido normatizações cada vez melhores e mais preocupadas com o instituto da mediação e, também, com a Justiça que deve ser produzida por intermédio de sua aplicação.

No presente trabalho, serão trabalhados alguns dos dispositivos constantes em diplomas normativos que já se encontram em plena aplicabilidade no processo civil nacional, especificamente: o Código de Processo Civil, a Lei da Mediação e a Resolução número 125 do Conselho Nacional de Justiça, esta, contudo, a partir de duas emendas posteriores ao seu surgimento.

##### ***5.4.1 A mediação no Código de Processo Civil***

O Código de Processo Civil de 2015 surgiu com uma proposta de renovação de vários dos institutos processuais mais conhecidos e utilizados, bem como trouxe consigo a promessa de aceleração do provimento jurisdicional e desburocratização dos procedimentos, inclusive, por intermédio da mediação.

O interesse da mediação para o estudo do direito processual civil é evidente, pois também realiza a pacificação, uma das finalidades da própria função jurisdicional. Seu exame depende da forma mediante a qual ela será adotada pelo direito positivo brasileiro. As funções institucionais da Defensoria Pública, indicadas nos incisos do art. 4º da Lei Complementar n. 80/1994, determinam a necessidade de promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos

litígios, visando à composição por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos.<sup>842</sup>

O legislador processual civil, talvez em decorrência da notável comissão científica que presidiu o processo de redação da Lei Adjetiva, parece ter compreendido a importância do instituto no que se relaciona a desafogar o Judiciário da quantidade astronômica de demandas em processamento e, ainda, a serem propostas.

A valorização da mediação na atividade jurisdicional faz-se presente no Código de Processo Civil, que, além de prevê-las como instrumentos de pacificação do litígio, inclui nos quadros dos órgãos auxiliares da justiça os servidores especializados para o desempenho dessa função, bem como disciplina a forma de sua atuação em juízo.<sup>843</sup>

No lugar de contar somente com a autoridade do juiz, as partes obtêm melhores resultados na solução de seus conflitos, recorrendo à experiência e à técnica de pessoas capacitadas a promover a mediação e a conciliação, chegando, a resultados práticos mais satisfatórios.<sup>844</sup>

Em diversos países, a cultura social tem desviado grande parte dos conflitos aos mecanismos extrajudiciais, como a mediação e a conciliação, que, além de aliviar a pressão sobre o Judiciário, apresentam-se em condições de produzir resultados mais satisfatórios do que os impostos pelos provimentos autoritários dos tribunais. Na França, por exemplo, já se luta há meio século para modernizar a justiça e o processo, com a única e preocupação de “acelerar” a justiça, situação que tem sido favorecida pela “solução alternativa dos litígios”, que o direito positivo estimula por meio da conciliação e da mediação.<sup>845</sup>

A doutrina nacional, mesmo antes do atual Código de Processo Civil já reconhecia a presença do “princípio da cooperação”, de modo que, se o contraditório exige a soma dos esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo se realiza mediante a atividade cooperativa dos sujeitos.<sup>846</sup>

A mediação é um método alternativo de resolução de conflitos, que vêm ganhando força nos ordenamentos jurídicos modernos, que buscam retirar do Poder Judiciário a

---

<sup>842</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 50-242.

<sup>843</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 50-51.

<sup>844</sup> *Ibidem*, p. 51.

<sup>845</sup> *Ibidem*, p. 52-126.

<sup>846</sup> *Ibidem*, p. 131.

exclusividade na composição das lides, pois ninguém é melhor do que as próprias partes para alcançar soluções mais satisfatórias para suas contendas, chegando à autocomposição.<sup>847</sup>

Consiste em facilitar o diálogo entre as partes, para que consigam colocar fim ao conflito de forma consensual. O mediador é um terceiro imparcial, sem poder de decisão que, por meio de técnicas de negociação, incentiva e auxilia os envolvidos a alcançar a solução pacífica e adequada ao problema.<sup>848</sup>

A audiência de conciliação e mediação não se limita à possibilidade de autocomposição e se explica pela facilitação do contato direto do juiz com as partes, permitindo o diálogo a respeito do litígio e das provas necessárias para a demonstração dos fatos, de modo a se evitar a dilação probatória desnecessária e estimular a celeridade da prestação jurisdicional. Esse diálogo apressa o encerramento da fase cognitiva com maior segurança, o que resultará na entrega da tutela jurisdicional mais eficaz e célere.<sup>849</sup>

Ocorre que se faz necessário observar alguns dos dispositivos codificados que mais se coadunam com a ideia de concretização do conceito aristotélico de Justiça.

O §3º do Art. 3º determina que a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive, durante o processo judicial. Dentre as incumbências do juiz na direção do processo, no Art. 139, consta a promoção, a qualquer tempo, da autocomposição, preferencialmente auxiliada por conciliadores e mediadores judiciais. Estes, aliás, nos termos do Art. 149, são auxiliares da Justiça<sup>850</sup>

O Código reserva toda uma Seção para os Conciliadores e Mediadores Judiciais, determinando, no Art. 165, que os tribunais deverão criar centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis por realizar sessões e audiências de conciliação e mediação e desenvolver programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.<sup>851</sup>

O §3º do dispositivo determina que o mediador atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliando os interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que possam restabelecer a comunicação e identificar, por si próprios, soluções consensuais que resultem benefícios mútuos.<sup>852</sup>

---

<sup>847</sup> *Ibidem*, p. 596.

<sup>848</sup> *Ibidem*, p. 596-597.

<sup>849</sup> *Ibidem*, p. 1013.

<sup>850</sup> BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.

<sup>851</sup> *Ibidem*, n.p.

<sup>852</sup> *Ibidem*, n.p.

A mediação será informada pelos princípios da independência, imparcialidade, autonomia da vontade (inclusive no concernente ao procedimento, oralidade, informalidade, decisão informada e confidencialidade, que se estende a todas as informações produzidas no procedimento, e somente poderá ser utilizada para os fins previstos por deliberação das partes, e os mediadores (impedidos de exercer a advocacia nos juízos nos quais desempenhem suas funções) não poderão divulgar ou depor sobre fatos ou elementos oriundos da mediação.<sup>853</sup>

É permitido às partes, de comum acordo, escolherem o mediador (se será remunerado por seu trabalho) ou a câmara de mediação, mesmo que não cadastrado no Tribunal. De modo a preservar a imparcialidade, o mediador deverá comunicar, imediatamente, os autos à autoridade responsável, para redistribuição. Se o impedimento ocorrer durante o procedimento, a atividade deverá ser interrompida, bem como lavrada a competente ata.<sup>854</sup>

Há um período de “quarentena”, no qual o mediador ficará impedido, por um ano, a partir do término da última audiência em que atuaram, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, bem como a possibilidade de exclusão cadastral do mediador que agir com dolo ou culpa na condução da mediação ou violar qualquer dos deveres constantes do art. 166, ou que atuar em procedimento de mediação apesar de estar impedido ou suspeito.<sup>855</sup>

As pessoas jurídicas de direito público interno deverão criar câmaras de mediação voltadas a dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de pacífica de conflitos no âmbito da administração pública e promover, se possível, a celebração de termos de ajustamento de conduta.<sup>856</sup>

A petição inicial deverá indicar a opção do autor pela realização ou não de audiência de conciliação ou de mediação. O não comparecimento injustificado à referida audiência de conciliação é um ato atentatório à dignidade da justiça, que deverá ser sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa<sup>857</sup>

Note-se, assim, que o Código tem o mediador como um “homem justo”, preocupado em tratar a mediação como uma forma de se encontrar o “justo meio”, contribuindo para amenizar o acúmulo de processos, atenuando a morosidade processual e, via de consequência, colaborando para recuperação da legitimidade do Poder Judiciário, bem como a satisfação real dos mediandos.

---

<sup>853</sup> Arts. 166 e 167. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.)

<sup>854</sup> Arts. 168 a 170 (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.)

<sup>855</sup> Arts. 172 e 173. (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.)

<sup>856</sup> Art. 174 (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.)

<sup>857</sup> Art. 319 e 334 (BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015, n.p.)

