

HELOISA LEONOR BUIKA

**MEDIAÇÃO: UMA PARAJURISDIÇÃO NO SISTEMA
JUDICIAL BRASILEIRO**

Tese de Doutorado

Orientador: Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca

Coorientador: Professor Catedrático Fernando Martín Diz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

HELOISA LEONOR BUIKA

**MEDIAÇÃO: UMA PARAJURISDIÇÃO NO SISTEMA
JUDICIAL BRASILEIRO**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em Direito, na área de concentração de Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli.

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca

Coorientador: Professor Catedrático Fernando Martín Diz

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2019

Catálogo da Publicação
Serviço de Processos Técnicos da Biblioteca da
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Buika, Heloisa Leonor

Mediação: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro /
Heloisa Leonor Buika. -- São Paulo, 2019.

217 p. ; 30 cm.

Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito,
Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019.

Orientador: José Carlos Baptista Puoli.

Dupla titulação com a Universidade de Salamanca
Coorientador: Fernando Martín Diz

1. Mediação. 2. Parajurisdição. I. Puoli, José Carlos Baptista, orient.
II. Martín Diz, Fernando, coorient. III. Título.

À minha filha Samantha, amiga de toda a vida...

AGRADECIMENTOS

Aos meus orientadores, Professor Doutor José Carlos Baptista Puoli e Professor Catedrático Dr. Fernando Martín Diz, pela amizade, confiança e conselhos, sem os quais a pesquisa não se concluiria.

A todos os que, direta ou indiretamente, colaboraram no aperfeiçoamento e execução deste estudo, em especial aos professores da Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: Dr. Antonio Carlos Marcato, Dr. Cândido Rangel Dinamarco, Dr. Fabio Guidi Tabosa Pessoa, Dr. Heitor Vitor Mendonça Sica, Dr. José Roberto dos Santos Bedaque, Dr. Marcelo José Magalhães Bonizzi, Dr. Oreste Nestor de Souza Laspro, Dr. Paulo Henrique dos Santos Lucon, Dr. Ricardo de Barros Leonel.

BUIKA, Heloisa Leonor. *Mediação*: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. 2019. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Dupla titulação – Universidade de Salamanca.

RESUMO

A mediação no Brasil foi implantada por lei e é uma adaptação de técnicas negociais visando a composição consensual de conflitos, o que desafia a comunidade jurídica a discutir e compreender o seu significado, na medida em que esse método está explicitamente inserido como uma atividade técnica que compõe um procedimento necessário e essencial no processo judicial, consoante as regras instituídas na Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015) e no Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), ambos com início de vigência em 2016, definindo o marco legal da mediação brasileira. Na constatação da existência de um entrelaçamento entre a mediação e a jurisdição, torna-se necessário abordar a problemática de saber se é possível caracterizar a mediação como um instituto parajurisdicional de resolução adequada de conflitos, de forma que se preserve a consistência do conceito de jurisdição, impedindo que haja confusão desta com a mediação, eis que esta, a despeito de sua função pacificadora (similar à da jurisdição), se realiza por método diverso (não impositivo). Questiona-se, ainda, a diferenciação entre a conciliação e a mediação, eis que, na prática, tais atividades se confundem e ambas objetivam o consenso. Propõe-se, por fim e em vista disso, a modificação de artigos do Código de Processo Civil e da Lei da Mediação, com a supressão de parágrafos e sugestão de aperfeiçoamento em alguns de seus dispositivos.

Palavras-chave: Mediação. Parajurisdição.

BUIKA, Heloisa Leonor. *Mediação*: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. 2019. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Dupla titulação – Universidade de Salamanca.

ABSTRACT

Mediation was introduced in Brazil by law and consists of an adaptation of negotiating techniques aimed at securing mutual dispute settlements. As such, the instrument challenges the legal community to consider and understand its significance, to the extent the method is explicitly prescribed as a technical activity and a necessary and essential procedure of judicial proceedings, pursuant to the provisions governing the matter in the Mediation Act (Lei de Mediação – Law No. 13,140/2015) and the Brazilian Code of Civil Procedure (Law No. 13,105/2015), both of which entered into effect in 2016 and formally establish the legal framework for mediation in Brazil. In the light of the connection between mediation and jurisdiction, addressing the issue is required for purposes of determining whether mediation can be defined as an adequate para-judisdictional dispute settlement instrument, in a manner that preserves the substance of jurisdictional fora and prevents their comingling with the practice of mediation, which, notwithstanding its pacifying role (similar to that of legal jurisdictional fora), is applied by different means (i.e. without mandatory imposition). An additional matter warranting consideration is the distinction between conciliation and mediation, insofar as the two activities intersect in practice and aim to achieve consensus. Finally, and in the light of the above, amendment of the Brazilian Code of Civil Procedure and of the Mediation Act is proposed, specifically through the removal of specific clauses and recommended improvements to others.

Keywords: Mediation. Para-jurisdiction.

BUIKA, Heloisa Leonor. *Mediação*: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro. 2019. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Dupla titulação – Universidade de Salamanca.

RIASSUNTO

La mediazione in Brasile è stata stabilita dalla legge ed è un adattamento di tecniche di negozi mirando la composizione consensuale di contrasti, il che sfida la comunità giuridica a discutere e comprendere il suo significato, nella misura in cui questo metodo è esplicitamente inserito come un'attività tecnica che compone un procedimento necessario ed essenziale nel processo giudiziario, in conformità con le regole istituite nella Legge di Mediazione (Legge n. 13.140/2015) e nel Codice di Procedura Civile (Legge n. 13.105/2015), entrambe in vigore dal 2016, definendo l'intera legislazione della mediazione brasiliana. Nella constatazione dell'esistenza di un intrecciamento tra la mediazione e la giurisdizione, si rende necessario affrontare la problematica di sapere se è possibile caratterizzare la mediazione come un istituto para-giurisdizionale di risoluzione adeguata di contrasti, in modo a preservare la consistenza del concetto di giurisdizione, impedendo che si faccia confusione della stessa con la mediazione, ecco che questa, a dispetto della sua funzione pacificatrice (similare a quella della giurisdizione), si realizza per metodo diverso (non impositivo). Si questiona, inoltre, la differenziazione fra la conciliazione e la mediazione, giacché, nella pratica, tali attività si confondono ed entrambe hanno come obiettivo il consenso. Si propone, infine e in vista di ciò, la modifica di articoli del Codice di Procedura Civile e della Legge della Mediazione, con la soppressione di paragrafi e suggestione di perfezionamento in alcuni dei suoi dispositivi.

Parole-chiave: Mediazione. Para-giurisdizione.

BUIKA, Heloisa Leonor. *Mediação: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro*. 2019. 217 p. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. Dupla titulação – Universidade de Salamanca.

RESUMEN

La mediación en el Brasil fue implantada por ley y es una adaptación de técnicas de negocio buscando la composición consensual de conflictos, lo que desafía la comunidad jurídica a discutir y comprender su significado, en la medida en que ese método está explícitamente inserido como una actividad técnica que compone un procedimiento necesario y esencial en el proceso judicial, consonante con las reglas instituidas en la Ley de Mediación (Ley n.º 13.140/2015) y en el Código de Proceso Civil (Ley n.º 13.105/2015), ambos con inicio de vigencia en 2016, definiendo el marco legal de la mediación brasileña. En la constatación de la existencia de un entrelazamiento entre la mediación y la jurisdicción, se vuelve necesario abordar la problemática de saber si es posible caracterizar la mediación como un instituto parajurisdiccional de resolución adecuada de conflictos, de forma que se preserve la consistencia del concepto de jurisdicción, impidiendo que haya confusión de esta con la mediación, ya que ésta, a despecho de su función pacificadora (similar a la de la jurisdicción), se realiza por método diverso (no impositivo). Se cuestiona, también, la diferenciación entre la conciliación y la mediación, ya que, en la práctica, tales actividades se confunden y ambas buscan el consenso. Se propone, por fin y en vista de eso, la modificación de artículos del Código de Proceso Civil y de la Ley de la Mediación, con la supresión de párrafos y sugestión de perfeccionamiento en algunos de sus dispositivos.

Palabras clave: Mediación. Parajurisdicción.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADRs – Alternative Dispute Resolutions

CC – Código Civil

CE – Comunidade Europeia

CEJUSC – Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos

CJRA – Civil Justice Reform Act

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CNUDMI – Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional

CPC – Código de Processo Civil

ENFAM – Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados

IPAM – Instituto Paulista de Magistrados

LEC – Ley de Enjuiciamiento Civil

MAS – Mediation Settlement Agreement

MASCs – Meios Alternativos de Solução de Conflitos

MESCs – Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos

NCPC – Novo Código de Processo Civil

NUPEMECS – Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos

OUA – Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana

PON – The Program in Negotiation at Harvard Law School

RADs – Resolução Apropriada de Disputas ou Resolução Alternativa de Disputas

TAR – Tribunale Amministrativo Regionale (Itália)

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 A MEDIAÇÃO NO BRASIL: UMA ADAPTAÇÃO INSTRUMENTAL DE TÉCNICAS NEGOCIAIS	17
1.1 ATIVIDADE JURISDICIONAL.....	17
1.1.1 <i>Os escopos da jurisdição</i>	25
1.2 BREVE HISTÓRICO DOS MEIOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
1.3 MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA NO SISTEMA JURISDICIONAL	33
1.4 “CRISE DE JUSTIÇA” OU CRISE DE JURISDIÇÃO	36
2 EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO E SUA CONSTRUÇÃO TEÓRICA NOS EUA E NA UNIÃO EUROPEIA	49
2.1 INSTITUCIONALIZAÇÃO DO SISTEMA MULTIPORTAS OU DE “CENTRO DE JUSTIÇA” ..	52
2.2 TEORIZAÇÃO DAS TÉCNICAS DA MEDIAÇÃO.....	53
2.3 MEDIAÇÃO EM PAÍSES DA UNIÃO EUROPEIA.....	58
2.3.1 <i>O exemplo italiano</i>	69
2.3.2 <i>O modelo de mediação espanhol</i>	79
2.3.3 <i>A mediação portuguesa</i>	92
3 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL (MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MASCS).....	97
3.1 TIPOLOGIA DO CONFLITO E SUA COMPREENSÃO.....	99
3.2 PROCESSO JUDICIAL	103
3.3 PROCEDIMENTO EXTRAJUDICIAL: ÂMBITO DO JUDICIÁRIO E CÂMARAS PRIVADAS	106
3.3.1 <i>Arbitragem: uma jurisdição privada</i>	109
3.3.2 <i>Negociação</i>	111
3.3.3 <i>Justiça conciliativa e mediação</i>	113
3.3.3.1 <i>Escolas e modelos de mediação</i>	121
3.3.3.1.1 <i>Mediação tradicional-linear (Escola de Harvard)</i>	123
3.3.3.1.2 <i>Mediação transformativa (Bush e Folger)</i>	125

3.3.3.1.3	Mediação circular-narrativa (Sara Cobb).....	128
3.3.4	<i>Similaridades e diferenças entre a conciliação e a mediação</i>	129
4	A MEDIAÇÃO COMO POTENCIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	131
4.1	MARCO LEGAL, METODOLOGIA DA MEDIAÇÃO NO BRASIL E SUA CARÊNCIA TEÓRICA	135
4.2	UM NOVO ENFOQUE PARA A MEDIAÇÃO: UM SISTEMA COORDENADO DE PARAJURISDIÇÃO DIRECIONADO À SOLUÇÃO DE CONFLITOS	138
4.2.1	<i>A obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação</i>	139
4.2.1.1	O paradoxo da obrigatoriedade da audiência de conciliação/mediação e o princípio da voluntariedade	141
4.2.1.2	Da necessidade da audiência de conciliação ou mediação	147
4.2.1.3	A antinomia entre o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação	148
4.3	A MEDIAÇÃO COMO TÉCNICA INSTRUMENTAL DE PARAJURISDIÇÃO NO SISTEMA PROCESSUAL	152
4.3.1	<i>Princípio da cooperação e a atividade da mediação</i>	153
4.4	CONCEITO DE PARAJURISDIÇÃO NO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO.....	157
4.4.1	<i>Efetividade jurídica: entrelaçamento jurisdicional e parajurisdicional pela mediação</i>	166
4.5	PROPOSTAS DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA	170
4.5.1	<i>Proposta de supressão</i>	172
4.5.2	<i>Proposta de aperfeiçoamento</i>	174
4.5.2.1	Proposta de aperfeiçoamento do § 5.º do artigo 167 do Código de Processo Civil	174
4.5.2.2	Proposta de aperfeiçoamento: “sessão”, em vez de “audiência”	175
4.5.2.3	Proposta de aperfeiçoamento do artigo 24 da Lei n.º 13.140/2015 ..	176
4.5.3	<i>Proposta de supressão das palavras “conciliação” e “conciliadores” dos artigos que compõem a Seção V do CPC</i>	176
	CONCLUSÃO	181
	REFERÊNCIAS	187
	ANEXO I	205
	ANEXO II	213

INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea, marcada pelo avanço da tecnologia informacional, do alto consumo, da livre-iniciativa privada, da valorização da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento e institucionalização de regimes democráticos em vários países ocidentais, e também em virtude do aumento populacional, as relações humanas e econômicas foram atraindo diversos tipos de disputas e conflitos, que inexistiam anteriormente. Tudo isso, de alguma forma, afetou a ordem jurídica e o sistema judiciário, impondo desafios na estrutura legal e na sua operabilidade. Por essa razão, várias estratégias e mecanismos legais foram elaborados para minimizar impactos e injustiças.

Nesse cenário, o Brasil, observando programas de ordem internacional que objetivam a pacificação social, criou políticas públicas e programas de desenvolvimento humano, promovendo diversas alterações e atualizações em sua legislação¹ objetivando amenizar a crise do Poder Judiciário² – alto índice de processos judicializados sem a correspondente infraestrutura, sem recursos humanos adequados e sem condições econômicas suficientes para solucioná-los.

Criam-se então políticas nacionais judiciárias visando reduzir o grande número de processos em trâmite e evitar tantos outros a serem ajuizados. Nessa empreitada, o Ministério da Justiça e o Conselho Nacional de Justiça editaram a Resolução n.º 125/2010, estabelecendo diretrizes gerais a respeito da formação de mediadores e conciliadores e orientando sobre o procedimento de mediação e conciliação para a solução de conflitos na esfera judiciária e em espaços vinculados a ela.

Sob um discurso político-ideológico de cultura de paz e pacificação social, as primeiras experiências com a mediação e conciliação no Brasil, consideradas inicialmente meios extrajudiciais de resolução de demandas e disputas, por adotar, num processo de adaptação, técnicas de negociação da mediação realizada nos Estados Unidos, apresentaram-se sem uma metodologia condizente com aquelas experiências, visto que a mediação norte-americana decorre de uma prática que se aprimorou num percurso de trinta

¹ Lei n.º 13.105, de 13 de março de 2015 (NCPC); Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação).

² GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, p. 1, dez. 1990.

anos, entre as décadas de 60 a 90 do século XX, acompanhada de pesquisas e construção conceitual de diversas técnicas negociais que estruturam todo o arcabouço da mediação como um método e uma arte no desenvolvimento do diálogo e do consenso.

Quantitativamente, a intensificação da busca por formas alternativas de resolução de conflitos visa a diminuição da excessiva carga de processos que abarrotam o Judiciário, ou seja, objetiva maximizar o andamento processual e minimizar o tempo de duração dos processos e seu alto custo. No aspecto qualitativo, os meios alternativos de solução consensual de conflitos visam atingir um dos escopos da jurisdição, que é a pacificação social.

No entanto, a experiência norte-americana com a mediação, embora tenha base na redução de ingresso de processos judiciais, não guarda correspondência com a exigência de minimização de processos judiciais no contexto brasileiro. A nossa tradição cultural está centrada no processo judicial, no qual as partes litigam buscando uma sentença judicial que lhes seja favorável, proferida por um juiz que decide a controvérsia de maneira impositiva. As habilidades dos advogados são avaliadas pela eloquência de suas palavras ao defenderem os interesses de seus clientes, tanto no modo de redigir suas petições quanto oralmente nas audiências, e uma das formas de autodefesa sempre foi confrontar a parte adversária. Os operadores do direito estudam o melhor método de aplicar a legislação prescrita relativa ao caso concreto, na busca de sair vencedor com uma sentença favorável aos interesses de seu cliente.

A inovação do processo civil brasileiro oriunda da introdução dos meios alternativos de solução de conflitos contrastando com a tradição cultural de busca da solução judicial que a afeta sobremaneira, sendo necessária uma mudança radical de mentalidade, visando a implantação de uma cultura diametralmente oposta, ou seja, uma cultura de pacificação,³ em que será priorizada a autocomposição para a solução das controvérsias.

A mediação nos Estados Unidos tem como substrato maior o fator econômico de custo e benefício relativo ao ingresso de demanda no Poder Judiciário, tendo em vista a onerosidade de custear ações judiciais, ao passo que a importação da atividade técnica da

³ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício (Org.). *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

mediação para o Brasil tem no seu espírito a redução máxima de processos a serem ajuizados, visto que em nosso país está sendo implantada por previsão legal. É de dizer, portanto, que essas duas estruturas judiciais e culturais são totalmente distintas, uma vez que a realidade sociojurídica americana é da justiça privada,⁴ em que as partes são consideradas capazes de resolver suas demandas sem a intervenção do Estado, enquanto a realidade brasileira é marcada pela tradição de que o Estado é o órgão confiável para resolver conflitos, aliás, ele não só substitui a vontade das partes, como decide quem tem o direito.

Tudo isso desafia a comunidade jurídica a discutir e compreender o que é realmente a mediação no Brasil, na medida em que esse método está explicitamente inserido como uma atividade técnica que compõe um procedimento necessário e essencial no processo judicial, consoante as regras instituídas na lei de mediação (Lei n.º 13.140/2015) e no “novo” Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), ambos com início de vigência em 2016, definindo o marco legal da mediação brasileira.

Diante do exposto, percebendo a existência de um entrelaçamento entre a mediação e a jurisdição, propomos a problemática de saber se é possível a mediação e a jurisdição brasileira, por um critério de hibridez, entrelaçarem-se como um procedimento parajurisdicional de resolução adequada de conflitos, pressupondo que isso se dá por força do regime de cooperação estabelecido no artigo 6.º do Código de Processo Civil de 2015, e também porque a mediação no Brasil investe-se de judicialidade, seja em espaço do próprio Poder Judiciário, seja em espaços privados, porém, a ele, de alguma forma, direta ou indiretamente, vinculados.

A pesquisa tem por escopo o desenvolvimento de uma reflexão crítica sobre um fenômeno jurídico atual, a mediação, concebida no sentido amplo e adjetivado de mediação judicial, a qual é considerada, por lei, como uma atividade técnica, porém sem noções teóricas específicas e singularizadas da cultura judiciária brasileira. Outro aspecto motivador para estudar a mediação no contexto brasileiro diz respeito ao fato de que a prática jurídica forense não se dissocia da mediação como uma realidade no procedimento

⁴ LANDE, John; WOHL, Rachel. Listening to experienced users. Improving quality and use of commercial mediation. *Dispute Resolution Magazine*, p. 18-21, Spring 2007. Vide também: CANÁRIO, Pedro. EUA optam por mediação para resolver conflitos. *Consultor Jurídico*, jul. 2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-02/mediacao-privada-primeira-opcao-resolver-conflitos-eua>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

processual, não cabendo, pois, ao exegeta nem ao juiz, tampouco aos demais operadores do direito e usuários do serviço judicial, se escusar da mediação como um método de natureza parajudicial consubstanciado na ordem jurídica brasileira.

Com o título *Mediação: uma parajurisdição no sistema judicial brasileiro*, e objetivando desenvolver a pesquisa, os três eixos estruturados nesta tese decorrem de quatro objetivos: (i) descrições de noções teórico-conceituais da mediação norte-americana; (ii) comparação da experiência da mediação norte-americana com a prática da mediação brasileira; (iii) construção de uma definição da mediação como uma atividade técnica parajudicial no sistema processual civil brasileiro; e (iv) propostas de supressão e aperfeiçoamento de artigos de lei que orientam a elaboração de quatro capítulos.

No primeiro capítulo, faz-se uma descrição da mediação no Brasil, apesar de a proposta de justiça privada de resolução de conflitos trazer em seu fundamento a força e as características da função estatal da jurisdição e definir que a mediação, embora com todo o ferramental de técnicas negociais adaptado, não guarda similaridade com a experiência norte-americana.

No segundo capítulo descrevem-se o percurso da prática da mediação e a sua construção teórica nos Estados Unidos, a teorização das técnicas da mediação e sua interpretação em países da União Europeia.

Dessas articulações, o terceiro capítulo desenvolve-se com uma noção conceitual ou uma definição técnico-jurídica da mediação, sua comparação com os outros meios consensuais de solução de conflitos e seus modelos.

Ainda no terceiro capítulo estabelece-se uma comparação entre a conciliação e a mediação, com suas similaridades e diferenças, e indaga-se: há necessidade da diferenciação legislativa entre ambas?

No quarto capítulo, este estudo visa, também, apresentar à comunidade jurídica uma reflexão que possa se desdobrar em outros amplos diálogos, tendo em vista que a mediação brasileira como está regulamentada em lei, denotando características de obrigatoriedade procedimental, revela-se como um fenômeno que tem particularidade própria e singularidades técnicas, exigindo uma teoria específica que possa fundamentar a

essência do pragmatismo imposto pela lei da mediação, pelo procedimento processual e pela metodologia judiciária estabelecidos no novo Código de Processo Civil, e indaga-se: o que é parajurisdição?

Além disso, no quarto capítulo serão apresentadas propostas de supressão de artigos de lei e sugestões de aperfeiçoamento de artigos existentes, com a finalidade de contribuir com a melhora da mediação no sistema judicial brasileiro.

Para isso, a fundamentação das noções teóricas conceituais é desenvolvida a partir da doutrina nacional e estrangeira, especialmente a espanhola. Cabe ressaltar que os estudos doutrinários espanhóis, por seu turno, contêm análise a respeito da doutrina norte-americana. No entanto, a mediação em solo europeu, à exceção da Itália, ainda carece de prática, tendo em vista que a sua legislação coloca a mediação como um método extrajudicial de natureza exclusivamente voluntária, respeitando-se a tradição cultural da credibilidade judiciária.

A mediação internacional realizada em países da Comunidade Europeia, como Espanha, Portugal e Itália, é regulamentada pela transposição da Diretiva n.º 52/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da Comunidade Europeia e por meio de leis que contemplam a mediação apenas para assuntos civis e mercantis em conflitos transfronteiriços entre Estados-membros, bem como a aplicabilidade delas em nível interno de cada país.

1 A MEDIAÇÃO NO BRASIL: UMA ADAPTAÇÃO INSTRUMENTAL DE TÉCNICAS NEGOCIAIS

A inserção da mediação no sistema jurídico brasileiro foi uma adaptação de técnicas negociais da mediação norte-americana, porém sem a experiência vivida naquele país, mas imbricada mediante leis em nosso sistema legal. Isso gera insatisfação para magistrados e operadores do direito que estão habituados ao sistema adversarial e não acreditam que os meios consensuais possam contribuir com a justiça.

Para a visualização dessa introdução da mediação em nosso ordenamento jurídico é necessário mencionar o funcionamento da atividade jurisdicional e os escopos da jurisdição.

1.1 Atividade jurisdicional

A vida em sociedade é viabilizada pelo direito, que atua em dois planos distintos, o material e o processual. O direito material atua regrado o relacionamento dos componentes da sociedade, dispondo sobre o relacionamento dos indivíduos, elegendo posições privilegiadas e disciplinando como se distribuem os bens da vida.⁵ Por sua vez, o direito processual cuida do regramento das providências necessárias para postular a tutela jurisdicional do Estado sempre que determinada obrigação jurídica, advinda do direito material não for realizada espontaneamente, visto que a disciplina entre sujeitos e bens por si só não é suficiente para fazer com que o direito material cumpra integralmente sua função, o que faz com que ele vá mais além, disciplinando sanções pelo descumprimento

⁵ “Direito material é o corpo de normas que disciplinam as relações jurídicas referentes a bens e utilidades da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc.)” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria geral *do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 46).

das normas preestabelecidas,⁶ e, sob esse aspecto, o direito processual funciona como instrumento para auxiliar no cumprimento dessas normas de convivência.

A atividade do Estado divide-se em três funções fundamentais: legislativa, administrativa e jurisdicional. A função legislativa é considerada a primeira manifestação do Estado. Uma coletividade humana eleva-se a Estado quando ordena a própria organização e disciplina o relacionamento de seus membros, segundo princípios e regras expressas, que em seu todo unitário formam o ordenamento jurídico. Essa regra necessária à convivência social deve ser garantida contra o perigo de transgressões. O elemento essencial do ordenamento jurídico é constituído pela predisposição de um sistema para assegurar a observância das normas. Na função administrativa, o Estado procura satisfazer necessidades da coletividade, tais como: a manutenção da ordem pública, a defesa, saúde, educação etc. Essa atividade administrativa deve se desenvolver com a observância da lei, ou seja, no exercício das próprias funções, submeter-se ao direito. A função jurisdicional representa uma complementação da função legislativa. A jurisdição constitui-se uma manifestação do poder soberano do Estado. No exercício da função legislativa, o Estado revela-se no ato de criar a norma jurídica e, no exercício da função jurisdicional, sua manifestação é assegurar a atuação da norma.⁷

O Estado, ao regular o seu próprio poder jurisdicional, parte do pressuposto de que normalmente as leis preestabelecidas são verificadas para que seja possível a convivência social da comunidade, deixando para a iniciativa daquele que se considera prejudicado pela inobservância de uma norma a provocação do exame da situação criada, por parte do órgão jurisdicional. Da mesma maneira, permite, em um amplo setor de direitos concedidos por normas de direito, que os particulares possam pôr fim às suas diferenças por meio de acordos entre eles, ou que suportem situações injustas atentatórias aos direitos reconhecidos ou estabelecidos por leis.⁸

Para Giuseppe Chiovenda,⁹ jurisdição é a função do Estado que tem por finalidade a atuação da vontade concreta da lei mediante a substituição, pela atividade dos órgãos

⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela dos interesses coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 66.

⁷ LUGO, Andrea. *Manuale de diritto processuale civile*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2006. p. 3-4.

⁸ FENECH, Miguel. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Agesa, 1986. p. 24.

⁹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, 2005. v. 2, p. 13-14.

públicos, da atividade dos particulares ou de outros órgãos públicos, seja ao afirmar a existência da vontade da lei, seja ao fazê-la praticamente efetiva. A jurisdição é uma função exclusiva da soberania estatal, ou seja, a organização de todos os cidadãos para o cumprimento dos fins de interesse geral. Anteriormente, a justiça era administrada pelo povo (coletivamente, em assembleia popular, ou por meio de juízes populares) ou pelo monarca (pessoalmente ou por meio de seus funcionários). Nos Estados modernos, os juízes são funcionários do Estado.

A função do direito é dar ordem à convivência entre os homens e a de compor os conflitos que podem surgir entre eles, todavia não se cumpre somente com a formação das leis que dispõem as regras de conduta. Por essa razão, foi destinado um ramo do direito para garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, mediante a instituição dos órgãos públicos com a incumbência de atuar essa garantia e disciplinar as modalidades e formas de atividade. Esses órgãos são chamados órgãos judiciários e sua atividade se denomina jurisdição.¹⁰

Eduardo J. Couture¹¹ afirma existir certa sinonímia entre função judicial e função jurisdicional. Nem toda função judicial é função jurisdicional, nem toda função do Poder Judicial é função jurisdicional, como não o é a chamada jurisdição voluntária, como também nem toda função jurisdicional corresponde ao Poder Judicial.

O Poder Judiciário, pela jurisdição, atua o direito material (leis) de modo a resguardar o ordenamento jurídico, a autoridade normativa e a paz social, aplicando a norma ao caso concreto, e, quando esta inexistir, ou seja, quando há uma lacuna legal, o juiz cria o direito, fazendo uso dos princípios gerais do direito, da analogia e da equidade, uma vez que nenhum processo pode ficar sem decisão.¹²

A evolução histórica da função jurisdicional do Estado atravessa várias etapas, e em cada uma delas o propósito fundamental é a manutenção da paz social. Na sociedade primitiva, o chefe tribal assumia a totalidade dos poderes políticos, como decidir a guerra ou a paz; administrativos, como instrumento de manutenção da organização tribal e o

¹⁰ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985. p. 3.

¹¹ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Argentina: Puntotex, 2010. v. 1, p. 26.

¹² AMORIM, José Roberto Neves; MARTINS, Sandro Gilbert. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 31.

poder de distribuir justiça nos conflitos entre os membros de sua tribo. Em etapas subsequentes à evolução histórica da humanidade, aquele chefe tribal, transformado em rei, sente a necessidade de transferir a outro a função judicial, mas com retenção do poder como meio político-jurídico de revisar as decisões de seus subordinados.¹³

A função jurisdicional origina-se uma vez consagrada a separação de poderes como: legislativa, executiva e judicial. Essa distinção assinala a importância não somente do ponto de vista doutrinário, mas também da prática pelas distintas consequências que de um ou outro derivam.¹⁴ Para compreendê-la, observa Hugo Alsina¹⁵ que, enquanto o ato jurisdicional aspira a coisa julgada, o ato administrativo é por essência revogável, pelo próprio órgão que o emitiu.

Destaca Enrico Tulio Liebman¹⁶ que na Itália são muitas as definições de jurisdição, sendo duas mais importantes: a dada por Chiovenda, para quem *jurisdição é a atuação concreta da lei mediante substituição da atividade alheia pela de órgãos públicos, seja afirmando a existência da vontade da lei, seja tornando-a efetiva na prática*, e a outra, preconizada por Carnelutti, *a qual vê na jurisdição a justa composição da lide*, entendendo por lide todo conflito de interesses regulado pelo direito e pela justa composição em que tem lugar o direito. As duas definições foram objeto de avivadas discussões, podendo ser consideradas complementares, visto que a primeira representa uma visão puramente jurídica de conteúdo da jurisdição, enquanto estabelece a relação entre a lei e a jurisdição, e a segunda considera a atuação do direito como meio para alcançar uma finalidade ulterior, a composição do conflito de interesses.