#### 5.4.2 A Lei da Mediação (13.140/2015)

Além do próprio Código de Processo Civil, o legislador nacional tratou de construir um diploma especificamente voltado à mediação, qual seja, a Lei 13.140, também de 2015, que se volta a especificar as disposições da Lei Adjetiva, bem como a complementá-las, acerca de questões substantivas e procedimentais.

No litígio coletivo relacionado à posse de imóvel, se o esbulho ou a turbacão houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias. Nas ações de família, os esforços deverão ser empreendidos para a solução consensual da controvérsia. O juiz deve ser auxiliado, na mediação e na conciliação, por profissionais de outras áreas, e poderá, a requerimento das partes, determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.<sup>858</sup>

A audiência de mediação e conciliação poderá se dividir em tantas sessões quantas forem necessárias para viabilizar uma solução consensual, sem prejuízo das providências jurisdicionais voltadas a evitar o perecimento do direito. São títulos executivos extrajudiciais: o instrumento de transação referendado por mediador credenciado por tribunal é um título executivo.<sup>859</sup>

Também do ano de 2015, a Lei 13.140, que dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, bem como sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, conceitua a mediação como “[...] 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”.<sup>860</sup>

A referida Lei determina como princípios da mediação, para além daqueles ditados pelo Código, também, a isonomia, a busca do consenso e a boa-fé. Além disso, como consequência da autonomia da vontade, ninguém poderá ser obrigado a permanecer em procedimento de mediação.<sup>861</sup>

Podem ser objeto de mediação de conflito os direitos disponíveis ou os indisponíveis que admitam transação (condicionada à homologação do Ministério Público), no todo ou em parte. O mediador deverá ser designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes, e deverá

---

<sup>858</sup> Arts. 565 e 694 (BRASIL. Lei 13.140. 2015, n.p.)

<sup>859</sup> Arts. 565, 696 e 784 (BRASIL. Lei 13.140. 2015, n.p.)

<sup>860</sup> Art. 1º. (BRASIL. Lei 13.140. 2015, n.p.)

<sup>861</sup> Art. 2º. (BRASIL. Lei 13.140. 2015, n.p.)

conduzir a comunicação entre as partes, buscando, entendimento, consenso e facilitação da resolução do conflito, bem como deve revelar às partes, antes de aceitar a função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada acerca de sua imparcialidade para mediar o conflito, podendo ser recusado por qualquer delas.<sup>862</sup>

O mediador não poderá atuar como árbitro ou funcionar como testemunha em processos ao conflito no qual tenha atuado como mediador. Além disso, o mediador, no exercício de suas funções, equipara-se a um servidor público, para fins penais.<sup>863</sup>

Pode funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar conselhos, entidades de classe ou associações. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos e, caso uma das partes o faça, o mediador deverá suspender o procedimento, até que todas estejam assistidas.<sup>864</sup>

O mediador judicial deverá ser pessoa capaz, graduada com ao menos dois anos de ensino superior, que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela ENFAM ou pelos Tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo CNJ e pelo Ministério da Justiça.<sup>865</sup>

Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. É irrecurável a decisão que suspende o processo por requerimento comum das partes, mas não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.<sup>866</sup>

Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação, suspendendo-se o prazo prescricional. O mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, e solicitar as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre as partes.<sup>867</sup>

Encerra-se o procedimento de mediação com a lavratura do termo final, celebrado o acordo ou se não se justificarem novos esforços para a obtenção do consenso, por declaração do mediador ou por manifestação de qualquer das partes.<sup>868</sup>

---

<sup>862</sup> Art. 3º, 4º e 5º. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>863</sup> Arts. 7º e 8º (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>864</sup> Art. 10 (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>865</sup> Art. 12. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>866</sup> Art. 16. §§ 1º e 2º. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>867</sup> Art. 19. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>868</sup> Arts. 20 e 26. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

Na primeira hipótese, o termo final constitui título executivo extrajudicial e, se homologado judicialmente, judicial. O prazo para a conclusão do procedimento de mediação judicial é de sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes requererem sua prorrogação. A homologação judicial do acordo determina o arquivamento do processo, sem condenação em custas judiciais, se a conciliação ocorrer antes da citação do réu.<sup>869</sup>

A da confidencialidade não afasta o dever de os mediadores e das partes de prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos servidores a obrigação de sigilo das informações compartilhadas, de acordo com o Art. 198 do Código Tributário Nacional. A informação prestada em sessão privada, todavia, será secreta, exceto por expressa autorização.<sup>870</sup>

A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição, fazendo retroagir a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.<sup>871</sup>

A composição extrajudicial do conflito, porém, não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, se for verificado que sua ação ou omissão constitui infração disciplinar. Se o caso for de improbidade administrativa, ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.<sup>872</sup>

Ressalte-se, assim, que a Lei da Mediação traduz uma preocupação similar àquela do Código de Processo Civil, indo, todavia, além da Lei Adjetiva, a possibilitar, inclusive, que os procedimentos de mediação ocorram entre a Administração Pública e o administrado, de modo a amenizar o acúmulo de processos da Fazenda Pública, responsáveis por boa parte da crise estrutural do Poder Judiciário.

#### ***5.4.3 A Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça***

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, apesar de ser datada, originalmente, do ano de 2010, ou seja, anterior ao Código de Processo Civil e à Lei de

---

<sup>869</sup> Arts. 27 e 28. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>870</sup> Arts. 30 e 31 (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>871</sup> Art. 34. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

<sup>872</sup> Art. 36, §§3º e 4º. (BRASIL. **Lei 13.140**. 2015, n.p.)

Mediação, foi emendada em duas ocasiões, nos anos de 2013 e de 2016, de modo que tem disposições posteriores aos referidos diplomas.

Essa resolução instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, voltada a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos pelos meios adequados à sua natureza e peculiaridades, incumbindo aos órgãos judiciários à criação, nos termos do art. 334 do Código de Processo Civil e do art. 27 da Lei de Mediação, de modo a oferecer, antes da sentença, outros mecanismos de soluções de controvérsias, especialmente, consensuais, como a mediação e a conciliação, assim como atendimento e orientação.<sup>873</sup>

Determina, também, na implementação da Política Judiciária Nacional, a centralização das estruturas judiciárias, a adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores e acompanhamento estatístico específico, com auxílio do CNJ, inclusive, por meio de parcerias com entidades públicas e privadas.<sup>874</sup>

A resolução estabelece os temas que deverão ser trabalhados durante os cursos de formação dos mediadores: panorama histórico dos métodos consensuais de solução de conflitos, na legislação brasileira, nos projetos de lei, na lei dos Juizados Especiais, na Resolução CNJ 125/2010, no Código de Processo Civil e na Lei de Mediação; a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado de conflitos; cultura da paz e métodos de solução de conflitos; teoria da comunicação e teoria dos jogos; moderna teoria do conflito; negociação; conciliação; mediação; áreas de utilização da conciliação e da mediação; interdisciplinaridade da mediação; o papel do conciliador e do mediador e sua relação com os envolvidos na conciliação e na mediação; e a ética dos conciliadores e mediadores.<sup>875</sup>

As regras do procedimento de mediação são normas de conduta, que devem ser observadas para o bom desenvolvimento daquele, de modo a que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo a ser obtido.<sup>876</sup> Consistem em especificações dos princípios elencado pelo Código de Processo Civil e pela Lei de Arbitragem.

A informação refere-se ao dever de esclarecer os envolvidos acerca do método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de maneira completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos, as regras de conduta e as etapas do processo.<sup>877</sup>

---

<sup>873</sup> Arts. 1º e 2º. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**. 2010, n.p.)

<sup>874</sup> Arts. 3º e 4º. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**. 2010, n.p.)

<sup>875</sup> BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**. 2010, n.p.

<sup>876</sup> Ibidem, n.p.

<sup>877</sup> Ibidem, n.p.