Complementa Claudio Consolo¹⁷ que o ordenamento jurídico não somente atua por meio da jurisdição, mas até mesmo resolve, de modo que não restaria perfil funcional à atividade jurisdicional, mas unicamente o perfil eficaz, ou seja, a atitude de dar lugar a uma averiguação incontestável, a coisa julgada substancial.

¹³ BACRE, Aldo. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. t. 1, p. 99.

¹⁴ Id. *Ibid.*, p. 102-103.

¹⁵ ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1957. t. 2, p. 419.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil* cit., p. 6. Vide também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1, p. 129.

¹⁷ CONSOLO, Claudio. *Le tutele*. Spiegazioni di diritto processuale civile. 4. ed. Bologna: Cisalpino, 2000. t. 1, p. 4.

O direito processual civil é o nome dado à disciplina da administração de justiça cujas regras fundamentais encontram-se no Código de Processo Civil. No âmbito da função da atividade jurisdicional, são feitas distinções que têm muitas características com procedimentos distintos, seja pelas diversas formas ou vários modos de proceder prescritos pela lei: jurisdição voluntária e contenciosa, penal e civil. Aqui nos ocuparemos da jurisdição contenciosa civil. A norma jurídica deve ser reconstruída em sua integridade segundo um esquema lógico formado por duas proposições: a primeira é o preceito da norma que proíbe, comanda ou permite o comportamento em determinada circunstância da vida de um determinado modo; a segunda (hipotética) prevê qual o evento possível, caso o mesmo preceito não venha a ser observado, cominando esta última em uma sanção, ou seja, o provimento de reação à transgressão da inobservância da norma.¹⁸

A atividade jurisdicional, no entendimento de Crisanto Mandrioli,¹⁹ é instrumental relativamente aos direitos que vai tutelar, uma vez que se constitui do instrumento de sua atuação, na hipótese de que tal atuação não se verifique espontaneamente. Isso porque os direitos constituem a matéria ou a substância da atividade jurisdicional, enquanto esta é descrita e disciplinada pela norma jurídica que em seu complexo constitui um sistema que se delinea em contraposição ao direito (sistema de normas) material ou substancial e direito (ou sistema de normas) instrumental ou formal, ou seja, processual. Esses dois sistemas de normas são extremamente coordenados entre si. As normas substanciais disciplinam diretamente comportamentos humanos que o legislador considera idôneos a satisfazer determinados interesses e precisamente aqueles interesses que, seguidos de uma valoração de política legislativa, necessitam de proteção. Entretanto, se essa tutela primária não é suficiente, ou seja, quando a norma substancial é violada, o ordenamento recorre ao instrumento processual, isto é, recorre à norma instrumental ou processual que disciplina a atividade de determinados sujeitos, quer dizer, disciplina a atividade jurisdicional instrumental pelos meios de atuação da tutela secundária ou tutela jurisdicional.

Também Girolamo Monteleone²⁰ afirma que a jurisdição é instrumental com relação à norma primária, material, o processo e a jurisdição desenvolvem um cômputo estrutural, precisamente de meio necessário, a fim de reprimir a violação da norma material

¹⁸ REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2005. p. 1-2.

¹⁹ MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. Nozioni introduttive e disposizioni generali. 30. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000. p. 11.

²⁰ MONTELEONE, Girolano. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Cedam, 2000. p. 5.

e para eliminar, nos limites da possibilidade, as consequências negativas derivantes daquela norma.

Em complemento, destacam Luigi Montesano e Giovanni Arieta²¹ que, dentre as muitas definições que a doutrina processualista italiana de jurisdição possui, há uma que considera a essência da atuação do direito objetivo e outra que assume o caráter imparcial da função jurisdicional, e a primeira pode ser útil por esclarecer que “i giudici sono soggetti soltanto alla legge” permanece estranha à função jurisdicional onde cada atividade estatal seja fonte de direito objetivo, o que não é suficiente a individualizar a verdadeira essência de jurisdição.

A jurisdição constitui uma manifestação do poder soberano do Estado, ou seja, no exercício da função legislativa, o Estado manifesta-se no ato de estabelecer a norma jurídica e, no exercício da função jurisdicional, no ato de assegurar a atuação daquela norma.²²

De maneira diferente entende Jaime Guasp,²³ para quem o direito processual não é um instrumento de outros ramos jurídicos, não é algo secundário ou acessório relativamente a outros direitos, especialmente no tocante ao direito material. Para esse processualista contrário ao caráter instrumental do direito processual, para as teorias dos conflitos, o direito processual é a resolução do conflito que advém do direito material. Para a teoria da atuação jurídica, o direito material estabelece a tutela “primária”, e o direito processual a tutela “secundária”. Em razão disso, a terminologia inspirada na concepção instrumental do direito processual foi amplamente difundida, sendo corrente a expressão “direito material” e “direito instrumental”. Salienta que a concepção da satisfação das pretensões como essência da função processual desfaz essa crença. A finalidade institucional do processo não está subordinada a nenhuma outra. O direito processual é na realidade somente um instrumento dos valores jurídicos comuns a todo direito. Em consequência, para o mundo do processo, o direito processual não é um instrumento do direito material, mas sim o inverso, porque o direito material é o que, com a indicação dos critérios imperativos que o juiz leva em conta, proporciona os instrumentos necessários para o trabalho processual.

²¹ MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale Civile*. Le disposizioni generali. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1999. p. 3-4.

²² LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile* cit., p. 4.

²³ GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998. p. 47.

Segundo Edoardo J. Couture, a jurisdição possui alguns elementos formais, de caráter externo, que permitem indicar a sua presença, tais como: as partes, um autor e um demandado e eventualmente os terceiros podem e devem assumir a posição de partes nos casos previstos em lei. O elemento formal é o procedimento, ou seja, em forma de processo, normalmente revela a existência de um ato jurisdicional. Existem procedimentos que têm todas as características formais da jurisdição e que, por carecer do conteúdo desta, não podem ser qualificados como atos jurisdicionais. Assim, os procedimentos de jurisdição voluntária têm certos elementos formais de jurisdição, mas pertencem à função administrativa, em razão de não adquirir a autoridade da coisa julgada e não conter um conflito de interesses. Assim, a forma normalmente caracteriza a jurisdição, mas não é o único elemento integrante.²⁴

Ainda conforme Couture,²⁵ no conteúdo da jurisdição verifica-se a existência de um conflito com relevância jurídica, cuja decisão seja suscetível de adquirir a autoridade de coisa julgada. Não há jurisdição sem autoridade de coisa julgada. Também pertence à essência da coisa julgada e conseqüentemente à jurisdição o elemento de coercibilidade ou execução das sentenças de condenação. A atividade de dirimir conflitos e decidir controvérsias é um dos fins primários do Estado. Quando os indivíduos ficaram privados da faculdade de fazer justiça com as próprias mãos, o Estado foi investido do dever de jurisdição. O cumprimento da jurisdição se dá mediante um processo adequado. O processo é uma relação jurídica continuativa, consistente em um método de debate, em que as partes têm várias possibilidades de defesa e de provas, que asseguram uma justa decisão passível de coisa julgada.

Para Andrea Lugo,²⁶ jurisdição é a função estatal de assegurar a atuação das normas jurídicas, ou seja, a aplicação das sanções que garantem a observância dos preceitos. A jurisdição é definida como a afirmação do ordenamento jurídico no caso concreto.

Para aqueles que entendem que a função jurisdicional consiste em compor conflitos ou resolver controvérsias ou a tutela de direitos subjetivos ou interesses legítimos, considera-se que o núcleo da função jurisdicional constitui-se na tutela e realização do

²⁴ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Argentina: Puntotex, 2010. v. 1, p. 30-31.

²⁵ Id., *Ibid.*, p. 32.

²⁶ LUGO, Andrea. *Manuale di diritto processuale civile cit.*, p. 4.

direito objetivo, mas o essencial da função jurisdicional não é resolver discrepâncias ou controvérsias, porque não se pode considerar jurisdicional qualquer modo de composição de litígios ou de resolução de controvérsias. Ao definir a função jurisdicional, deve-se levar em conta que se pretende defini-la em seu conjunto, o que não equivale exatamente a um propósito intelectual diferente, como é o de formular critérios para diferenciar os atos jurídicos jurisdicionais dos atos jurídicos de outro tipo, por exemplo, os atos administrativos ou legislativos. A função jurisdicional também é conhecida com outras denominações como jurisdição e administração de justiça.²⁷

A justiça institucionalizada exercida pelo Estado com exclusividade, mediante julgamentos e constringências sobre pessoas e bens, é responsável pela visão da jurisdição como objeto do monopólio estatal. Como função estatal, a jurisdição tem conotações próprias de imperatividade e inevitabilidade, que inexistem nos outros meios de solução de conflitos, sendo legítimo o uso racional e equilibrado de força física para vencer resistências conforme os artigos 497 e 536 do Código de Processo Civil.²⁸

José Roberto dos Santos Bedaque afirma que a jurisdição é uma das atividades desenvolvidas pelo Estado e se realiza quando o juiz elimina as crises verificadas no direito material, ao impor coercitivamente as regras criadas pelo legislador, fazendo com que elas sejam observadas pelas partes, o que conseqüentemente põe fim ao conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida.²⁹ A função jurisdicional somente atua diante de casos concretos de conflitos de interesse e sempre depende da provocação dos interessados, e a missão do juiz consiste precisamente em compor o impasse criado com a pretensão de alguém a um bem da vida e a resistência de outro indivíduo àquela pretensão.³⁰

A função jurisdicional tem propósitos específicos, dentre os quais podemos identificar o social, o político e o jurídico. que serão abordados a seguir.

²⁷ OLIVA SANTOS, Andrés de la; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil I*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016. p. 18.

²⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 121-122 e passim.

²⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre jurisdição e ação. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 539.

³⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1, p. 36.

1.1.1 Os escopos da jurisdição

Jurisdição é a expressão do poder canalizada à realização dos fins do próprio Estado, em face das oscilantes diretrizes políticas exibidas na História, cujos objetivos também estão sujeitos a essas mesmas variações no tempo e no espaço. Permanecem no plano jurídico as tradicionais tentativas de definição teleológica da jurisdição. Na atualidade, com o reconhecimento da autonomia da ação e a proclamação do método do processo civil de resultados, acredita-se que a tutela jurisdicional é dada às pessoas, e não aos direitos. São inegáveis as implicações que a jurisdição tem com a vida social, e é o reconhecimento dessa utilidade pelos membros da sociedade que a legitima no contexto das instituições políticas da nação, o que se reflete na fórmula das relações entre o Estado e a sua população, além de servir de instrumento para a imposição das diretrizes estatais. Hodiernamente, todo estudo teleológico da jurisdição e do sistema processual há de extrapolar as fronteiras do direito e da sua vida, projetando-se para fora, ou seja, além do objetivo jurídico da jurisdição, e é necessário considerar as outras tarefas que lhe cabem diante da sociedade e do Estado. A visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico é indispensável ao processualista.³¹ As circunstâncias históricas fazem com que cada nação desenvolva sua própria visão de bem comum e do valor de justiça.³²

Nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco,³³ “o processo vale pelos resultados que produz na vida das pessoas ou grupos, em relação a outras ou aos bens da vida”. O processualista entende que o processo civil jamais poderá deixar de ser uma técnica e, para que possa cumprir adequadamente as suas funções no plano social, político e jurídico, é preciso ter consciência dos seus escopos que envolvem essas três áreas. Ao afirmar que a função jurisdicional consiste na atuação da vontade da lei, exclui-se que possa consistir na determinação ou criação dessa vontade.

³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 181-184.

³² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112. “O Estado busca o bem comum de um certo povo, situado em determinado território... o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo.” Para Miguel Reale: “o bem comum não é a soma de direitos individuais, nem a média do bem de todos; o bem comum, a rigor, é a ordenação daquele que cada homem pode realizar sem prejuízo do bem alheio, uma composição harmônica do bem de cada um com o bem de todos” (*Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 59).

³³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 111 e 141.

Prossegue Dinamarco, observando os ensinamentos de Chiovenda: “jurisdição é a atividade pública e exclusiva com a qual o Estado substitui a atividade das pessoas interessadas e propicia a pacificação de pessoas ou grupos em conflito, mediante a atuação da vontade do direito em casos concretos”.³⁴

Para o processualista, a principal função social do processo civil é a pacificação e as funções sociais do Estado perante a população constituem a síntese dos objetivos do bem comum, sendo a paz social inerente ao bem-estar a que a sociedade necessariamente deve ser conduzida. As insatisfações que afligem as pessoas constituem realidades que são fenômenos psíquicos capazes de comprometer a felicidade pessoal e se reproduzem em conflitos que progridem e se multiplicam. Portanto, é dever do Estado a eliminação dessas circunstâncias de insatisfação. É nesse quadro que o processo se destaca como elemento de pacificação, ou seja, o escopo de pacificar pessoas mediante a eliminação de conflitos com justiça é a razão mais profunda pela qual a existência do processo se legitima na sociedade.³⁵

Nessa perspectiva, ressalta Dinamarco³⁶ que a mais clara manifestação de insatisfação é o indivíduo ter que comparecer em juízo para propor uma demanda requerendo a eliminação da situação adversa que o incomoda.

Outro escopo social inerente ao processo mencionado pelo autor é no sentido de educar os indivíduos para o respeito a direitos alheios e para o exercício dos seus, pois o exercício continuado e correto da jurisdição constitui elemento de valor. Entretanto, muitos fatores inibem as pessoas menos preparadas de defender convenientemente seus direitos e interesses em juízo em razão da demora processual, custos, formalismo e insensibilidade de alguns aos verdadeiros valores e ao compromisso com a justiça, o que leva os leigos a um irracional temor reverencial diante das instituições judiciárias, privando-os da tutela jurisdicional a que todos têm direito. Ainda não se deve esquecer o escopo político, pois, quando Chiovenda dizia que o escopo do processo é a atuação da vontade da lei, voltava-se aos resultados do processo, ou seja, o quanto o processo é apto a produzir em casos

³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1, p. 290.

³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 131. Vide também: CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 30. Vide também: DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 181.

³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 132-133.

concretos. Isso nos leva a raciocinar sobre a estabilidade do próprio ordenamento jurídico, que constitui projeção positivada do poder estatal. Outro realce que se pode ter atualmente é o valor do processo como meio de culto à liberdade, tanto dos indivíduos quanto de grupos contra os desmandos do Estado. Pode-se observar nos modos disponíveis de reação a esses abusos do Poder Estatal a busca da tutela jurisdicional adequada, como o *habeas corpus*, mandado de segurança individual ou coletivo, mandado de injunção, *habeas data* etc.

Destaca Chioyenda³⁷ que a atuação dos juízes se dirige, necessariamente, a dois objetivos distintos: a) questão de direito, ou seja, exame da norma como vontade abstrata de lei; e b) questão de fato, ou melhor, exame dos fatos que fazem com que se convertam em concreta vontade da lei.

Na visão de Luiz Guilherme Marinoni, o escopo de pacificação social da jurisdição relaciona-se com três questões, ou seja: a) os litigantes têm uma consciência de que os seus conflitos possuem uma forma de resolução estatal, dada a presença do juiz; b) a jurisdição acomoda as disputas evitando o agravamento das discussões; e c) a obtenção da decisão após o seu trânsito em julgado leva à conformação das partes litigantes. Para o autor, a pacificação social é uma mera consequência da existência de um poder de resolução dos conflitos que se sobrepõe aos jurisdicionados que dela participaram, e não um resultado particular e próprio do Estado constitucional. “A pacificação social pode ser vista como um objetivo que deve ser perseguido pela jurisdição, mas não serve para caracterizá-la.”³⁸

No entanto, indagamos se o Estado vem cumprindo o seu papel pacificador, tendo-se que os processos muitas vezes se eternizam³⁹ ou até mesmo se desvirtuam quando o bem da vida almejado pela parte que propôs a ação é deixado de lado e se discute entraves processuais que nada têm com a insatisfação daquele que sentiu que o seu direito foi de alguma forma violado.