A autonomia da vontade se relaciona ao dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária, com liberdade para tomar as próprias decisões, durante ou ao final do processo, bem como de interrompê-lo a qualquer momento. A ausência de obrigação de resultado consiste no dever de não forçar um acordo e não tomar decisões pelos envolvidos.<sup>878</sup>

A desvinculação da profissão de origem se refere ao dever de esclarecer aos envolvidos que atuam desvinculados de sua profissão original, informando que, caso seja necessária a orientação ou o aconselhamento, poderá ser convocado um profissional com a respectiva formação, com o consentimento de todos.<sup>879</sup>

E a compreensão quanto à mediação concerne ao asseguramento de que os envolvidos, caso cheguem a um acordo, compreendam perfeitamente as suas disposições, que devem ser exequíveis e gerar o comprometimento com seu cumprimento.<sup>880</sup>

O mediador deve exercer sua função com lisura, respeitar os princípios e regras e assinar, no início do exercício, termo de compromisso, submetendo-se às orientações do Juiz Coordenador da unidade à qual esteja vinculado, bem como restando proibidas de prestar serviços profissionais, de qualquer natureza, aos envolvidos no processo de mediação sob sua condução.<sup>881</sup>

O descumprimento dessas normas, bem como a condenação definitiva em processo criminal, resultará na exclusão do mediador do cadastro e no impedimento de atuar nessa função em qualquer outro órgão do Poder Judiciário nacional.<sup>882</sup>

Assim, a Resolução número 125 do Conselho Nacional de Justiça, especialmente ao determinar a necessidade de treinamento específico dos mediadores, corrobora sua posição jurídico-processual de “homem justo”, que se volta à obtenção do “justo meio” entre as partes, de modo a obter, em especial, Justiça particular e Justiça distributiva.

---

<sup>878</sup> Ibidem, n.p.

<sup>879</sup> Ibidem, n.p.

<sup>880</sup> Ibidem, n.p.

<sup>881</sup> Ibidem, n.p.

<sup>882</sup> Ibidem, n.p.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A insatisfação quanto à tutela jurisdicional é mostrada pelos jornais, televisão e internet. A lentidão, as custas processuais, a dificuldade na obtenção da assistência judiciária gratuita e a insistência no uso da linguagem rebuscada e inacessível ao público preocupa os profissionais do direito e prejudica o acesso à Justiça.

Alguns fatores são mais graves, relacionados à estrutura técnica, física e ética dos Tribunais, que resultam no acúmulo de processos, inviabilizando as decisões em tempo razoável, provocando o mau atendimento, e a utilização de linguagem rebuscada, que torna ininteligíveis as decisões ao povo.

Apesar disso, o Judiciário passou a ser o principal foro de resolução de contendas de variados tipos, o que resultou na “crise de litigiosidade” que enfrenta, abarrotando as prateleiras e os bancos de dados das Cortes e provocando entraves. Nesse quadro diversas soluções já foram pensadas e tentadas, porém, com pouco efeito.

A crise deriva dos mais variados fatores, desde a estrutura judicial até a acessibilidade relacionada ao teor das decisões judiciais. Ocorreram várias tentativas de “amenizar” os problemas, todavia, obtendo sucesso parcial. Diante da inércia dos demais Poderes, o Judiciário transformou-se no principal caminho para a solução de contendas dos mais diversos tipos, não tendo sido, porém, capaz de absorver a demanda.

A crise não é apenas determinada pelo acúmulo de processos, mas, sim, trata-se de uma crise de acesso, que se inicia na formação dos magistrados e serventuários. Os currículos dos cursos de direito ensinam de forma precária sobre cidadania, tolerância, diálogo e direitos humanos. A massificação do ensino do direito prejudica a formação humanista dos juízes, já que as faculdades se transformaram em cursos preparatórios extensivos, a ensinar o direito de forma egoística, economicista e tecnicista, sobre bases eminentemente legalistas e analíticas.

As preocupações dos magistrados não se resumem à aplicação da lei ou à imposição tirânica do poder judicial. Ocorre que a magistratura brasileira distanciou-se do povo que deveria servir. A solução para a crise de formação deles deve ser a radical modificação de paradigma, especialmente, por meio da interdisciplinaridade de sua preparação.

A estrutura do sistema de justiça produz o acúmulo de processos, que levam ao desequilíbrio das contas, à sobrecarga dos magistrados e dos serventuários e à lentidão. A morosidade pode levar a novas crises estruturais, em decorrência da necessidade de se indenizar os usuários do sistema de justiça.

Apesar de ser necessária a preocupação com a economicidade e o equilíbrio orçamentário dos Tribunais, o Judiciário deve se voltar ao ideal de Justiça, que tem movido as mais recentes reformas legislativas processuais e administrativas. Apesar da tendência de redução dos diplomas e legislações legais, ainda se mantém o mesmo formato “retalhado” de normatização processual.

O número de processos nos quais a Administração Pública, na defesa do interesse público secundário, ocupa números expressivos na quantidade de processos, aumentando significativamente os números do acúmulo e a lentidão da prestação jurisdicional. A crise pode ser indissolúvel pela mera reestruturação administrativa dos Tribunais, pois a legislação processual mantém-se desatualizada, não se adaptando às necessidades atuais da jurisdição. A epidêmica morosidade judicial é consequência da crise estrutural.

O acesso à justiça torna-se cada vez mais restrito, pois, além de se referir a questões, relaciona-se à questão da linguagem processual. Uma das principais inovações demandadas é a modificação da linguagem judicial, de modo a torná-la acessível ao povo, pois é ininteligível para os “não-iniciados”.

Novas demandas chegam à atenção do Poder Judiciário, voltadas ao suprimento das omissões legislativas e executivas, muitas vezes, com pedidos emergenciais, o que acaba por abarrotar ainda mais os Tribunais. O fato de o Judiciário ter assumido o papel de “concretizador” dos direitos sociais confirma a sua função de guardião dos direitos fundamentais. Assim, a judicialização da política é um fator de agravamento da crise jurisdicional.

O significativo aumento das prerrogativas judiciais pouco tem contribuído para a solidificação da legitimidade da jurisdição. Em um regime representativo, o poder é exercido por intermédio daqueles que foram eleitos, indicados ou aprovados para tomarem decisões que concretizem o interesse público. Legitimidade é a “medida” na qual o povo reconhece nos seus governantes a prática dos seus ideais, das suas pretensões e das suas ideias.

O Judiciário tem deixado de ser um Poder legítimo, desacreditado pelos movimentos sociais, grupos de pressão, indivíduos e demais instituições. O descrédito da população em relação aos Poderes Legislativo e Executivo estende-se à jurisdição. A queda na legitimidade do Judiciário é um dos fatores que ocasionam um aumento na litigiosidade, que aumenta a demanda e o número de processos, tornando-os ainda mais morosos, corroborando a ilegitimidade judicial.

A explosão de litigiosidade contribui para o avanço do processo de deslegitimação da jurisdição, situação que persiste, fazendo com o descrédito da população aumente. O

Judiciário não foi capaz de absorver o aumento qualitativo e quantitativo do número de demandas.

Observe-se o crescimento das demandas diretamente relacionadas às situações de hipossuficiência, de modo que as pessoas passaram a procurar o Judiciário como “último recurso” para concretização de seus direitos. Tendo o Judiciário tomado para si o dever de guardar a Constituição, a lógica contenciosa do processo se fortaleceu, o que resultou no acúmulo de processos e na morosidade judicial, que levou ao aumento do descrédito da população.

O estudo dos filósofos antigos é essencial para o entendimento pleno do conceito de Justiça, e suas aplicações à filosofia e à teoria do direito, especialmente no que concerne à possibilidade de comparação entre seus objetivos e aquilo que efetivamente se alcançou até a atualidade.

A conceituação aristotélica define a Justiça como virtude individual, porém, que visa à convivência em uma sociedade política que, no contexto da prática de atos "justos", relaciona-se ao ordenamento jurídico estatal (*polis*).

O conceito de Justiça em Aristóteles, relacionando-se diretamente à ética, incorpora valores individuais e sócio-políticos. É uma virtude "total", que parte do indivíduo para o meio social (*polis*), que é adquirida pelo exercício do bem "para o outro".

Mais do que isso, é um conjunto de valores intrínsecos ao homem, necessários à convivência na sociedade política, pois são inerentes às relações sociais, entre os indivíduos e os grupos de indivíduos.

Na filosofia aristotélica, a Justiça nasce no homem, por meio da "prática", contudo, no contexto da interação com o meio social, ou seja, por atos voluntários, ação ou omissão, enquanto o vício da injustiça pode dar-se involuntariamente.