³⁷ CHIOYENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil* cit., v. 1, p. 58.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 112.

³⁹ A título de exemplo: o Relatório Justiça em Números 2018, Brasília: CNJ, p. 144, demonstra que o tempo médio de duração do processo de conhecimento em primeira instância nas Varas Estaduais é de 2 anos e 6 meses a 4 anos e 4 meses, e na fase de execução chega a 6 anos e 10 meses. Nas Varas Federais, o tempo médio do processo de conhecimento é de 2 anos e 4 meses a 3 anos e 7 meses, e na fase executiva chega a 6 anos e 10 meses.

Além disso, o Estado entende que o escopo social de pacificação mediante a eliminação de conflitos e insatisfações é de sua competência.

Nessa linha de raciocínio, afirma José Roberto dos Santos Bedaques⁴⁰ que o instrumento estatal de solução de controvérsias não vem cumprindo o seu papel, aliás, tem sido muito mais fonte de conflitos do que via de obtenção de pacificação social. Salienta que para resolver isso a doutrina tem se preocupado com a busca de meios aptos a conferir efetividade à tutela jurisdicional.

Em razão da dificuldade em atender e responder aos jurisdicionados que ocorrem ao Poder Judiciário devido ao excesso de demandas, formalismo, custo, demora do processo e limitações ao acesso à justiça, surge o movimento de simplificação e deformalização do conflito, com a busca de formas de resolução por intermédio de métodos nos quais o processo judicial é apenas uma das possibilidades.⁴¹⁻⁴²

O acesso à justiça não se dá somente pelo acesso aos tribunais, mas sim pelo acesso à ordem jurídica justa, seu principal objetivo é a pacificação, que será maior ou menor, de acordo com os métodos processuais utilizados.⁴³

⁴⁰ BEDAQUES, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 76.

⁴¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 63, abr.-jun. 1987. “[...] de um lado, a deformalização do próprio processo, utilizando-se a técnica processual em busca de um processo mais simples, rápido econômico, de acesso fácil e direto, apto a solucionar com eficiência tipos particulares de conflitos de interesses. De outro lado, a deformalização das controvérsias, buscando para elas, de acordo com a sua natureza, equivalentes jurisdicionais, como vias alternativas ao processo, capazes de evitá-lo, para solucioná-las mediante instrumentos institucionalizados de mediação. A deformalização do processo insere-se, portanto, no filão jurisdicional, enquanto a deformalização das controvérsias utiliza-se de meios extrajudiciais.”

⁴² LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. Uma sugestão de integração. 2006. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo, p. 51-52. Nesse sentido, Pedro Pedroso, referindo-se ao sistema português, pondera: “A expansão e transformação do sistema jurídico é incontestável, mas não é feita num único sentido. Por uma das vertentes, temos a sobrecarga do sistema jurídico e um caminho de juridificação das relações sociais anteriormente sujeitos a menos regulação jurídica, como as relações familiares ou laborais. Mas, por outra, as transformações do direito, que assinalai, chamem-se ‘judicialização’, ‘constitucionalização’ ou ‘burocratização’ também são processos que, em regra, pretendem trazer mais racionalidade e mais cidadania à vida em sociedade, ou seja, mais respeito e defesa dos direitos de cada cidadão” (Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. p. 1-43. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2017).

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 83.

Nessa perspectiva, entendemos que, paralelamente à atividade jurisdicional, há um vasto campo de possibilidades que a complementam, em que os meios consensuais de solução de conflitos vão atuar auxiliando o Estado, na área do direito processual civil, a minimizar a conflituosidade adversarial, e a mediação vai agir no restabelecimento do diálogo entre as partes conflitantes, em que os próprios litigantes, com o auxílio do mediador, poderão, por si, resolver o problema existente entre eles.

No entanto, o pragmatismo brasileiro vem com uma avalanche de normas e imposições que obrigam as partes, independentemente das suas respectivas vontades, a participar do procedimento de mediação, forçando os litigantes e os próprios operadores do direito a estar frente a frente numa tentativa de composição, diferentemente do que ocorreu na experiência americana, em que houve uma construção teórica com a participação de diversas frentes, enquanto no Brasil a mediação é imposta legislativamente sem que os participantes estejam preparados para utilizá-la.

1.2 Breve histórico dos meios consensuais de solução de conflitos

As sociedades primitivas utilizavam os métodos consensuais de solução de conflitos por meio de árbitros ou facilitadores para que se chegasse a um consenso. A função era incumbência de uma pessoa respeitável da comunidade, como o sacerdote, ancião, cacique, o próprio rei, obtendo-se a pacificação sem que se recorresse à justiça pelas próprias mãos. Historicamente, os métodos consensuais de solução de conflitos precederam a jurisdição estatal. Posteriormente, quando o Estado assumiu todo o seu poder, nasceu o processo judicial.⁴⁴

Sabe-se que a mediação é um instituto antigo, e nos dizeres de Galeno Lacerda:

[...] quando as coisas instituídas falham, por culpa de fatores estranhos à nossa vontade, convém abrir os olhos às lições do passado para verificar se, acaso, com

⁴⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil. *Prodireito – Direito Processual Civil*. v. 1, p. 51-53. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160105-01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

mais humildade, dentro de nossas forças e limites, não podem elas nos ensinar a vencer desafios do presente.⁴⁵

Como destaca Deborah M. Kolb, a atividade de solução de controvérsias já existia antes do Estado, “mediação pode não ter sido a mais antiga profissão, mas seguramente está próxima”.⁴⁶

Os estudos relativos aos mecanismos consensuais de solução de conflitos sofrem com o fato de não caberem, harmonicamente, nos limites da dogmática jurídica, visto que o seu objeto transcende à tarefa de dar sentido a normas jurídicas, em razão de remeter-se à autonomia da vontade e à disponibilidade do direito das partes, colocando em segundo plano a tarefa de aplicação normativa, que passa a ser apenas uma possibilidade, caso o consenso não seja alcançado entre as partes conflitantes. O conteúdo normativo no estudo de mecanismos consensuais diverge daquele tradicionalmente procurado em normas legais, e suas técnicas estão longe de ser dogmáticas. Diversamente, implicam elementos sociais, psicológicos e comunicacionais, distintos do saber jurídico tradicional.⁴⁷

Ao sintetizar os objetivos fundamentais do ensino do direito, André Franco Montoro⁴⁸ resume em três palavras: formar juristas brasileiros, e salienta que “formar” não significa apenas “informar,” asseverando que “cultura é o que fica quando a pessoa esquece tudo aquilo que aprendeu”. O ensino jurídico traduz-se em proporcionar ao estudante uma adequada formação intelectual, jurídica, universitária ou humanística. Acrescenta que “a formação intelectual consiste na capacidade de compreender, analisar e sintetizar ideias e conceitos,” proporcionando ao estudante a capacidade de julgar com critérios próprios e espírito crítico, argumentar e demonstrar o fundamento das próprias afirmações. Ter formação jurídica compreende, ainda, enxergar a realidade social e humana, que é uma das dimensões necessárias do direito como fato social.

Até o presente, a formação dos acadêmicos de direito no Brasil está voltada à solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesse, ou seja, a solução dos conflitos encontra ênfase no processo judicial, por meio da sentença adjudicada por um juiz togado, o que constitui a solução imperativa proferida pelo representante estatal. A isso Kazuo

⁴⁵ LACERDA, Galeno. Dos juizados de pequenas causas. *Revista Ajuris*, n. 27, p. 7-8, mar. 1983.

⁴⁶ KOLB, Deborah M. *The mediators*. Cambridge-Massachusetts: The Mit-Press, 1983. p. 1.

⁴⁷ SALLES, Carlos Alberto de. Prefácio. In: TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. vii-viii.

⁴⁸ MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 109-110.

Watanabe menciona: “é a solução pelo critério do ‘certo ou errado’, do ‘preto ou branco’, sem qualquer espaço para a adequação da solução, pelo concurso da vontade das partes, à especificidade de cada caso”.⁴⁹

Com a mesma intelecção, Heitor Vitor Mendonça Sica,⁵⁰ ao refletir sobre a redução do “tráfego judicial”, afirma que a mediação e conciliação ainda não encontraram um ambiente propício para florescer devido a circunstâncias externas à estrutura do sistema judiciário. Não se pode ignorar a falta de cultura em autocomposição cujas raízes se encontram na formação dos bacharéis de direito capacitados a atuar em meios consensuais de solução de conflitos.

No mesmo sentido, na doutrina espanhola Juan Francisco Mejias Gomez menciona situação semelhante:

En la universidad se enseña a los futuros abogados que su calidad jurídica se medirá por la cantidad de juicios que ganen y no por la cantidad de pleitos que eviten o terminen por el acuerdo de las partes. Incluso se piensa que un abogado negociador es un abogado débil. Se confunde la debilidad con la capacidad de diálogo. Se confunde la fortaleza con la intransigencia y con la rigidez, la tozudez o la falta de capacidad de diálogo.⁵¹

Como observa Rodolfo de Camargo Mancuso,⁵² é necessário um esclarecimento acerca de se colocar a Justiça estatal como padrão oficial, denominada solução adjudicada, levando as demais formas, auto e heterocompositivas, a ser consideradas “meios alternativos”. Em razão dessa equivocada percepção, a justiça oficial de solução estatal tem sido a protagonista, por ser a primeira oferta, ficando os demais meios (*ADRs – Alternative Dispute Resolutions*) como coadjuvantes do cenário jurídico. A nossa tradição cultural está centrada no processo judicial, no qual as partes litigam por meio de seus advogados buscando uma sentença judicial que lhes seja favorável, proferida por um juiz competente que decide a controvérsia de forma impositiva.

⁴⁹ “É o modelo ensinado em todas as faculdades de direito do país, sem exceção. E é esse, igualmente, o modelo de profissional do direito exigido pelo mercado para as principais carreiras profissionais, como a advocacia, a magistratura, o ministério público e as procuradorias públicas. Quase nenhuma faculdade oferece aos alunos, em nível de graduação, disciplinas obrigatórias voltadas à solução não contenciosa dos conflitos” (WATANABE, Kazuo. *Cultura da sentença e cultura da pacificação* cit., p. 685).

⁵⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 236, p. 13-26, out. 2014. p. 23-24.

⁵¹ MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efetiva*. Madrid: El Derecho y Quantor, 2009. p. 60.

⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2011. p. 155.

Destaca José Renato Nalini⁵³ que o juiz precisa conviver com esse novo quadro, incentivando os meios alternativos de solução de conflitos, e não hostilizá-los, pois é mais conveniente para o Judiciário que ele se encarregue de decidir apenas as questões mais complexas, relegando às outras estratégias a resolução de conflitos de menor importância. Salienta o autor que o profissional desse milênio não pode mais replicar as praxes longevas e formalismos estéreis como um ser robotizado, fundamental ser criador de soluções integrais, que atendam de maneira mais completa à necessidade da pacificação social. Indispensável que ele se compenetre de que atualmente se reclama uma quebra de paradigmas, e que ele poderá ser um criador de uma nova Justiça.

Nossa crítica à adaptação do exemplo americano ao sistema jurisdicional brasileiro é que naquele país houve ao longo dos anos uma construção teórica acerca da mediação, com a participação tanto dos operadores do direito quanto dos órgãos do legislativo e executivo, e principalmente houve a participação popular que busca a melhor forma de resolver os seus litígios, enquanto no Brasil impõe-se o instituto da mediação legislativamente em confronto com a mentalidade adversarial dos usuários do sistema e dos próprios operadores do direito.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michele Pedrosa Paumgarten, há uma expressiva divergência entre a teoria da mediação e a normatização dos meios alternativos de solução de conflitos, sendo a incorporação da mediação pelos Tribunais um desafio a ser enfrentado no futuro no tocante à qualidade da mediação.⁵⁴

Entretanto, antes de adentrarmos nesse tema, é imprescindível falarmos da política pública nacional que sistematiza a Resolução Adequada de Disputas (RADs), para depois apontarmos as implicações positivas e as mazelas dessa adaptação da mediação realizada legislativamente no sistema brasileiro, a qual está dissociada de uma construção prática e teórica.

⁵³ NALINI, José Renato. Os três eixos da reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 75, p. 71-72, abr. 2004.

⁵⁴ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi dell monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Diritto.it*. 2012. Disponível em: <www.diritto.it/docs/33346-l-esperienza-italo-brasiliana-nell-uso-della-mediazione-in-risposta-alla-criasi-del-monopolio-statale-di-soluzione-di-conflitti-e-la-garanzia-di-accesso-alla-giustizia>. Acesso em: 20 mar. 2016.

1.3 Mediação como política pública⁵⁵ no sistema judicial

O Conselho Nacional de Justiça, protagonista da principal política pública nacional, que visa conferir maior projeção e sistematização da mediação como meio para equacionar o sério problema de déficit operacional do Poder Judiciário, vem, desde 2009, editando o *Manual de mediação judicial*, pois, em razão da sua pesquisa consubstanciada no seu relatório “Justiça em Números”, a cada ano, para cada dez novas ações judiciais propostas, apenas três demandas antigas são resolvidas, encontrando-se pendentes de julgamento cerca de 93 milhões de ações.⁵⁶

A preocupação com a utilização racional e eficiente da máquina judiciária estatal levou o Conselho Nacional de Justiça a adotar novas práticas para o uso dos recursos materiais e humanos do Poder Judiciário, cuja decisão envolve uma nova cultura e novas políticas institucionais, fazendo-se necessária a implantação de nova perspectiva não adversarial para as disputas judiciais.

Entretanto, a criação de ambientes não adversariais de resolução de disputas consiste em um dos maiores desafios de política pública, com a geração de estímulos para a sua mudança de cultura. Essa mudança pode ser aplicada praticamente a todas as relações conflituosas apresentadas ao Poder Judiciário, mas requer treinamento com o intuito de otimização dos resultados dos processos de resolução de conflitos.

O que na cultura norte-americana se alinha como *Alternative Dispute Resolutions* (ADRs) no Brasil se denomina Resolução Apropriada de Disputas (RADs), evolução do que originalmente se chamava Resolução Alternativa de Disputas, e que, atualmente, tem se adotado a expressão Resolução Adequada (ou mesmo Amigável) de Disputas, que inclui uma série de métodos, ou seja,

⁵⁵ Política pública pode ser definida como: “o campo do conhecimento que busca, ao mesmo tempo, ‘colocar o governo em ação’ e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente). A formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos democráticos traduzem seus propósitos e plataformas eleitorais em programas e ações que produzirão resultados ou mudanças no mundo real” (SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 23 nov. 2018).

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Manual de mediação judicial*: de acordo com a Lei 13.140/15 (Lei da mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10. Brasília: CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2016. p. 9.

processo judicial, arbitragem, conciliação, mediação, entre outros, formando um sistema pluriprocessual, capaz de solucionar conflitos.

As características de cada processo precisam ser consideradas na escolha do método para a sua resolução, tais como: custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedimental, exequibilidade da solução, adimplemento espontâneo do resultado, custos emocionais na composição da disputa e recorribilidade.

A mediação como um dos meios alternativos de solução de conflitos está regulada por dois diplomas legais: a) os novos dispositivos do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015); e b) a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140, de 25 de junho de 2015). Esse avanço teve origem na Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), alterada pelas Emendas n.º 1, de 31 de janeiro de 2013, e n.º 2, de 8 de março de 2016,⁵⁷ que instituiu e continua regendo a política pública nacional dos meios adequados de solução de conflitos.

A Resolução n.º 125/2010 instituiu uma Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, com objetivo de promover a difusão da mediação e da conciliação como caminhos alternativos ao processo judicial, tendo como pressupostos: a) a necessidade de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos; b) que a implementação da mediação e a conciliação em outros países, como instrumentos efetivos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, têm reduzido a excessiva judicialização dos conflitos de interesses, da quantidade de recursos e da execução de sentenças; c) a imprescindibilidade do estímulo, apoio e difusão da sistematização e do aprimoramento das práticas já adotadas pelos tribunais; d) a relevância da uniformização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos para evitar disparidades na boa execução da política pública; e e) que a organização dos serviços de conciliação, mediação e outros métodos consensuais sirva para a criação de juízos de resolução alternativa de conflitos.

Essa Resolução não objetiva resolver a crise de desempenho da justiça, de reduzir o seu acervo de processos, mas sim de dar um tratamento adequado aos conflitos de

⁵⁷ Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, CNJ. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 22 maio 2017.

interesses. Obviamente, quanto maior a utilização dos meios consensuais, maior o número de processos solucionados com mais brevidade, mas esse resultado não decorre diretamente da correta política pública de tratamento consensual dos conflitos e não é o seu objetivo imediato,⁵⁸ é apenas uma consequência.

Estruturada num tripé, a Resolução n.º 125/2010 tem no seu ápice o Conselho Nacional de Justiça, com algumas atribuições de nível nacional e, abaixo deste, os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (Nupemecs), responsáveis pela implementação da Política Pública no âmbito dos Estados, e pela fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejuscs),⁵⁹ que são as “células” de funcionamento da Política Pública, onde atuam os responsáveis pelo êxito da estrutura, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabem a triagem dos casos e a orientação dos jurisdicionados.⁶⁰

São consideradas Políticas Públicas o conjunto de metas coletivas, processos ou instrumentos estatais garantidores e de efetivação de direitos fundamentais.

O artigo 1.º da Resolução n.º 125/2010 do CNJ institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses para assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza, e prescreve em seu artigo 7.º que os tribunais deverão criar os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos com o intuito de desenvolver a Política Judiciária de tratamento adequado dos conflitos de interesses, e em seu artigo 8.º prevê que os Tribunais deverão criar os Cejuscs.

O “novo” Código de Processo Civil, em sintonia com a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, prevê nos artigos 165 a 175 a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos, que são responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar a autocomposição.

⁵⁸ WATANABE, Kazuo. Mediação como política pública social e judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 37, ago. 2014.

⁵⁹ Os Cejuscs tiveram a nomenclatura alterada para Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, tanto pelo artigo 24 da Lei de Mediação n.º 13.140/2015 quanto pelo artigo 165 do Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, porém com a manutenção de sua organização e objetivos.

⁶⁰ LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc*: Centro Judiciário de Solução de Conflitos. 2. ed. São Paulo: IPAM, 2016. p. 15-16.

É exatamente nesse ponto que o entrelaçamento entre a jurisdição e a parajurisdição tem o seu início, haja vista que as sessões e as audiências de conciliação e mediação realizadas pelos Cejuscs são conduzidas por conciliadores e mediadores que se capacitaram de conformidade com as diretrizes da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, os quais até o presente momento são voluntários e exercem essas funções graciosamente, na maioria dos Estados brasileiros, ou seja, não exercem uma função típica estatal, no entanto, para efeitos penais, os mediadores e conciliadores são equiparados a servidores públicos, sem possuírem vínculo laboral com o Estado.

Os processos distribuídos nos Cejuscs são pré-processuais ou endoprocessuais. São pré-processuais quando uma das partes, acompanhada ou não de advogado, procura diretamente o órgão na tentativa de uma solução consensual para o seu problema, ou quando uma das procuradorias da assistência judiciária os envia com o objetivo de solucionar o conflito amigavelmente. São endoprocessuais quando, no curso do processo judicial em andamento, o juiz encaminha o processo para um conciliador ou mediador tentar, por técnicas específicas, a solução consensual para resolver o conflito.

Muitos dos processos distribuídos nos Cejuscs⁶¹ têm uma resposta positiva, ou seja, os conflitos são resolvidos com a interferência de um mediador, haja vista que as partes se autocompõem consensualmente e formalizam essa composição por meio de um termo de acordo que é redigido pelo mediador.

1.4 “Crise de justiça” ou crise de jurisdição

A conscientização social da garantia de efetivo acesso à justiça abriu as portas aos titulares de direitos subjetivos ofendidos ou ameaçados, quando começaram as queixas da

⁶¹ Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2017, 982 Cejuscs instalados. O gráfico 1 do Anexo I indica o número de Cejuscs instalados em cada Tribunal de Justiça. O índice de conciliação abrange o percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas. Observa-se no gráfico 2 do Anexo I que 10,7% das sentenças e decisões proferidas no Poder Judiciário Estadual em 2017 foram homologatórias de acordo. No Poder Judiciário Federal, o índice foi de 7,1%. A tendência é que esses percentuais aumentem, tendo em vista a entrada em vigor em março de 2016 do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105 de março de 2015), que prevê a realização de uma audiência prévia de conciliação e mediação como etapa obrigatória, anterior à formação da lide, como regra geral para todos os processos cíveis (*Justiça em números 2018: ano-base 2017/ Conselho Nacional de Justiça*. Brasília: CNJ, 2018. p. 137-141).

coletividade com a baixa e insatisfatória qualidade prática dos serviços jurisdicionais, momento em que se constatou a real impotência de tais serviços incapazes de proporcionar a resposta eficaz a que o Estado Democrático de Direito se comprometera, e, como afirma Humberto Theodoro Júnior:⁶² “Isto porque a sociedade ‘aprendeu a demandar’ e passou a fazê-lo num ritmo sempre crescente e muito superior à capacidade de vazão dos organismos jurisdicionais”. Os cidadãos cada vez mais utilizam as vias processuais para a solução dos litígios, notando-se uma irresignação de amplas camadas da população que exige dos tribunais a sua proteção contra as injustiças. Há uma síndrome de litigiosidade que concorre com a redução da capacidade de dialogar.

Isso decorre da evolução da sociedade impulsionada pelas transformações culturais, econômicas, políticas, técnicas, científicas e demográficas que obriga o ordenamento jurídico a adaptar-se a essa nova realidade que oferece uma paisagem social, diversa num cenário jurídico transformado do que estávamos acostumados no século passado. Nesse novo cenário, as coordenadas, os sujeitos, os meios, as estruturas e a visão da justiça se mostram diversos. O que na modernidade se apresentava como paradigma estatal de justiça, em que se resolviam os conflitos jurídicos, atualmente se apresenta com quebra do modelo paradigmático para incorporar, mais além do monopólio processual, outros instrumentos que pretendem responder a essa constante cobrança de tutela efetiva.⁶³

Nesse mesmo sentido, Leonardo Greco⁶⁴ destaca que a sociedade moderna, em decorrência da economia de escala, do frenético desenvolvimento tecnológico, da inconstância das políticas econômicas e dos conflitos raciais e religiosos, alterou a aptidão dos bens materiais de satisfazê-las, massificando as relações econômicas e sociais com o aumento dos litígios delas decorrentes, levando o Estado à incapacidade de atender a todas as demandas e a proteger concretamente todas as situações de fato que teoricamente se encontravam amparadas pelo direito.

A multiplicação de conflitos e novas formas de atuação política provenientes das crises de hegemonia, de legitimidade e da matriz organizacional do Estado obrigaram o

⁶² THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 6 e 8, nov.-dez. 1999.

⁶³ BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso. In: PEREZAGUA, Juan F. Herrero (Dir.). *Las transformaciones del proceso civil*. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 20.

⁶⁴ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier (Coord.). *O novo Código de Processo Civil. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 2-3.

Estado brasileiro a promover constantes ajustamentos no tocante à organização socioeconômica e político-administrativa do País, sem, no entanto, conseguir superar as próprias contradições em que tal organização se assenta. Nesse processo de ajuste, o fosso cada vez mais profundo entre o sistema jurídico e os interesses conflitantes numa sociedade em transformação, exacerbado pelas dificuldades que o Judiciário enfrenta hodiernamente para se adaptar aos novos tempos, conduziu a uma progressiva desconfiança, tanto na objetividade das leis, como critério de justiça, quanto na sua efetividade, como instrumento de regulação e direção da vida socioeconômica.⁶⁵ Soma-se a isso o fato de que a população é mais esclarecida que outrora⁶⁶ e busca fazer valer os seus direitos a qualquer custo e, para tal, espera uma resposta efetiva do Judiciário na solução de seus conflitos. Essa é a explicação do crescimento exponencial da crise do sistema judiciário brasileiro.

Kazuo Watanabe⁶⁷ diz que a crise da justiça no Brasil é oriunda da crise econômico-financeira, fruto da conjuntura econômica internacional, e boa parte dos problemas estruturais de organização política, de distribuição de renda, de produção e de uma estratégia inadequada de canalização e resolução dos conflitos decorre dessa desorganização social. Os direitos sociais prometidos aos indivíduos como meio de aliviar as tensões sociais como habitação, emprego, instrução e reforma agrária, tal como constam da Constituição Federal de 1988, geram expectativas e ansiedades sociais e criam a consciência do direito. A consequência do descumprimento dessas promessas gera conflitos que são encaminhados ao Poder Judiciário, cuja carga de serviços se agiganta a ponto de evidenciar a sua constrangedora impotência em gerenciá-los.

Essa crise do Judiciário está intimamente relacionada com o amplo acesso à justiça preconizado por Mauro Cappelletti,⁶⁸ que já previa mudanças na estrutura dos tribunais, uso de pessoas legais ou paraprofissionais, além de modificações no direito

⁶⁵ FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: _____ (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 17.

⁶⁶ Segundo dados do IBGE, em 1940 a população brasileira era de 41.236.315 habitantes e o índice de analfabetismo era de 56,2%; em 2018, a população estimada é de 208.494.900 e o índice de analfabetismo em 2016 era de 11,8 milhões de analfabetos. Disponível em: <<https://www.ibge.org.br/>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

⁶⁷ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 129-130.

⁶⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 71. No mesmo sentido: PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 16.

substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução de litígios. O autor reconhecia a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio.

Segundo Cappelletti,⁶⁹ os meios alternativos estão ligados à terceira onda de acesso à justiça e procura meios de superar esse obstáculo. Para melhor entendimento: a primeira onda, econômica, está ligada ao acesso à justiça que procurou apoio na assistência e orientação judiciária gratuita; a segunda, organizacional; e a terceira, processual, ligada aos meios alternativos de solução de conflitos. O obstáculo processual corresponde ao fato de em certas áreas ou espécies de litígios o processo judicial tradicional pode não ser o melhor caminho para a reivindicação de direitos.

A explosão de litigiosidade que estigmatiza a sociedade contemporânea tem uma etiologia complexa, visto que passa por possível existência de povos naturalmente propensos e receptivos à regulação estatal e outros mais resistentes a regras de conduta, cujos países emitem normas em abundância, muitas delas sobrepostas e até supérfluas, dificultando a sua compreensão tanto pelos operadores do direito como pela população em geral. Muitas dessas normas são mal redigidas e não atendem às reais necessidades da população.⁷⁰

A crise de justiça no Brasil insere-se num contexto mais amplo de crise do próprio Estado e de perda da credibilidade das instituições políticas. É o próprio Estado que não consegue cumprir sua missão de velar pelo bem-estar da população e pelo fornecimento de serviços públicos essenciais. A sociedade não se sente plenamente representada pelos governantes e parlamentares eleitos e a própria lei não se impõe como o fruto da vontade geral. No âmbito da administração da justiça, a noção de jurisdição encontra-se enfraquecida como atuação da vontade da lei e fortalecida como instrumento de pacificação social, para tutelar os direitos dos mais fracos e das minorias e como forma de suprir os *déficits* de desempenho dos Poderes Legislativo e Executivo.⁷¹

⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 83-87, abr.-jun. 1994.

⁷⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014. p. 52.

⁷¹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual cit., p. 11.

Segundo Joel Dias Figueira Júnior, essa crise de jurisdição estatal está ligada ao inchaço das funções e atribuições do Estado, o qual não tem condições de atender satisfatoriamente às necessidades hodiernas dos jurisdicionados, o que leva à urgência de uma reavaliação e reorganização da jurisdição pública, que necessita se adaptar aos novos tempos, para que somente fiquem a cargo do Poder Judiciário as demandas de caráter público, seja pela qualidade da parte ou natureza da lide, facultando às partes a opção pela jurisdição privada ou paraestatal para a solução das questões que envolvam direitos disponíveis, por meio do regime arbitral, ou por técnicas diferenciadas como a mediação e a conciliação.⁷²

O movimento universal de acesso à justiça, durante muitas décadas, foi o enfoque da ciência jurídica e da reforma legislativa de muitos países. Esse movimento teórico criou uma nova visão repudiando o enfoque formalístico que prevalecia em grande parte do mundo ocidental, o qual tendia a identificar o direito com um “sistema de normas” produzidas pelo Estado, que no entender de Mauro Cappelletti⁷³ era uma supersimplificação da realidade, em que o direito e o sistema jurídico eram observados somente sob o aspecto normativo enquanto eram negligenciados os seus componentes reais, tais como sujeitos, instituições, processos e o seu contexto social. O movimento de acesso à justiça tende a uma visão mais fiel à feição complexa da sociedade humana, em que o elemento principal é o povo com todos os seus traços culturais, econômicos e psicológicos. O resultado do enfoque do acesso à justiça é uma concepção “contextual” do direito, uma concepção tridimensional, em que a primeira dimensão reflete o problema, necessidade ou exigência social que induz à criação de um instituto jurídico; a segunda dimensão é a resposta ou a solução jurídica; e a terceira dimensão encara os resultados dessa resposta jurídica.

O processo como atividade dinâmica desenrola-se em um espaço de tempo, e neste cumprem-se os diversos atos processuais que constituem todo o processo, desde o princípio até o fim. O problema do tempo processual é a duração do processo, posto que se considera um valor essencial da justiça a limitação da duração, porque o conflito deve chegar ao fim com a maior brevidade possível, pois a demora muitas vezes se converte em

⁷² FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999. p. 14.

⁷³ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça cit., p. 83.

injustiça. Por outro lado, a excessiva limitação do tempo processual e de seus atos pode chegar a lesionar o direito de defesa que constitui um direito fundamental e uma garantia constitucional.⁷⁴

Em outras palavras, no desenvolvimento dos atos processuais, valores relacionados com a tutela jurisdicional, como segurança e efetividade, são colocados em confronto, na medida em que, em linha de princípio, de um lado, um tempo maior para a obtenção de um provimento judicial adequado propicia maior segurança; de outro, a consecução de provimentos mais rápidos favorece a maior efetividade da tutela jurisdicional, e, levando-se em consideração esses aspectos, Ricardo de Barros Leonel⁷⁵ pondera que “o processo acaba realmente figurando como um ‘jogo’, no qual são contrapostos valores que deverão ser cotejados em busca da solução apropriada”.