A Justiça ocorre por meio de ações. Já a injustiça pode dar-se mediante condutas omissivas ou comissivas. São, portanto, conceitos "dicotômicos" e "coexistentes" e, ao mesmo tempo, opostos e complementares.

Assim, o "homem justo" não é construído apenas por uma ação, nem por diversas condutas "justas" isoladas. Apenas o hábito da Justiça pode construir um "homem justo", por intermédio da prática constante de prática de atos justos, voltados ao "outro". É nesse sentido que a equidade, apesar de seu caráter individual, é necessária à construção e à manutenção da sociedade política.

O conceito de "justo meio" em Aristóteles é um aspecto essencial do exercício da Justiça, pois se relaciona diretamente à prática da virtude e ao equilíbrio necessário das relações entre as pessoas em uma comunidade política.

O equilíbrio, na prática do bem para "o outro" nas relações sociais, enquanto "meio-termo", é base "lógica" da teoria da Justiça de Aristóteles, indispensável ao seu entendimento. Não é algo obtido abstratamente, mas sim ao caso concreto. A ação justa, porém, não equivale ao dever de submissão à injustiça.

A Justiça "particular" relaciona-se a esse hábito, que integra as práticas cotidianas e constantes do "homem justo". Regula as ações estatais relacionadas à distribuição proporcional das honrarias e bens.

Além disso, a prática da Justiça tem como um de seus aspectos necessários o exercício da igualdade. O "homem justo" e a comunidade de "homens justos" devem preocupar-se com a distribuição equânime de bens econômicos e sociais.

A ideia de distributividade é exposta por uma formulação lógico-formal, que equivale a uma proporção denominada "igualdade de razões". Ocorre, assim, por meio dessa formulação, voltada à ideia de proporcionalidade.

Outro aspecto da Justiça privada é a Justiça "corretiva", que corresponde à efetiva prática da Justiça distributiva, por meio de uma "igualdade aritmética". É a faceta "prática" da Justiça distributiva, que se volta à sua concretização em casos particulares.

Mantém-se a ideia de proporcionalidade no sentido de imparcialidade daquele sob cuja responsabilidade está um caso conflituoso. Nasce, porém, um dever de prática da justiça no caso concreto, de forma a corrigir uma injustiça.

Permanece, também, a ideia de alcançar a Justiça pelo "justo meio", encontrável, não pela proporção, mas, sim, por meio da igualdade "aritmética". Isso porque a "correção" parte do dever ético de agir conforme uma "justa expectativa" da contraparte. É algo como uma "igualdade perante a lei", pois não importa a natureza dos envolvidos, mas, sim, a violação ou não ao Direito.

A Justiça aristotélica, como "justiça política", concerne às relações entre homens e ordem jurídica. O conceito de "cidadão" grego na época da construção da teoria aristotélica, diferentemente do que se entende na atualidade, compreendia a igualdade em sentido jurídico entre todas as pessoas.

Por se referir somente aos "cidadãos" gregos, a Justiça política não se aplicava às relações entre amo e escravo ou entre marido e esposa. Esses aspectos eram reservados à "Justiça doméstica".

Já a Justiça natural relaciona-se às relações entre os cidadãos, membros da *polis*. Trata-se daquilo que, no futuro, originaria o próprio "direito natural", uma das origens da equidade.

A Justiça legal, por sua vez, guarda relação com a lei e as condutas praticadas de acordo ou em desacordo a ela. A lei vincula o homem, que é parte atuante da *polis*, e seu objetivo é a prática da Justiça.

Com o conceito de "Justiça doméstica", Aristóteles buscou uma justificativa "natural" para as diferenças entre cidadãos gregos, mulheres, crianças e escravos. Há, também, uma justificativa "política", contudo. Ocorre que, em decorrência das diferenças de "natureza" entre as relações recíprocas entre cidadãos e entre o cidadão em seu âmbito doméstico, não há um "direito", propriamente.

A ideia de Justiça em Aristóteles influenciou a filosofia do direito, tendo sido essencial para a construção de vários sistemas jurídicos antigos, especialmente, o direito romano, até porque a absorção cultural da filosofia grega ocorreu por assimilação, pois os romanos antigos, quase bárbaros, absorveram a cultura helênica. A partir de Aristóteles, construiu-se uma *ciência do direito*, de fundações helênicas, baseada na ética social e na convivência urbana entre os "homens livres", que detinham o *status civitatis*.

Os conceitos principais do direito e da ciência do direito romano no período clássico, jamais se distanciaram totalmente das noções éticas aristotélicas, que foram incorporadas até mesmo pelas grandes codificações.

A partir de Marco Túlio Cícero e das influências de Aristóteles, vislumbra-se a conexão do direito com a ética, especialmente na necessidade da "prática" da virtude humana da Justiça, pois na construção da ideia de direito romano, incluiu postulados aristotélicos sobre a virtude e sua prática, codificando-os de modo a possibilitar a concretização da ideia abstrata de justiça, transformando-a em algo "jurídico".

A noção de "justiça geral" a partir de Cícero, não se distancia de Aristóteles, em especial no que se relaciona ao convívio em sociedade. Também a noção de "justo meio" influenciou a construção da ciência do direito romano, que é um dos objetivos primordiais da prática da Justiça em Roma. Os romanos também assimilaram a ideia de equidade como "justiça aplicável ao caso concreto".

A influência estoica, contudo, foi responsável pela construção de vários institutos de direito privado e de direito processual, conhecidos e aplicados pelos ordenamentos jurídicos atuais, o que demonstra que o direito romano se formou sobre a "concorrência" de bases filosóficas, assim como a sua ciência do direito, baseada no ideal de justiça.

Comprova-se, assim, a influência da ética aristotélica na construção do direito romano e de sua filosofia, apesar do fato de que essa formulação sofreu influências de outras das principais filosofias gregas, especialmente, do estoicismo.

A ideia de direito natural em Aristóteles, porém, teve influência direta na formulação da legislação e da própria ciência do direito romano que era, sim, uma ciência do direito natural.

Ocorre que Aristóteles não fez referência textual a um "direito natural", apesar de separar os sentidos do *dikaion*, de forma a possibilitar extrair um sentido relacionado à construção da ciência do direito natural.

Aristóteles não identificou o direito com a lei escrita porque o *dikaion* somente pode ser alcançado pela prática. A influência dessas questões em Roma reforçou a ideia de que a ciência do direito romano é uma ciência do direito natural, com base no conceito de "justiça natural" em Aristóteles.

No mesmo sentido está a diferença entre direito "objetivo" e direito "subjetivo", pois o vocábulo latino *ius*, correspondente à *dikaion* e encontra, no direito romano, várias acepções. Nos diplomas legislativos gregos e na ciência romana do direito, a expressão *dikaion*, traduzida para o latim como *ius*, tem diversos sentidos, relacionados aos conceitos aristotélicos.

Em Roma, assim como na Grécia, o direito regulava as relações entre os cidadãos, portadores do *status civitatis*. A ética romana comparava-se à grega, cuja *polis* era composta de cidadãos. Os componentes do núcleo familiar romano, de maneira similar, ficavam à mercê do arbítrio do *pater familias*.

Com base no conceito de equidade, também para os romanos o direito não poderia ser reduzido às fórmulas legislativas, de modo que, assim como para a ética aristotélica, era "moldável", adaptável às circunstâncias de cada um dos casos concretos.

As ideias de direito e de justiça são indissociáveis na *praxis* romana. Ambas foram incorporadas à noção de cidadania. Assim, a ciência do direito romano se relaciona, diretamente, à sociedade romana.

A ordem e a paz na convivência entre os cidadãos, a partir do conceito de Justiça, tornou-se indissociável do Direito. A ciência do direito romano, assim, era a própria ciência do direito natural.

A influência aristotélica também foi decisiva na construção dos institutos de direito público e privado romanos, já que ambos buscavam, constante e perpetuamente, a justiça na *praxis*.

O direito processual romano buscava concretizar a justiça na resolução dos conflitos entre os cidadãos. A equidade romana era uma forma de praticar a virtude da justiça. O julgador deveria "guiar-se" pela lei, pois esta era expressão da justiça. Era possível, contudo, assim como afirmou Aristóteles, ignorar a norma de forma a aplicar concretamente a equidade, caso percebesse uma possível "injustiça" no caso concreto.