Como ressalta Luigi Paolo Comoglio,⁷⁶ a excessiva duração dos processos nos principais ritos de procedimento, com o necessário transcurso das estruturas e das formas mais ou menos solenes, aliada à administração humana, é comum a quase todas as civilizações jurídicas da era moderna. Em outras palavras, a difícil relação entre tempo processual longo e a difusão institucional de justiça pública, cuja inexorável consequência é muito mais aquela de converter uma justiça tardia em uma substancial injustiça, é, portanto, habitual dos aparatos judiciários mundiais e também do sistema italiano.

A morosidade indevida de um processo favorece aquele que não tem razão, o qual busca postergar o cumprimento do que é devido em detrimento do detentor do direito em discussão.

Rui Barbosa em 1920, ao ser paraninfo da turma de bacharelados de Direito da Universidade de São Paulo, em seu discurso, que recebeu o título de “Oração aos Moços” dizia:

Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juízes tardieiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua

⁷⁴ VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999. p. 247.

⁷⁵ LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v. 9, p. 469.

⁷⁶ COMOGLIO, Luigi Paolo. La durata ragionabile del processo e le forme alternative di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, anno 62 (seconda serie), n. 3, p. 591-619, magg.-giugno 2007.

culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.⁷⁷

Por analogia, a duração do processo assemelha-se à inflação que à primeira vista supõe-se que prejudique a todos. No entanto, não é verdade, pois a inflação beneficia alguns. Da mesma forma, a demora do processo não é vista com os mesmos olhos por todas as pessoas que dele participam, há casos em que uma das partes ou seu advogado, ou ambos, ficam felizes quando o processo se arrasta por algum tempo.⁷⁸

Processo justo é aquele que tende a uma sentença justa, compreendida como a sentença de mérito, e, quanto ao seu escopo, é a sentença que atua o direito substancial, a sentença que finaliza com a composição da lide. Trata-se, em consequência, de verificar, de um lado, se a sentença justa confere novo vigor às garantias presentes no ordenamento; de outro, como tais garantias se coordenam com o princípio da razoável duração do processo.⁷⁹

A crescente acessibilidade à justiça contribuiu com a atual crise do Judiciário, entretanto essa crise não é exclusivamente brasileira, é mundial, e a litigiosidade contagia vários países. José Carlos Barbosa Moreira afirmava que durante várias décadas participou de congressos internacionais sobre temas ligados ao processo, e em nenhum deixou de ouvir lamentações, vindas de todos os lados, quanto à morosidade e insatisfação com a Justiça. Ressalta que nos diferentes países são realizadas sucessivas reformas na legislação, mas todos evidenciam insatisfação generalizada com o desempenho da máquina judiciária, e exemplifica com o caso da Itália, país considerado de Primeiro Mundo, com posição de relevo no campo da ciência jurídica, principalmente a processual, em que a duração média de um processo, na primeira instância, é de 35 meses (quase três anos) e de 65 meses (cerca de cinco anos e meio) em grau de apelação.⁸⁰ Salientava que no Japão, antes da entrada em vigor do código, em 1998, não era raro que um feito, após se arrastar alguns anos na primeira instância, levasse mais de um decênio até eventual decisão na Corte Suprema. A Inglaterra, país anglo-saxão, descontente com o ritmo dos pleitos, quebrando

⁷⁷ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999. p. 40.

⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 7-23, jul.-set. 1994.

⁷⁹ POLI, Roberto. Giusto processo e oggetto del giudizio di appello. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 65 (seconda serie), p. 51-52, 2010.

⁸⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O problema da duração dos processos*: premissas para uma discussão séria. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 370-371. (Temas de direito processual, 9).

sua multissecular tradição, se dispôs a adotar um código de processo civil, semelhante, em vários pontos, ao modelo continental europeu.⁸¹

Também na França houve um considerável aumento da litigiosidade, uma vez que as demandas apresentadas aos tribunais se multiplicam em proporções inquietantes, conforme menciona Roger Perrot ao aduzir que numa sociedade que evolui rapidamente as leis se sucedem em ritmo acelerado e fatalmente geram um contencioso mais abundante, haja vista que os contemporâneos, mais bem informados de seus direitos que as gerações do passado, não hesitam em dirigir-se aos tribunais ante a menor dificuldade, e, se necessário, percorrem todos os degraus da hierarquia judiciária, desde o juiz de primeiro grau até a Corte de Cassação. Salienta que há um fenômeno de massa no mundo judiciário que acarreta consequências temíveis, pois a Justiça é fator de paz social, e não lhe é possível desempenhar plenamente o seu papel sem que as decisões sejam proferidas dentro de prazos razoáveis e executadas com rapidez.⁸²

Segundo Vincenzo Vigoriti, a duração do processo não deve existir em prejuízo do autor que tem razão; o processo deve dar, o quanto possível, tudo aquilo em que o seu direito consiste.⁸³

Giovanni Verdi⁸⁴ comenta que na inauguração do ano judiciário de 2010 o presidente da Corte de Cassação italiana, na qualidade de porta-voz de alguns empresários, declarou que a demora dos processos leva os investidores do país à preocupação com as lesões de direitos que uma justiça muito lenta provoca a quem pede justiça, de modo que há uma preocupação econômica pela incidência negativa que uma justiça tardia teria sobre o sistema produtivo italiano. O autor diz que na sua experiência de advogado, diante de controvérsias entre cidadãos, considera que, quando estão em conflito dois operadores econômicos, há sempre um que quer lucrar com os tempos processuais longos e que,

⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O futuro da justiça: alguns mitos*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 2-3. (Temas de direito processual, 8.) No mesmo sentido: Fernando da Fonseca Gajardoni acrescenta que na Inglaterra os prazos foram bem fixados, mas descumpridos (Princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 7, n. 45, p. 105-106, jan.-fev. 2007).

⁸² PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 204, jul.-set. 1998.

⁸³ VIGORITI, Vincenzo. Costo e durata del processo civile: spunti per una riflessione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 32, n. 3, p. 319, 1986. Idem. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Itália. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 142-148, jul.-set. 1986. p. 142.

⁸⁴ VERDI, Giovanni. Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 76, seconda serie, n. 3, p. 505-529, 2011, p. 508.

frequentemente, quem hoje espera por uma justiça tardia amanhã estará pronto a mudá-la em sua vantagem, em situação inversa.

Na doutrina brasileira, José Rogério Cruz e Tucci ensina que a eficácia da decisão será proporcionalmente mais fraca e ilusória, quanto mais distante da ocasião tecnicamente propícia for proferida a sentença, pois um julgamento tardio perde seu sentido reparador, quanto mais postergado for o momento do reconhecimento judicial dos direitos e transcorrido tempo razoável para a solução do litígio, pois “qualquer solução será, de modo inexorável, injusta, por maior que seja o mérito científico do conteúdo da decisão”.⁸⁵

As origens da crise do Judiciário no Brasil encontram-se na complexidade e no grande número de relações intersubjetivas da sociedade de massa e no assistencialismo estatal e, particularmente, no processo de democratização e conscientização da população sobre seus direitos.⁸⁶

Geoffrey C. Hazard Jr., professor da Universidade de Yale, afirma que em um sistema ordinário as causas simples estão sujeitas a longos e imprevisíveis atrasos, e o fluxo, pelo menos em termos americanos, chega a ponto de imobilidade. A própria condição de imobilidade sujeita uma simples causa a longos e imprevisíveis atrasos. Conclui que o resultado é a injustiça, pois a verdade é que “justiça retardada é justiça negada”.⁸⁷

Ao tratar do acesso à Corte di Cassazione italiana e Corti Supreme dei Paesi Europei, Federico Carpi⁸⁸ discorre que não é errado observar que em todos os modelos encontrados, com particularidades próprias, o pêndulo oscila entre dois extremos: a) finalidade pública que consiste na interpretação uniforme, harmonização e desenvolvimento do direito por meio da correta aplicação da justiça; e b) finalidade

⁸⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). Garantia do processo sem dilações indevidas. *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 236; Idem. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997. p. 65. No mesmo sentido: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide cit., p. 107.

⁸⁶ RODRIGUES, Viviane Siqueira. Preocupações com uma eficiente administração da justiça e novas tendências processuais para uma razoável duração do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.) *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 745.

⁸⁷ HAZARD JR., Geoffrey C. Costo e durata del processo in Italia e in U.S.A. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 32, n. 3, p. 271-272, 1986.

⁸⁸ CARPI, Federico. L'accesso alla Corte di Cassazione italiana e alle Corti Supreme dei Paesi Europei. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 204, p. 198, fev. 2012.

privada, evidenciada em casos especialíssimos, em que o processo na Suprema Corte se desenvolve num procedimento singular e a Corte não emite um parecer, mas resolve a controvérsia com uma decisão destinada a transitar em julgado. Nas diversas épocas históricas investe-se a fundo numa ou noutra finalidade, não somente a segunda das escolhas abstratas das normas, mas das consequências concretas da estrutura organizacional, da atitude cultural dos juízes e dos advogados, das regras pelo acesso ao Judiciário.

Na Itália, no ato de inauguração do ano judiciário de 2006, o primeiro presidente da Suprema Corte di Cassazione lamentava a paralisia da justiça civil, recordando que o tempo médio para a obtenção da conclusão de um processo civil é de cerca de 12 anos (do momento da primeira audiência do juízo de primeiro grau à decisão da cassação), e tal situação continua.⁸⁹

Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁰ salienta que se desenvolveu a tendência de repassar à Justiça estatal os históricos de danos temidos ou sofridos, “comportamento insuflado pela difundida (e equivocada) ideia de que por aí se está a exercer cidadania”, salientando que houve a formação de uma arraigada cultura demandista que merece a verdadeira cidadania e fomenta a crise numérica dos processos judiciais. A coletividade brasileira tem a tendência de transferir ao Estado a tarefa e a responsabilidade de dirimir os conflitos, e este acaba por recepcionar toda a sorte de pretensões, resistências, insatisfações e intolerâncias, de todos os tipos de relevância e responsabilidade.

Isso significa que haverá muita resistência à mudança de mentalidade dos operadores do direito no Brasil, como magistrados, promotores, advogados, defensores públicos, bem como da própria sociedade acostumada a procurar o Poder Judiciário como o melhor meio de resolver as suas desavenças.

⁸⁹ SANDULLI, Piero. Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della dichiarazione universale del diritto dell'uomo del 10 dicembre 1948. *Rivista Diritto Processuale*, Milano, anno 74, seconda serie, n. 2, p. 389-390, 2009. No mesmo sentido: “Nella *Relazione sull'amministrazione della giustizia dell'anno 2007* [in Giust. Civ., 2008, 109 e ss.], il Presidente della Corte di Cassazione riporta i risultati di una serie di rapporti della Banca Mondiale dai quali emerge che uno dei freni principali allo sviluppo produttivo dell'Italia è, appunto, la lunghezza dei processi che genera incertezza negli scambi e scoraggia gli investito-ri; il rapporto del 2008 della Banca Mondiale in una comparazione di 178 Paesi assegna all'Italia la 155esima posizione” (ALESSANDRO, Pietro D'. L'eccessiva durata del processo civile. *Judicium*, 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/656/P.%20D'Alessandro.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016).

⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça* cit., p. 452 e 454.

A justiça imperativa oriunda de decisões provenientes do Poder Judiciário sempre foi a preferência da sociedade brasileira, diferentemente dos países da *common law* e de outros considerados de “Primeiro Mundo”, onde a procura pelo Judiciário é feita em casos extremos, ou de países orientais, como a China, onde a mediação já era praticada na época de Confúcio (552 a 479 a.C.), e, obviamente a mudança de mentalidade de uma cultura da sentença para uma cultura de paz não se faz rapidamente.

Por essa razão, o legislador brasileiro, ao elaborar o “novo” Código de Processo Civil, com base nos princípios da colaboração e cooperação,⁹¹ optou por enaltecer os métodos autocompositivos de solução de conflitos ao prescrever que não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito, estabelecendo a permissão da arbitragem na forma da lei, impulsionando o Estado a promover, sempre que possível, a solução consensual de conflitos, induzindo juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público a estimular a conciliação, a mediação e outros métodos de solução de conflitos (artigo 3.º e parágrafos).

No entanto, como nos ensina Kazuo Watanabe,⁹² não se resolve o problema apenas com a estratégia de aperfeiçoamento do sistema de solução dos conflitos por meio somente de alteração das leis processuais, necessária se faz a preocupação com o adequado desempenho da organização judiciária, bem como a adoção dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, para que se possam atacar as *causas*, e não somente cuidar dos *efeitos*. É chegada a hora de valorizar os meios alternativos, com a preocupação voltada mais à pacificação dos conflitantes, e não apenas a crise judiciária.

⁹¹ Para Humberto Theodoro Júnior, “O Projeto do novo Código de Processo Civil adota um modelo inspirado no contraditório efetivo, que sujeita tanto as partes como o próprio juiz ao diálogo prévio à formulação das decisões ou provimentos, permitindo aos litigantes não só a audiência bilateral, mas criando condições de cooperarem e influírem na formação de todas as resoluções de questões de fato e de direito relevantes para a justa composição do litígio deduzido em juízo” (Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio de cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 102, p. 62-74, set. 2011. p. 74). Nesse sentido: “Quando se diz que no processo haverá uma efetiva cooperação entre as partes e o juiz para a construção de uma decisão final justa, isso significa dizer que, apesar dos interesses divergentes que possam existir no confronto de pretensões, o certo é que todos devem pautar a sua efetiva participação processual como colaboradores, agindo de forma leal e com boa-fé, fornecendo ao juiz subsídios para a construção de uma decisão equo e justa” (SOUZA, Artur Cesar de. O princípio da cooperação no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 225, p. 65-80, nov. 2013. p. 67).

⁹² WATANABE, Kazuo. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 556-561 p. 560.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque,⁹³ a jurisdição atua com os sujeitos do processo, ou seja, aqueles interessados na eliminação da crise ocorrida no plano material, com a finalidade de restabelecer o direito violado, possibilitando ao titular do interesse protegido o acesso à ordem jurídica justa.

No entanto, a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa. Outras soluções são apontadas como socialmente convenientes e juridicamente legítimas, tais como aquelas reunidas nos conceitos de autocomposição e no de heterocomposição.

Nesse sentido, o polo metodológico jurisdição vem cedendo espaço para a ideia de tutela jurisdicional, em que o Poder Judiciário não é o único a atuar na resolução de conflitos, mas, com destaque aos vários mecanismos aptos a solucionar conflitos, inclusive aqueles não estatais, sendo relevante a eficácia do meio utilizado na solução da controvérsia, e não a mera disponibilização de um meio judicial qualquer.⁹⁴

Complementando essa linha de raciocínio, Rodolfo de Camargo Mancuso⁹⁵ demonstra que a função judicial precisa ser urgentemente repensada e reciclada, com a necessidade de uma reavaliação da função estatal, que deixaria de operar como oferta primária para passar a ser vista como uma oferta residual, ou seja, para os casos que não puderam ser resolvidos pelos demais meios auto e heterocompositivos, por não serem os mais adequados em razão das singularidades da matéria ou das pessoas conflitantes. Assim, o Judiciário atuaria como instância residual, e não como protagonista da cena enquanto instância primária, chamado a atuar ainda em meio à eclosão dos conflitos.