O *ius civile* romano, em sua sistemática judicial, trouxe um instituto essencial à prática judiciária atual, caracterizada pela infinidade numérica e qualitativa de demandas, processos e instrumentos processuais de perpetuação dos litígios, que era um negócio jurídico civil, privado, que operava no interior do processo judicial.

A mediação de conflitos parece existir desde a antiguidade, antes da ideia de codificação e de direito positivo. As tentativas de apaziguar contendas entre humanos existem desde que os homens convivem entre si. Precede, portanto, em milênios, o próprio direito processual.

A "descoberta" das origens da mediação, assim, é muito mais um trabalho arqueológico ou paleontológico, pois é possível que tenha surgido antes mesmo do *homo sapiens*, pois nem a ausência da linguagem escrita obstaculizou a existência de métodos de resolução pacífica de conflitos interpessoais.

Enfatiza-se a existência desse tipo de método na cultura greco-romana, que fazem parte da história da Grécia, desde seus primeiros, por meio de técnicas avançadas, compreendendo diversos aspectos da convivência em sociedade. Os "árbitros" atenienses, do tempo de Aristóteles, eram "mediadores", em sentido próximo do atual.

Ao menos no período clássico, a mediação romana não era enfatizada pelo direito, encontrando-se mais próxima às tradições, à cultura e ao comércio. O direito processual romano relacionava-se à atividade pretoriana, na qual os particulares tinham papel de destaque.

A mediação, em sentido processual, precisou surgir, de forma primitiva, pois haviam contendas em relação às quais a tutela pretoriana era impossível. O vocábulo *pactum* refere-se à "paz" em sentido social. Assim, a *transactio* é, sim, um instrumento voltado à harmonização social, pois, mesmo que o "objetivo" dessas transações não fosse aferir a adequação de um ato ao Direito, acabavam por obter a Justiça em sentido político.

Na China, a partir do pensamento de Confúcio, desenvolve-se a mediação, tornando-a algo "cultural". A filosofia confucionista assemelha-se à ética aristotélica e muito influenciou a formatação jurídico-política daquele país.

Confúcio pregava uma cultura de paz e harmonia entre as pessoas, o que demonstra que a mediação, para os chineses, é um instrumento voltado à justiça social, em oposição à resolução processual dos conflitos.

A harmonia entre os humanos era pressuposta para a existência de uma sociedade ideal, livre de conflitos e de atitudes belicosas.

O pensamento confuciano demonstrava-se adverso à resolução imposta, por acreditar que o acordo seria a melhor forma de resolver as contendas, trazendo harmonia e paz sociais. Assim, é possível que a mediação tenha se originado, remotamente, na antiga China.

Em Confúcio, a mediação seria, por extrapolação, um instrumento voltado à obtenção de algo como uma "Justiça política" em sentido aristotélico. Como Aristóteles, Confúcio foi filósofo, professor, político e estadista e muito viajou.

O Confucionismo guarda notáveis semelhanças com a Ética aristotélica. A necessidade de se "tratar" os concidadãos como finalidade, não como meio, assemelha-se ao dever de se praticar a Justiça constante e perpetuamente, e à definição romana clássica de direito: "a arte de praticar constantemente o bom e o justo".

Além disso, a noção de "pessoa moral", portanto, encontra-se extremamente próxima ao conceito de "homem justo" aristotélico e com a "arte do direito" em Cícero e Ulpiano, em especial no que concerne à prática perpétua e constante do bem para com o outro.

Chamam à atenção as enormes similitudes entre as ideias de "equilíbrio" de ambos filósofos, especificamente naquilo que se refere aos seus conceitos de "justa medida" ou "justo meio".

O conceito de "justa medida" em Confúcio foi capaz de influenciar o instituto da mediação e parece trazer conceitos próprios de "justiça particular", "justiça corretiva" e de "equidade".

A mediação ocidental, como instituto jurídico-processual tem uma origem histórica mais próxima nas instituições do direito canônico, especialmente após sua junção com o direito romano-germânico.

Em determinado momento, ao direito canônico amalgamaram-se institutos jurídicos romanos, especialmente processuais. O instituto da mediação, juridicizado pelo direito canônico, passou a conviver com a *transactio* do direito romano clássico.

Referida confusão ainda faz com que o trabalho do mediador tenha sua importância significativamente diminuída.

Sob a ótica jurídica canônica, a conciliação, além da conciliação entre as partes, buscava a salvação das almas. Com a decadência do direito canônico, o direito processual passou por modificações severas. A lógica conciliatória canônica modificou-se.

O conceito de "resolução pacífica de conflitos" continuou a ser exercitado a partir da expansão do comércio.

A mediação, antes voltada à paz, à harmonia social e, no direito canônico, à salvação da alma, voltou-se à resolução de conflitos comerciais.

Seu objetivo era, exclusivamente, o de eliminar os conflitos e manter a circulação de mercadorias e rendas.

Percebeu-se desde o início da segunda metade do Século XX, que a solução extrajudicial de conflitos poderia ser capaz de trazer mais paz e harmonia do que a própria jurisdição.

Os modernos desenvolvimentos da mediação deram-se não com o intuito de obtenção de harmonia, paz ou espiritualidade, mas, sim, com intuito economicista.

No Século XX é que se procurou estudar e desenvolver conceitos "científicos" acerca da mediação. Trata-se de um estudo extremamente novo sobre algo antiquíssimo.

O desenvolvimento do instituto, no Brasil, não seguiu uma ordem tão diferente, desde o período colonial.

Como ocorreu no direito canônico, o autoritarismo jurisdicional, a partir da ilusão de "correção" e "totalidade" do direito do Estado, colocou a resolução extrajudicial de conflitos em crise no território nacional.

A "inferiorização" dos mecanismos de resolução pacífica dos conflitos em relação ao processo civil permaneceu até a Constituição de 1988.

O Código de Processo Civil anterior possibilitava a conciliação, porém, não com o intuito de pacificação social ou harmonização.

Diferentemente dos diplomas anteriores, o atual Código de Processo Civil utiliza, expressamente, o vocábulo "mediação", em vários pontos.

O gênero "métodos alternativos de resolução de conflitos" divide-se em várias espécies e subespécies, que carregam idiossincrasias.

A arbitragem tem um conteúdo impositivo evidente, pois, apesar de as partes aceitarem, contratualmente, a sua existência, de modo que não é possível confundir a arbitragem com as demais formas de resolução pacífica e alternativa de conflitos.

Persiste a confusão conceitual entre "conciliação" e "mediação". Apesar das evidentes semelhanças entre elas, são institutos que têm estrutura e procedimentos diversos.

A mediação não se volta apenas a produzir uma conciliação. Tem objetivos bem mais profundos. Trata-se de um conceito autônomo, um instituto individualizável, com fórmulas e objetivos próprios.

A mediação cresce diametralmente, o que representa uma "revolução copernicana" na forma de se resolver conflitos, pois se mostra como uma forma de se atingir, por meio da "justiça particular", a "justiça corretiva" e a "justiça distributiva" e, em decorrência de serem as próprias partes a chegar a uma resolução, é um instituto mais apto a proporcionar equidade, no sentido aristotélico.

Restou demonstrada a ineficiência do modelo decisório, no que concerne à pretensão de Justiça e de correção. A mediação de conflitos é uma alternativa mais palatável, pacífica e eficaz.

O provimento jurisdicional é incapaz de resolver o conflito, em decorrência de preocupar-se com questões patrimoniais. A resolução judicial dos conflitos cada vez mais perde espaço para as soluções não conflituosas.

Apesar das opiniões de juristas, legisladores e profissionais forenses, a tutela jurisdicional não é "superior" aos métodos pacíficos de resolução de conflitos.

A linguagem judiciária é inacessível à população em geral. Na mediação, porém, mediandos, dentro de sua própria linguagem, podem alcançar uma solução mais adequada.

Trata-se, além de um problema jurídico, de uma questão "utilitarista": a resolução adversarial não se adéqua às necessidades das demandas atuais.