O estudo que ora desenvolvemos busca demonstrar que a mediação pode contribuir positivamente com a crise enfrentada pelo Poder Judiciário, o que será constatado nos próximos capítulos, iniciando-se com a sua evolução e construção teórica nos Estados Unidos e na União Europeia.

⁹³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 82.

⁹⁴ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais. In: _____; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 170.

⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito* cit., p. 45-46.

2 EVOLUÇÃO DA MEDIAÇÃO E SUA CONSTRUÇÃO TEÓRICA NOS EUA E NA UNIÃO EUROPEIA

A mediação consiste em um processo adequado de solução de conflitos no qual uma terceira pessoa neutra, o mediador, por meio de técnicas apropriadas, assiste duas ou mais partes a chegarem a um consenso, com efeitos concretos, em matérias de interesse comum.

Nos últimos 50 anos, esse movimento experimentou um inacreditável crescimento no sistema jurídico americano. Os altos custos do litígio judicial, a natureza adversarial do sistema judicial e a demora do litígio levaram as partes e o Judiciário a se voltarem para a mediação de conflitos.

Historicamente, as disputas desenvolveram-se por numerosas circunstâncias e cada tipo de conflito varia conforme sua natureza, intensidade e duração, além do que cada indivíduo é único, o que o leva a diferentes métodos para lidar com a sua solução.⁹⁶

O desenvolvimento da sociedade, segundo Enrique Ahrens,⁹⁷ ocorre em todas as esferas de cultura por meio de leis gerais que asseguram a liberdade subjetiva de indivíduos e povos em harmonia com a ordem superior e divina da vida. A humanidade mostra-se como um organismo total, espiritual e físico, em que raças, povos e indivíduos são os órgãos ativos, enquanto os fins éticos, como a moralidade, religião, a ciência, a arte, a indústria, o comércio e o direito, são as funções da vida em que aqueles órgãos desenvolvem seu caráter e especial tendência. Entre as funções da vida de cada povo, ao direito é destinada uma importância prática dominante. Reconhece-se o direito como um

⁹⁶ No início da civilização dos povos inexistia a consciência da distinção do ilícito civil e do ilícito penal. A impotência do Estado diante do individualismo de seus integrantes era marcante, uma vez que não se podia enxergar com clareza a existência de atos, que, além e acima do dano que trazia aos particulares, os prejudicava também. Na medida em que o Estado foi adquirindo consciência de si mesmo e da sua missão diante dos indivíduos, surgia também a ideia de infração penal, e ele, Estado, como titular do direito de punir. No auge dessa evolução, chegou-se à proibição da aplicação de qualquer pena sem a prévia realização de um processo *nulla poena sine iudicio*. A esse respeito, a Constituição Federal brasileira assegura aos acusados de crime a mais ampla defesa, conforme artigo 5.º, inciso LV, assegurando também que todo processo estatal será feito em contraditório, possibilitando às partes o conhecimento de todas as alegações e provas produzidas pela parte contrária, com a oportunidade de discuti-las e contestá-las (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo* cit., p. 38).

⁹⁷ AHRENS, Enrique. *Historia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Impulso, [1945]. p. 9-10.

elemento orgânico da vida de um povo. O direito, ao seguir as leis gerais do desenvolvimento, recebe todas as influências essenciais, sejam benéficas ou prejudiciais, e reflete todas as forças fundamentais, todas as tendências, concepções e direções dominantes da vida, ou seja, todo o caráter e temperamento de um povo na esfera jurídica.

Como afirma Fernando Martin Diz,⁹⁸ na história da humanidade, a mediação sempre esteve presente, haja vista que desde o primeiro conflito entre Caim e Abel continuamente existiram disputas, conflitos e controvérsias entre os seres humanos. Para a solução de tais conflitos, havia a autotutela, com a imposição unilateral da parte mais forte, a heterocomposição quando se recorria a um terceiro alheio às partes envolvidas, que decidia o conflito, e, finalmente, quando se recorria à intervenção de um terceiro que tentava o entendimento entre as partes para que houvesse a autocomposição.

O homem é um ser social e por sua própria natureza está obrigado a compartilhar com seus semelhantes os recursos do planeta. Essas condições e suas ambições desmedidas levaram os seres humanos a viver um permanente conflito de interesses.⁹⁹

A mediação era utilizada na antiguidade conforme está evidenciado no Evangelho de Mateus, além de ter sido a principal ferramenta de solução de conflitos na Ásia, Europa e África, e no Japão e na China há o maior e mais abrangente programa de mediação. Nos Estados Unidos, a mediação foi utilizada pelos nativos americanos anteriormente à colonização. As culturas das tribos de Kiowa, Cheyene, Lakota e Comanche utilizavam os métodos de juntar as partes em disputa, permitindo-lhes colocar seus pensamentos sem interrupção. Também os colonos denominados Quaker, as comunidades chinesas e judias empregavam procedimentos de mediação dentro dos grupos locais.¹⁰⁰⁻¹⁰¹

No início dos anos 1900, o desenvolvimento da indústria americana formalizou o uso de técnicas de mediação para a solução de disputas de negociação coletiva. Nesse

⁹⁸ MARTIN DIZ, Fernando. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009. p. 57.

⁹⁹ BACRE, Aldo. *Teoría general del proceso* cit., p. 17.

¹⁰⁰ BULLOCK, Stephen G.; GALLAGHER, Linda Rose. Surveying the state of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana. *Louisiana Law Review*, v. 57, p. 890, 1997.

¹⁰¹ SHAW, Dana. *Mediation certification: an analysis of the aspects of mediator certification and an outlook on the trend of formulating qualifications for mediators*. Ohio: University of Toledo, 1998. p. 3.

período, os tribunais experimentaram o uso da mediação nas sociedades que se dedicavam à assistência jurídica.¹⁰²

Entretanto, essas tentativas não tiveram sucesso em razão de a mediação ser voluntária, e, por conseguinte, havia relutância das partes em submeter suas disputas ao processo de mediação, a qual Sharon Press¹⁰³ acredita no estabelecimento da mediação como alternativa ao sistema judicial implicando a obrigatoriedade de alguns meios para que os indivíduos tenham confiança em seu mediador.

Embora a sociedade norte-americana conhecesse as mais variadas formas de resolução de conflitos, no final da década de 60 do século XX, floresceu a *Alternative Dispute Resolution – ADR Movement*, oriundo do despertar dos operadores do direito norte-americano. Vários fatores contribuíram para o florescimento da ADR, visto que a década de 1960 foi marcada por uma época tumultuada para o povo norte-americano, por exemplo, a Guerra do Vietnã, e ao mesmo tempo houve uma valorização da vida em comunidade, a luta pelo reconhecimento dos direitos civis, das minorias e muitas batalhas políticas. Em 1964, o *Civil Rights Act Congress* estabeleceu o *Community Relations Service* no âmbito do Ministério de Justiça, objetivando auxiliar os tribunais a cuidar dos conflitos raciais e disputas da comunidade. Além disso, a Fundação Ford criou o *National Center for Dispute Settlement* e o *Institute of Mediation and Conflict Resolution*. Essas iniciativas, aliadas a instituições como a família e a igreja, contribuíram para a implantação dos mecanismos de solução de conflitos em centros de mediação comunitária e tribunais para lidar com assuntos familiares. O *ADR Movement* tinha como objetivo atacar os custos e a demora nos tribunais, realçar o envolvimento da comunidade no procedimento de resolução de controvérsias, bem como facilitar o acesso à justiça, dando maior efetividade à solução das controvérsias.¹⁰⁴

Antes do *ADR Movement*, a mediação era utilizada nos anos 1940 e 1950 como tentativa de reduzir o número crescente de divórcios. No entanto, foi entre a década de 1960 e 1970 que a mediação começou a fazer seu avanço nos Estados Unidos como

¹⁰² SHAW, Dana. *Mediation certification: an analysis of the aspects of mediator certification and an outlook on the trend of formulating qualifications for mediators* cit., p. 3.

¹⁰³ PRESS, Sharon. Institutionalization: savior or saboteur of mediation? *Florida State University Law Review*, v. 24, n. 4, p. 910, summer 1997.

¹⁰⁴ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 599-626, p. 613-614.

alternativa viável à resolução de litígios, e, a partir de 1970, a combinação de três forças aumentou a utilização e a consciência pública da mediação, particularmente a praticada nos centros de justiça, financiados pelo Departamento de Justiça americano, ganhando popularidade como meio de efetivar os divórcios, movimento acolhido pelo então presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, Warren E. Burger, que procurava alternativas para as sentenças judiciais com a finalidade de resolver a explosão de casos que abarrotava o Judiciário.¹⁰⁵

Observamos que a mediação americana foi gradualmente introduzida por intermédio de centros de justiça de vizinhança que lidavam com disputas voluntárias relativas a pequenas causas, e os tribunais encorajaram essa prática mediadora no início dos conflitos.

2.1 Institucionalização do sistema multiportas ou de “centro de justiça”

Em 1976, devido aos esforços da *National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*, conhecida como *Pound Revisited Conference*, a mediação deu mais um passo. Nessa conferência, o Professor Frank A. E. Sander, da Universidade de Harvard, introduziu o conceito de um Centro de Resolução de Disputas conhecido como *multi-door courthouse*, que previa um tribunal para o futuro oferecendo opções de soluções para os tradicionais litígios, como a mediação e a arbitragem,¹⁰⁶ explicando sua crença de que justiça é proporcionar um meio no qual se pode alcançar um resultado aceitável no menor tempo, com a menor despesa possível e com um mínimo de estresse para as partes envolvidas.¹⁰⁷

¹⁰⁵ SPIEGELMAN, Paul J. Certifying Mediators: using selection criteria to include the qualified lessons from the San Diego Experience. *University of San Francisco School of Law Review*, v. 30, p. 677 e 679, spring 1996.

¹⁰⁶ BULLOCK, Stephen G.; GALLAGHER, Linda Rose. Surveying the state of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana cit., p. 891.

¹⁰⁷ CAREY, Teresa V. Credentialing for Mediators – To Be or Not to Be? v. 30 *University San Francisco Law Review*, v. 30, p. 635-636, 1996.

Durante esse período de desenvolvimento, de 1970 a 1980 surgiram vários centros e programas de mediação, como a Comunidade de São Francisco.¹⁰⁸ Além disso, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos financiou programas-piloto em cidades como Atlanta, Los Angeles, Kansas City, Honolulu e Dallas.¹⁰⁹ No final da década de 1980, a mediação era vista como uma ferramenta viável de resolução de controvérsias, e seu uso aumentou em novas áreas, tais como questões de políticas públicas, seguros, disputas de propriedade, questões de valores mobiliários e problemas ambientais.¹¹⁰ Posteriormente, a mediação passou a ser proposta na resolução de disputas que envolviam questões de sucessões como tutela e herança.¹¹¹

Ademais, os Legislativos estaduais começaram a reconhecer os aspectos positivos da mediação aprovando leis que exigem a utilização da ADR em determinadas circunstâncias,¹¹² enquanto os tribunais estaduais e federais implantaram programas de resolução de disputas na estrutura judicial.¹¹³

2.2 Teorização das técnicas da mediação

Em 1983, Derek Bok¹¹⁴ solicitou uma nova orientação para o ensino jurídico, por meio de um relatório enviado aos diretores da *Harvard University*, criticando “a comum inclinação do currículo jurídico com vistas a preparar os estudantes para o combate jurídico”, solicitando que as faculdades de direito direcionassem seus alunos “para as

¹⁰⁸ GENTRY, Deborah B. Mediator attitudes and preferences concerning mediator certification. *Mediation Quarterly*, San Francisco, v. 11, p. 353-359, 1994.

¹⁰⁹ HARGES, Bobby Marzine. Mediator qualifications: the trend toward professionalization. *Brigham Young University Law Review*, v. 687, p. 695, 1997.

¹¹⁰ FILNER, Barbara; JENKINS, Michael. Performance based evaluation of mediators: the San Diego Mediation Experience. *University San Francisco Law Review*, v. 647, p. 659, 1996.

¹¹¹ SPIEGELMAN, Paul J. Certifying Mediators: using selection criteria to include the qualified lessons from the San Diego Experience cit., p. 702.

¹¹² GENTRY, Deborah B. The certification movement: past, present and future. *Mediation Quarterly*, San Francisco, v. 11, p. 288, 1994.

¹¹³ SPIEGELMAN, Paul J. Certifying Mediators: using selection criteria to include the qualified lessons from the San Diego Experience cit., p. 689.

¹¹⁴ Derek Bok foi o 25.º presidente da *Harvard University* (1971-1991); reitor da *Harvard Law School* (1968-1971) e presidente interino da mesma universidade no período de 1.º.07.2006 a 30.06.2007. Disponível em: <<https://www.harvard.edu/about-harvard/harvard-glance/history-presidency/derek-bok>>. Acesso em: 11 out. 2017.

práticas amigáveis da conciliação e do acordo”. Sua intenção era desviar a atenção das cortes para os “novos organismos voluntários” de solução de controvérsias. Nesse relatório, foram invocados temas associados ao presidente da Suprema Corte, Warren E. Burger, que suscitavam grandes discussões jurídicas, o que se tornou a base de um novo movimento conhecido como *Alternative Dispute Resolution* (ADR).¹¹⁵

Em 1990, o Congresso americano aprovou dois textos legislativos que tratam da ADR no âmbito nacional. O primeiro, pelo qual as agências federais foram autorizadas e encorajadas a utilizar as ADRs pelo *The Administrative Dispute Resolution Act*. O segundo corresponde ao *Judicial Improvements Act* em 1990. Outro componente importante foi a *Civil Justice Reform Act* (CJRA), que previu dentro do Judiciário federal a instituição de distritos-piloto e outros tribunais distritais para considerarem a adoção de programas de ADR. No Poder Executivo, o Presidente George Bush promulgou a Ordem Executiva n.º 12.778 em outubro de 1992, exigindo que advogados governamentais “participassem em programas de ADR, para a promoção da justa e eficiente resolução de casos civis”.¹¹⁶ Em 1996, ocorreram outros avanços pelo *Administrative Dispute Resolution Act*, quando as cortes foram decisivamente direcionadas para a utilização de ADRs em seus procedimentos.¹¹⁷ Atualmente, existem centenas de programas nos Estados Unidos, com o contínuo aumento do uso da mediação.

As ADRs nos Estados Unidos são classificadas com base na existência de uma adjudicação ou de uma solução de consenso, isto é, na forma como a controvérsia é resolvida, critério que permite avaliar qual a participação e objetivo dos terceiros atuantes na resolução do litígio. Sob esse ângulo, é possível classificar os processos em três espécies: adjudicatórios, consensuais e mistos. A adjudicação refere-se à atividade pela qual um terceiro, neutro em relação às partes, analisa o caso, indicando uma solução com força imperativa, ou seja, o julgador adjudica uma solução, entre outras possíveis, pondo fim ao conflito, aplicando uma norma ao caso concreto, colocando fim ao conflito existente entre as partes. Os consensuais consistem em uma ordenação de meios aptos a

¹¹⁵ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 133. Vide artigo originalmente publicado como *Against Settlement*, v. 93 do *Yale Law Journal*, p. 1073, HeinOnline – 93 Yale L.J. 1073. 1983-1984.