O processo traz prejuízos, inclusive, para além das funções e da capacidade dos julgadores. Assim, a mediação é duplamente economicista, pois resolve o conflito com maior rapidez e menores custos e pereniza a solução, de modo que, mesmo sob uma perspectiva estritamente negocial, é mais eficiente do que as soluções judiciais.

A mediação também serve como um modo de exercício da cidadania, voltado à obtenção e ao exercício da Justiça em sentido aristotélico.

A lógica patrimonialista do processo não é suficiente para eliminar todos os conflitos, pois a lógica "triangular" do processo comum é subvertida no contexto da mediação, de modo que se encontra mais próxima dos litigantes, de suas pretensões, paixões e interesses.

A equidade é, na conceituação greco-romana, a eliminação da incidência de uma lei injusta, para possibilitar a aplicação da Justiça. A teoria da justiça em Aristóteles compreende um conceito de equidade, incorporado pelo direito romano.

Já a Justiça "corretiva" é a parcela "prática" da Justiça distributiva, voltada à sua concretização nos casos particulares que são colocados sob a atuação do mediador.

A mediação é um instituto que se ajusta à teoria da Justiça em Aristóteles, em suas mais diversificadas facetas. Trata-se, também, de um instrumento de equidade.

A mediação, a partir de Aristóteles, demonstra ser um instrumento apto à obtenção de justiça política, distributiva e corretiva.

O mediador deve se atentar à letra da lei, como "pauta mínima", porém, incorporando a noção de "flexibilidade" da lei a partir da Justiça natural.

O conceito de equidade greco-romano era aplicável ao direito judicial, em decorrência de suas similaridades com os "juízos arbitrais" atenienses que operavam em um sistema de mediação.

A exemplo dos árbitros-mediadores atenienses, o processo romano pretoriano também era guiado pelas partes, o que destaca a característica equitativa desse processo.

O modelo "satisfativo" de mediação, surgido a partir de técnicas e princípios estudados e praticados em Harvard, tem como objetivo precípua o acordo, o "fechamento de um negócio", pouco importando as razões intrínsecas ao conflito. É um modelo negocial e adversarial, focado no embate entre os negociadores.

Não se trata, porém, de uma técnica predatória. Não é caracterizada, contudo, pelo autoritarismo judicial e é capaz de levar a um "pacto de paz" e como resultado, obter "justiça política", ao permitir a continuidade das relações entre as pessoas. Ainda procura um "justo meio" entre as necessidades e vontades das partes.

Apesar de ser um modelo "economicista", preocupado com o encerramento prematuro do conflito, não o faz de forma totalmente "egoística". Determina a bilateralidade do processo de negociação.

O modelo sistêmico é "intermediário" entre o satisfativo e o transformador, que busca a negociação, porém, preocupada com os interesses extrapatrimoniais das partes. Observa-se a "junção" entre as técnicas negociais da Escola de Harvard e a pretensão transformativa. Apesar de complexa, não inclui as pretensões extrapatrimoniais.

A mediação transformativa preocupa-se com as questões extrapatrimoniais inerentes ao conflito. Atua de maneira inversa em relação à Escola de Harvard e ao modelo sistêmico.

O objetivo é de "transformar" o conflito inicial em uma resolução patrimonial e extrapatrimonial, pois é capaz de atingir a Justiça em sentido aristotélico.

O modelo da "Terapia do Amor" representa um passo além da mediação transformativa.

O modelo se volta a casos conflituosos que tenham questões extra-patrimoniais envolvidas. Vai além do jurídico e penetra as razões intrínsecas ao conflito, de maneira que não o elimina.

A mediação relaciona-se ao conceito de direito como "arte de praticar constantemente o bom e o justo". O objetivo é uma "reconciliação", não só entre os mediandos, mas, sim, entre o mediando e si mesmo, fazendo com que o conflito desapareça.

A função de mediador é essencial ao procedimento da mediação. É a terceira pessoa, interposta entre as partes em conflito, sem qualquer interesse que não obter a equidade. É pressuposto para a atividade do mediador que seja um "homem justo".

Ao mediador é defeso ter algum interesse na "vitória" ou conferir vantagem em relação a qualquer das partes. Deve ter em mente a ideia de imparcialidade no sentido de proporcionalidade.

O mediador somente pode atuar a partir dos deveres basilares de imparcialidade e de neutralidade. Deve cumprir as tarefas intrínsecas à sua função.

Não é somente um negociador; é um "guardião das identidades" dos mediandos, responsável pela justiça. Pratica a "arte do bom e do justo", pois, apesar da neutralidade e da imparcialidade, é o responsável pelo atingimento da justiça no caso concreto.

A mediação pode ocorrer em diversos setores da vida em sociedade, pois não deriva do direito, pois é anterior à codificação e à ideia de direito positivo.

Assim, é possível identificar mediadores atuando no dia-a-dia, sem preparação ou formação forense.

Todas as espécies de mediadores devem caminhar pela prática constante e permanente do bem comum, pois não podem eliminar o conflito por intermédio de autoridade, mas, sim, por meio do diálogo entre as partes.

O primeiro aspecto ao qual o mediador deve se atentar é o negocial, observando aos princípios e procedimentos legais relacionados à mediação, mas não pode ignorar os interesses patrimoniais das partes.

É necessário que o mediador, apesar de sua imparcialidade, esteja atento à manutenção do equilíbrio negocial entre as partes em conflito.

A partir da igualdade distributiva, surge o dever de praticar a Justiça pela divisão proporcional, que deve permear o trabalho do mediador, para que possa resolver o conflito e auxiliar as partes a encontrar o "justo meio", de modo que não se pode desviar da "arte da prática constante do bom e do justo".

A segunda e talvez mais importante função do mediador é a de "transformar" a situação conflituosa em harmonia e paz.

Deve ser um agente da paz e da harmonia, por meio da (auto) transformação dos mediandos, a partir do próprio conflito. Deve obter a justiça corretiva em sua totalidade, de modo que a situação dos mediandos retorne ao *status* anterior ao da existência do conflito.

A "correção" deve partir do dever ético de agir de conformidade com uma "justa expectativa" da contraparte. Permanece a possibilidade de alcançar a Justiça pelo "justo meio", não pela proporção, mas, pela igualdade "aritmética".

A justiça corretiva é o objetivo final da atuação do mediador, que deve recriar o contexto anterior ao da injustiça da qual resultou o conflito, para, efetivamente, conferir a cada parte aquilo que efetivamente lhe compete.

O mediador deve ser capaz de extrair a virtude dos mediandos, a partir do conflito, para que possam encerrar a contenda, obter a paz social e a justiça em sentido aristotélico.

Apesar de ser um instituto surgido há séculos, ainda há carência de diplomas legais preocupados com ele. No Brasil, têm surgido normatizações cada vez melhores acerca da mediação. O Código de Processo Civil de 2015, que surgiu com a proposta de renovação, aceleração e desburocratização dos procedimentos, tratou, especificamente, do referido instituto.

O legislador processual civil parece ter compreendido a importância do instituto, tendo o mediador como "homem justo", preocupado em encontrar o "justo meio", contribuindo para amenizar o acúmulo e processos.

O Legislativo, também, construiu um diploma voltado à mediação, qual seja, a Lei 13.140, também de 2015, que traduz preocupação similar à do Código de Processo Civil, indo além da Lei Adjetiva, possibilitando que a mediação ocorra entre a Administração Pública e o administrado.

A Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, ao determinar a necessidade de treinamento dos mediadores, corrobora sua posição de "homem justo", que se volta à obtenção do "justo meio" entre as partes, de forma a obter Justiça, especialmente, particular e distributiva, em sentido Aristotélico.

Conclui-se, portanto, por todo o exposto o quanto a justiça em Aristóteles é tão atual, utilizada pelo instituto da mediação, na resolução extrajudicial de conflitos.

## REFERÊNCIAS

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5. ed. São Paulo: martins Fontes, 2007.
- ADEODATO, João Maurício. **Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano**. v. 1. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- ANNONI, Danielle. **A responsabilidade do Estado pela demora na prestação jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.
- ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991 (Os Pensadores: v. 2.)
- \_\_\_\_\_. **Organon**. Lisboa: Guimarães Editores, 1985.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. **Direito moderno e mudança social: ensaios de sociologia jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- ASSIS, Araken de. Duração razoável do processo e reformas da lei processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 195-204.
- BARBOSA, Joaquim. **O que é justiça**. São Paulo: Brasiliense, 1985.
- BERTI, Enrico. **Aristóteles**. Madrid: Gredos, 2012.
- BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. **Revista Direito & Sensibilidade**, n. 1, p. 211-226, 2011.
- BIALOSTOSKY, Sara. **Panorama del derecho romano**. 8. ed. México: Editorial Porrúa, 2007.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **A justiça em Aristóteles**. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2005.
- \_\_\_\_\_. **Teorias sobre a Justiça: apontamentos para a história da filosofia do direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- \_\_\_\_\_; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. 12. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. 3ª Edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

\_\_\_\_\_; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1998.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. 2015. Disponível em: <www.planalto.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.140**. 2015. Disponível em: <www.planalto.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Demandas repetitivas e a morosidade da justiça**. Brasília: CNJ, 2011.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**. 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Política nacional de priorização do primeiro grau de jurisdição: dados estatísticos**. 2015. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125**. 2010. Disponível em: <www.cnj.jus.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

BRITO, Carla. **Análise da obra: “A Escola de Atenas”**, de Rafael. 2016, n.p. Disponível em: <<http://estoriadahistoria12.blogspot.com.br>>. Acesso em> 12 fev. 2018.

BROCCO, Pedro. Notas sobre a formação da juridicidade medieval: as influências da filosofia grega, do direito romano e da ética cristã. *Lex Humana*, Petrópolis, v. 8, n. 1, p. 72-97, 2016.

BUENO, André da Silva. **A Justa Medida em Confúcio e Aristóteles**. Tese de Doutorado. Programa de Pós-Graduação em Filosofia. Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2005.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. v. 1: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CABRAL, Luisa Rocha; FARIA, Aléxia Alvim Machado. A influência da filosofia estoica no direito romano por intermédio do *ius honorarium* e do corpus *iuris civilis*. **Revista do CAAP**. Belo Horizonte. n. 1, V. XVII, p. 121-138, 2012, p. 134.

CAPELLARI, Eduardo. A crise do poder judiciário no contexto da modernidade: a necessidade de uma definição conceitual. **Revista de Informação Legislativa**, v.152, p. 135-149, out. 2001.

CERQUEIRA, Marcello. **Controle do Judiciário: doutrina e controvérsia**. Rio de Janeiro: Revan, 1995.

CICCO, Cláudio de. **História do pensamento jurídico e da filosofia do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho; SANTOS, Ricardo Goretti Santos. **Mediação e Direitos Humanos**. (Orgs.). São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2014.

COUTINHO, Aldacy; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **O poder dos juízes**. São Paulo: Saraiva, 1996.

DIAS, Maria da Graça dos Santos; CHAVES JÚNIOR, Airto. Mediação: uma terceira de caráter político-pedagógico. **NEJ**, v. 14, n. 2, p. 126-146, jul.-dez., 2009.

EGGER, Ildemar. **Cultura da paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

\_\_\_\_\_. A mediação como instrumento da fraternidade. **Unisul de fato e de direito**, ano 3, n.º 7, p. 157-183, Jul.-Dez., 2013.

EHRHARDT, Marcos. (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FARIA, José Eduardo. A crise do poder judiciário no Brasil. Justiça e Democracia. **Revista dos Tribunais**, p. 18-64, jan., 1996.

\_\_\_\_\_. **O Poder Judiciário no Brasil**: paradoxos, desafios e alternativas. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 1995.

FARIA, Maria do Carmo Bettancourt de. **Direito e ética**: Aristóteles, Hobbes, Kant. São Paulo: Paulus, 2007.

FERNÁNDEZ DEL VALI, Agustín Basave. **Filosofia del derecho**: fundamentos y proyecciones de la filosofía jurídica. México: Porruá, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. (Org.). **Curso de direito do coletivo do trabalho**: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa. São Paulo: LTr, 1997.

FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil**: estudos sobre o projeto do Novo CPC. Salvador: Juspodivm, 2013.

FONSECA JUNIOR, Gelson. **A legitimidade e outras questões internacionais**. 2 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Org.). **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GERAIGE NETO, Zaiden. **O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional:** art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2003.

GIORDANI, Mário Curtis. **Iniciação ao direito romano.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do poder Judiciário. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n. 34, p. 11-12, dez., 1990.

GRUNSPUN, Haim. **Mediação familiar:** o mediador e a separação de casais com filhos. São Paulo: LTr, 2000.

HARADA, Kiyoshi. Poder judiciário em crise. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, v.12, p. 282-299, jul., 2003.

HÖFFE, Otfried. **Giustizia Política.** Bologna: Il Mulino, 1995.

JAYME, Fernando Gonzaga. Os problemas da efetiva garantia de proteção judicial perante o Poder Judiciário brasileiro. In: \_\_\_\_; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil:** novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 235-258.

\_\_\_\_; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo Civil:** novas tendências: estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

JOBIM, Nelson. **Discurso de posse na Presidência do Supremo Tribunal Federal.** 2004. Disponível em: <www.stf.jud.br>. Acesso em: 20 mar. 2018.

JUSTINIANO I. **Cuerpo del derecho civil romano.** Parte 1: Digesto, Tomo III. Barcelona, 1897

LAÉRCIO, Diogenes. A vida de Aristóteles. In: ARISTÓTELES. **Organon.** Lisboa: Guimarães Editores, 1985, p. 19-40.

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-Juiz na democracia contemporânea:** uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LIMA, Cláudio Vianna de. **Arbitragem:** a solução. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. **O Supremo Tribunal Federal na crise institucional brasileira:** estudo de casos: abordagem interdisciplinar de Sociologia Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2009.

LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 174-186.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira. In: CONPEDI. Conselho Nacional

de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. (Org.). **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI: sistema jurídico e direitos fundamentais individuais e coletivos**. 56 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 34-64.

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

MACEDO, Sílvio de. **História do pensamento jurídico**. Rio de Janeiro. Freitas Bastos, 1982.

MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MACIEL JUNIOR, Vicente de Paula. Estrutura e interpretação do Direito Processual Civil brasileiro a partir da Constituição Federal de 1988. In: MACHADO, Felipe Daniel Amorim; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coord.). **Constituição e Processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 293-312.

MAIA, Alexandre; OBREGON, Marcelo; FABRIZ, Daury. A mediação no âmbito marítimo: uma garantia ao direito fundamental da razoável duração do processo pela razão prática aristotélica. In: CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho; SANTOS, Ricardo Goretta Santos. **Mediação e Direitos Humanos**. (Orgs.). São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão, 2014, p. 155-166.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MARQUES, Ramiro. **O livro das virtudes de sempre: ética para professores**. São Paulo: Landy, 2001.

MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; NASCIMENTO, Pedro Savaget. A inserção do estoicismo no Direito Romano Clássico: os rescritos do Imperador Marco Aurélio sobre Direito de Família e direito à liberdade.. **PHRONESIS: Revista do Curso de Direito da FEAD**. n. 6. p. 25-46, jan.-dez., 2010.

MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos Relevantes do Instituto da Mediação no Mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**, v. 6, p. 1-20, 2012.

MOORE, Christopher. **O processo de mediação: estratégias práticas para resolução de conflitos**. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORA, José Ferrater. **Diccionario de filosofía**. v. 1: A-K. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1964.

MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O Estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

\_\_\_\_\_; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**, n. 6, p. 36-44, jul., 2000.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001.

MORAIS, Luiz Carlos de. A Origem Canônica da conciliação. In: SIQUEIRA, Gustavo Silveira Siqueira; WOLKMER, Antonio Carlos; PIERDONÁ, Zélia Luiza. (Org.). **História do Direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 134-149.

MORINEAU IDUARTE, Marta. **Diccionario de derecho romano**. 2. ed. Mexico: Oxford, 2006.

\_\_\_\_\_; GONZÁLEZ, Román Iglesias **Derecho romano**. 4. ed. México: Oxford University Press, 2000.

NALINI, José Renato. **Filosofia e ética jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NASSAR, Rosita de Nazaré Sidrim. A conciliação no processo de dissídio coletivo. In: FRANCO FILHO, Georgeton de Sousa. (Org.). **Curso de direito do coletivo do trabalho: estudos em homenagem ao Ministro Orlando Teixeira da Costa**. São Paulo: LTr, 1997.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva, a litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória. **Revista de Processo**, v. 36, n. 199, p. 41-82, set., 2011.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. **Revista Direitos Culturais**, v.3. n.5. p. 112-113. dez. 2009.

PAROSKI, Mauro Vasni. **Direitos fundamentais e acesso à justiça na Constituição**. São Paulo: LTr, 2008.

PEGORARO, Olinto Antônio. **Ética é justiça**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1995.

PETIT, Eugene. **Tratado elemental de derecho romano**. 23. ed. México: Porrúa, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados**. Rio de Janeiro: IPEA, 2002.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mecanismos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: UNESA, 2015.

POZZATI JÚNIOR, Ademar; OLIVEIRA, Veridiana Kendra Minghini Rodrigues de. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. 10, n. 10, p. 676-701, 2015.

PUGLIESI, Mário. **Por uma teoria do Direito: aspectos micro-sistêmicos**. São Paulo: RCS, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

REALE, Giovanni. **Introdução a Aristóteles**. 10. ed. Lisboa; Edições 70, 1997.

\_\_\_\_\_; ANTISERI, Dario. **História da filosofia: Antigüidade e Idade Média**. v. 1 São Paulo: Paulus, 1990.

RECASENS SICHES, Luis. **Los temas de la filosofía del derecho en perspectiva histórica y visión de futuro**. Barcelona: Bosch, 1934.

ROLIM, Luiz Antonio. **Instituições de direito romano**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

ROSS, David. **Aristóteles**. Lisboa: Dom Quixote, 1987.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n.51, p. 79-101, maio-ago., 2004.

\_\_\_\_\_. **O sistema de justiça**. São Paulo: Sumaré, 1999.

\_\_\_\_\_. Poder Judiciário: perspectivas de reforma. **Opinião Pública**, v. 10, n. 1, p. 01-62, maio, 2004.

SALDANHA, Daniel Cabaleiro. **História e Teoria das Fontes do Direito Romano**. Dissertação. Mestrado em Direito. Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte: 2011.

SALGADO, Joaquim Carlos. **A ideia de justiça no mundo contemporâneo: fundamentação e aplicação do direito como *maximum* ético**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. **Ética**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 1997.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e poder judiciário: Lei 9.307, 23.09.96: mudança cultural**. São Paulo: LTDA, 2001.

SCHNITMAN, Dora Fried. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: \_\_\_\_\_. LITTLEJOHN, Stephen. (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: ArtMed, 1999, p. 85-100.

\_\_\_\_\_. LITTLEJOHN, Stephen. (Org.). **Novos paradigmas em mediação**. Porto Alegre: ArtMed, 1999.

SEN, Amartya. **A ideia de Justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SERPA, Maria de Nazareth. **Mediação: uma solução judiciousa para conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

SERRA, Luiz Umpierre de Mello. **Gestão de serventias**. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

SILVA, Ovídio Baptista da. Celeridade versus economia processual. **Genesis: revista de direito processual civil**. Curitiba, v. 15, p. 49-55, jan., 2000.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo civil**. v. 1: processo de conhecimento. Porto Alegre: Fabris, 1996.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição, direito material e processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

\_\_\_\_\_. **Processo e ideologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SILVEIRA, Denis Coutinho. **Os sentidos da justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves. (Org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOARES, Guido Fernando Silva. Introdução histórica ao estudo das soluções pacificas de litígios e arbitragens comerciais internacionais. **Revista da faculdade de direito da Universidade de São Paulo**, n. 71, p. 163-208, 1976.

SOARES, Josemar Sidinei. A Ética como critério para mediação de conflitos entre sistemas jurídicos na contemporaneidade. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 39, p. 140-163, jul.-dez., 2011.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Equidade e jurisprudência: fundamentos filosóficos e jurídicos, interpretação e aplicação das normas jurídicas, humanização da justiça, novos paradigmas judiciais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2016.

SOUZA, Raquel de. Capítulo 3: o direito grego antigo. In: WOLKMER, Antônio Carlos. (Org.). **Fundamentos de História do Direito**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 37-65.

SPENGLER, Fabiana Marion; GHISLENI, Ana Carolina. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

\_\_\_\_\_. Mediação: um retrospecto histórico, conceitual e teórico. In: \_\_\_\_\_. SPENGLER NETO, Theobaldo. (Org.). **Mediação enquanto política pública: a teoria, a prática e o projeto de lei**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 17-57.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. A crise das jurisdições brasileira e italiana e a mediação como alternativa democrática da resolução de conflitos. In: \_\_\_\_\_. (Org.). **Mediação enquanto política pública: o conflito, a crise da jurisdição e as práticas mediativas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012, p. 9-46.

SUNDFELD, Carlos Ari Vieira. **Judicialização da política e demandas por juridificação: o Judiciário frente aos outros poderes e frente à sociedade.** São Paulo: SBDP, 2011.

TARTUCE, Fernanda. Advocacia e meios consensuais: novas visões, novos ganhos. In: SILVEIRA, João José Custódio da; AMORIM, José Roberto Neves. (Org.). **A nova ordem das soluções alternativas de conflitos e o Conselho Nacional de Justiça.** Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 125-146.

\_\_\_\_\_. Mediação, autonomia e audiência inicial nas ações de família regidas pelo Novo Código de Processo Civil In: EHRHARDT, Marcos. (Org.). **Impactos do novo CPC e do EPD no Direito Civil Brasileiro.** Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 77-91.

\_\_\_\_\_. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. In: FREIRE, Alexandre; DANTAS, Bruno; NUNES, Dierle; DIDIER JÚNIOR, Fredie; MEDINA, José; FUX, Luiz; VOLPE, Luiz; MIRANDA, Pedro. (Org.). **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do Novo CPC.** Salvador: Juspodivm, 2013, p. 751-768.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência da reforma das leis processuais. **Revista de Processo**, a. 30, n. 125, p. 68-71, jul., 2005.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** v. 1: teoria geral do direito processual civil: processo de conhecimento e procedimento comum. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

TOPACIO FERRENTI, Aldo. **Derecho Romano: fundamentos para la docencia.** Valparaiso: Editora Latino Classica, 1992.

URY, William. **Supere o não: negociando com pessoas difíceis.** 10. ed. São Paulo: Best Seller. 2017.

\_\_\_\_\_; FISHER, Roger; PATTON, Bruce. **Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões.** 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

WARAT, Luís Alberto. **Ecologia, psicanálise e mediação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995.

\_\_\_\_\_. **Em nome do acordo: a mediação no Direito.** Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.

\_\_\_\_\_. *Mediación: el derecho fuera de las normas: para una teoría no normativa del conflicto.* **Scientia Iuris**, n.4, p.03-18, 2000.

\_\_\_\_\_. **O ofício do mediador.** Habitus Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação.. In: SALETTI, Achille. (Org.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover.** São Paulo: DPJ Ed., 2005, v. , p. 684-690.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Fundamentos de história do direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

\_\_\_\_\_; SIQUEIRA, Gustavo Silveira Siqueira; PIERDONÁ, Zélia Luiza. (Org.). **História do Direito**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VERNAT, Jean-Pierre. **As origens do pensamento grego**. Rio de Janeiro: Difel, 2002.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e prática da mediação**. 2. ed. Curitiba: Comunicação Curitiba, 1994.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palacios Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de. **A judicialização da política e as relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VILLATORE, Marco Antônio César. Mediação na solução de conflitos de trabalho e o Direito Comparado. In: COUTINHO, Aldacy; DALLEGRAVE NETO, José Affonso; GUNTHER, Luiz Eduardo. (Org.). **Transformações do Direito do Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2000, p. 677-692.

\_\_\_\_\_; KOLLER, Carlos Eduardo. Conciliação no direito comparado e seus aspectos sociais e econômicos. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba-PR, v. 1, n. 7, p. 55-69, maio, 2012.

VILLEY, Michel. **A formação do pensamento jurídico moderno**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**: definições e fins do direito: os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

\_\_\_\_\_. **Direito romano**. Porto: Res Jurídica, 1991.

\_\_\_\_\_. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.