¹¹⁶ BULLOCK, Stephen G.; GALLAGHER, Linda Rose. Surveying the state of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana cit., p. 892.

¹¹⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em processos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 171.

proporcionar condições objetivas para levar as partes à realização de um acordo. É ilimitado o número de arranjos possíveis de propiciar soluções consensuais, com maior ou menor participação de terceiros, cuja função, diversamente dos processos adjudicatórios, é apenas auxiliar as partes a atingir uma solução de consenso, sem nada decidirem sobre a matéria controversa. Carlos Alberto de Salles critica a classificação adotada no Brasil que distingue as formas alternativas de solução de controvérsias em autocompositivas e heterocompositivas, alegando que essa classificação tem o inconveniente de focar a atividade das partes em relação à solução da controvérsia, sem atentar ao papel dos terceiros, salientando que não se trata de negar a posição das partes, mas de destacar a pouca serventia desse critério, destacando:

Afinal, para pensar mecanismos institucionalizados, públicos ou privados, de resolução de disputas, o foco não deve estar nas partes, mas nos vários agentes – terceiros – encarregados de propiciar o resultado esperado, levando-se em conta as várias maneiras pelas quais é possível alcançá-lo. O diferencial, portanto, deve estar na maneira como esses terceiros atuam em relação às partes e a seus direitos com a finalidade de eliminação da controvérsia pendente.¹¹⁸

Pode-se observar que várias forças e interesses se juntaram para impulsionar o crescimento do uso da mediação nos Estados Unidos da América. Algumas dessas forças surgiram de exigências e insatisfação com o sistema adversarial estatal. Contudo, cada vez mais, o interesse na mediação parece estar crescendo de seu próprio ímpeto, ou seja, como a aceitação de um valioso método de resolução de litígios. A justificativa para promover a mediação influencia fortemente sua visão da forma que o processo deve tomar e os objetivos que a mediação deve procurar alcançar.¹¹⁹

Uma compreensão do desenvolvimento histórico dos vários movimentos que defendem a ADR em geral, e a mediação em particular, é o primeiro passo para definir as escolas de pensamento concorrentes sobre essas questões.

De acordo com Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger,¹²⁰ embora o movimento da mediação tenha crescido muito a partir de 1970, sua história é analisada sob

¹¹⁸ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em processos administrativos* cit., p. 172. Vide também: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016. p. 19-66; GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 9.

¹¹⁹ BULLOCK, Stephen G.; GALLAGHER, Linda Rose. *Surveying the state of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana* cit., p. 893.

¹²⁰ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005. p. 8-9.

diferentes dimensões tanto no processo quanto no seu impacto social. O movimento é descrito por alguns como uma ferramenta para reduzir o congestionamento judicial e fornecer uma justiça de melhor qualidade em casos individuais, por outros como um meio de organizar pessoas e comunidades para obter um tratamento mais justo e há ainda quem entenda como um meio secreto de opressão social. No entender desses autores, a mediação é uma forma de promover a transformação qualitativa da interação humana.

Este último entendimento contém dentro de si um potencial único para transformar a interação de conflitos e, como resultado, muda a mentalidade das pessoas envolvidas no processo. Essa transformação potencial decorre da capacidade da mediação de gerar dois importantes efeitos dinâmicos: capacitação e reconhecimento. Em outras palavras, ocorre o empoderamento, que significa a restauração para os indivíduos de um sentido de valor e força e sua própria capacidade de tomar decisões e lidar com os problemas da vida. Reconhecimento significa para o indivíduo a evocação da compreensão ou a empatia pela situação e as visões do outro. Quando ambos os processos são centrais na prática da mediação, as partes são ajudadas a transformar sua interação de conflito – de destrutivo a construtivo – e experimentar os efeitos pessoais de tal transformação.¹²¹

No entender de Owen Fiss, que se posiciona contrário às ADRs – “o propósito da adjudicação não é a resolução da disputa ou a pacificação, mas sim a justiça e o que os processos racionais da lei estão intimamente relacionados à busca desse fim” –, destaca que a barganha que ocorre entre os litigantes caracteriza-se pela busca de interesses próprios, comportamento estratégico, desequilíbrio de recursos materiais, desigualdade de acesso à informação, sem guardar qualquer elo com a justiça, e ocasionalmente a barganha pode chegar a um resultado injusto. O acordo pacifica o conflito, mas de forma frágil e temporariamente, e que, embora a pacificação seja uma das buscas para a justiça, não é a justiça em si. Salienta que, quando o consentimento é dado livremente, presume-se que o acordo será uma solução preferível para ambas as partes em comparação ao julgamento judicial, mas as implicações normativas dessa presunção são limitadas.¹²²

Para Owen Fiss, são questionáveis as premissas da visão de adjudicação e o movimento favorável ao acordo. Ele não acredita que o acordo, como prática genérica, seja

¹²¹ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 22-23.

¹²² FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade* cit., p. 157-158.

melhor que o julgamento e salienta que o acordo, no processo civil, é análogo à transação penal, ou seja, geralmente é obtido via coação, e a transação pode ser realizada por alguém que não possui autoridade. Destaca que o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa, como a transação penal, e não deveria ser encorajado ou valorizado.¹²³

Marc Galanter defende que os acordos são necessários para desafogar o Judiciário, reduzindo o número de processos, além de salvar recursos para situações mais complexas que merecem maior atenção. Salienta que, em um treinamento de “novos” juízes federais, estes foram aconselhados por um juiz veterano de que um dos princípios fundamentais da administração judicial é que, no resultado absoluto de um julgamento, a qualidade de justiça não é tão alta como é livremente a negociação de um acordo. Que a mais alta qualidade de justiça, na maioria dos processos judiciais, não está no tudo ou nada, ou no preto no branco, mas sim na área cinzenta, e, na maioria dos casos, um acordo, livremente negociado, é uma maior qualidade de justiça obtida anteriormente e com menor custo e que noventa por cento de todos os processos arquivados em tribunais são descartados sem julgamento.¹²⁴

Conclui-se da experiência norte-americana que o instituto da mediação foi gerado por diversas frentes que foram pouco a pouco implementadas desde o início do século XX, com ênfase na época do desenvolvimento industrial, e, no decorrer dos anos, muitos estudos foram realizados até que se chegou a uma conscientização, tanto em nível governamental quanto dos próprios cidadãos, de que a mediação é um meio idôneo para a resolução de conflitos em diversas áreas e que trará uma solução mais rápida, com menor custo, originando maior satisfação às partes conflitantes.

Essa construção teórica influenciou a Comunidade Europeia a orientar, promover e implantar programas para a utilização dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MACS), entre os quais a mediação, objetivando a solução de problemas transfronteiriços existentes entre os países-membros.

¹²³ FISS, Owen. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade* cit., p. 134-135.

¹²⁴ GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law & Society*, v. 12, n. I, p. 1-18, Spring 1985. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1410244>>. Acesso em: 11 out. 2017.

2.3 Mediação em países da União Europeia

O Conselho da Europa é uma organização internacional dedicada a fortalecer a cooperação dos 47 Estados-membros que o compõem por meio da promoção e proteção da democracia, do Estado de Direito e dos direitos humanos de aproximadamente 820 milhões de cidadãos europeus.¹²⁵ Esses valores constituem os fundamentos de uma sociedade civilizada e tolerante e são indispensáveis para a estabilidade, o crescimento econômico e a coesão social na Europa, objetivando garantir que os cidadãos europeus vivam em um espaço de justiça e que tenham seus direitos fundamentais e sua liberdade protegidos. O plano internacional do Conselho da Europa coopera com outras instituições compartilhando valores e objetivos como as Nações Unidas, a Organização para a Segurança e Cooperação na Europa e a União Europeia, com a qual conjuntamente vem implementando vários programas ao longo dos últimos anos, pois nenhum país aderiu à União Europeia sem antes pertencer ao Conselho da Europa. A União Europeia é uma firme promotora da utilização dos –MASCs,¹²⁶ entre os quais menciona-se a mediação.

A expressão anglo-saxônica *Alternative Dispute Resolution*, conhecida como ADR, indica os meios de resolução das disputas que se distinguem daqueles que necessitam da tutela de um juiz estatal, advinda do movimento de pensamento que surgiu nos Estados Unidos nos anos 1970 e que levou à propagação e à criação de instrumentos, denominados “alternativos”. Atualmente, o adjetivo “alternativo” foi substituído por “adequado”, uma vez que melhor corresponde a *ratio* de recursos que compreendem a categoria.¹²⁷ Essa fraseologia também foi adotada nos países europeus.

A União Europeia há muitos anos vem incentivando o uso da mediação como alternativa de solução de conflitos. O *memorandum* da Comissão Europeia apresentado ao Conselho em 1985 já afirmava que a efetividade das tutelas relativas aos consumidores dependia da facilidade e da velocidade do acesso à Justiça. Essa proposta foi acolhida por

¹²⁵ O Conselho da Europa foi fundado em 5 de maio de 1949, e seus propósitos são a defesa dos direitos humanos, o desenvolvimento democrático e a estabilidade político-social na Europa. Disponível em: <<https://www.coe.org.int>>. Acesso em: 3 nov. 2018.

¹²⁶ MARCOS GONZÁLEZ, María. *Retos de la justicia en España*. Algunas aportaciones de derecho comparado. Lisboa: Juruá, 2015. p. 29-30 e 206.

¹²⁷ GHIRCA, Maia Francesca. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario. *Studi di diritto processuale civile in honore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005. t. 3, p. 2020-2021.

meio da Resolução de 25 de junho de 1987, na qual restou reconhecida a importância das reclamações que diziam respeito aos direitos dos consumidores e ao interesse em fornecer meios apropriados de acesso à justiça.¹²⁸⁻¹²⁹

Em 30 de março de 1998, a Comissão das Comunidades Europeias emitiu a Recomendação n.º 98/257/CE,¹³⁰ instituindo como princípios da resolução extrajudicial de conflitos dos litígios de consumo: os princípios da independência, da transparência, do contraditório, da eficácia, da legalidade, da liberdade, da representação.

Em 4 de abril de 2001, foi emitida a Recomendação n.º 2001/310/CE relativa ao alargamento do acesso do consumidor aos sistemas alternativos de resolução dos litígios com a pretensão de estabelecer alternativas à via judicial, objetivando incentivar o acesso dos consumidores a mecanismos de resolução simples, rápidos, eficazes e pouco onerosos.

Em 19 de abril de 2002, a Comissão das Comunidades Europeias publicou o Livro Verde¹³¹ que versa sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial e enaltece a eficácia das ADRs, justificando: a) primeiramente, foi tomada consciência da renovação registrada na prática pelas ADRs, a favor dos cidadãos, melhorando o acesso à justiça; b) as ADRs, concretizadas por meio de trabalhos legislativos, beneficiam os Estados-membros; e c) as ADRs constituem uma prioridade política para as instituições da União Europeia.

O item 2.1.1 do Livro Verde descreve o que a União Europeia espera dos Estados-membros:

27. No que diz respeito aos ADR assegurados pelo tribunal, os códigos de processo civil dos Estados-membros preveem a possibilidade de apresentar a um tribunal a título principal um pedido de conciliação, estabelecem a conciliação em fase obrigatória do processo ou encorajam expressamente os tribunais a intervirem ativamente na busca de um acordo entre as partes. Estas funções específicas dos juízes, que não correspondem necessariamente às suas funções

¹²⁸ BEER, Verónica. O avanço da mediação na Itália. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4049, 2 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30577>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

¹²⁹ MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. *Revista de Direito Brasileira*, ano 5, v. 10, p. 106-149. 2015. p. 113.

¹³⁰ Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex:31998H0257>>. Acesso em: 10 abr. 2016.

¹³¹ LIVRO VERDE. Sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 19 abr. 2002, COM(2002) 196 final. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2002/PT/1-2002-196-PT-F1-1.Pdf>>. Acesso em: 8 maio 2016.

habituais, deverão, portanto, ser acompanhadas de programas de formação adequada.

28. Na maior parte dos Estados-membros, os ADR confiados pelo tribunal a um terceiro são objeto de uma regulamentação de alcance geral ou de projetos de regulamentação, que vão desde a possibilidade de recorrer aos ADR (por exemplo, na Bélgica e França), até ao incentivo (em Espanha, Itália, Suécia, Inglaterra e País de Gales), passando pela obrigação prévia de recorrer aos ADR por lei ou mediante decisão do tribunal (por exemplo, na Alemanha, Bélgica e Grécia).

29. Por iniciativa dos próprios tribunais ou por iniciativa dos ministérios competentes são realizadas, a título de projetos-piloto, experiências práticas no sentido de se recorrer de forma mais generalizada aos ADR.

30. Os terceiros designados pelos tribunais podem ser funcionários particulares designados pelas autoridades judiciárias com base em alguns critérios e constantes de uma lista, ou caso a caso.

Posteriormente, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia editaram a Diretiva n.º 2008/52/CE¹³² com o objetivo de facilitar o acesso à Justiça, promovendo a utilização do uso da mediação como solução extrajudicial econômica e rápida a conflitos relativos a assuntos civis e comerciais.

Embora as disposições da diretiva somente se refiram a procedimentos de mediação em litígios transfronteiriços, induzem os Estados-membros a aplicar tais disposições em procedimentos de mediação de carácter nacional. Também estabelecem que cada país promova, por meios que considere adequados, a formação de mediadores e o estabelecimento de mecanismos eficazes de controle de qualidade relativos à prestação de serviços de mediação.

A Diretiva n.º 2008/52/CE define:

- a) “Mediação”, um processo estruturado, independentemente da sua designação ou do modo como lhe é feita referência, através do qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo sobre a resolução do seu litígio com a assistência de um mediador. Este processo pode ser iniciado pelas partes, sugerido ou ordenado por um tribunal, ou imposto pelo direito de um Estado-membro.
- b) “Mediador”, uma terceira pessoa a quem tenha sido solicitado que conduza uma mediação de modo eficaz, imparcial e competente, independentemente da denominação ou da profissão dessa pessoa no

¹³² DIRECTIVA 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, 20 maio 2008, p. L. 136/3. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_27840.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Estado-membro em causa e da forma como ela tenha sido designada ou de como tenha sido solicitada a conduzir a mediação.

As principais normas da Diretiva n.º 2008/52/CE estabelecem: a) voluntariedade, cabendo aos litigantes optar livremente por esse meio de solução de conflitos, ressalvada a faculdade de os Estados-membros preverem a mediação obrigatória, desde que esta não obste o acesso à justiça (artigo 2.º); b) informalidade, detendo as partes ampla liberdade de organização do procedimento de mediação (artigo 8.º); c) ausência de prazo, podendo as partes encerrar a mediação a qualquer tempo, ressalvando-se apenas a possibilidade de os tribunais fixarem prazo máximo (artigo 8.º); d) possibilidade de os tribunais recomendarem a mediação às partes, quando oportuno (artigo 5.º); e) dever de os Estados-membros incentivarem a formação e a capacitação de mediadores, bem como controlar a qualidade dos serviços por eles prestados (artigo 4.º); f) executoriedade do acordo de mediação em todos os Estados-membros cujo ordenamento jurídico interno confira tal caráter a acordos internos similares (artigo 6.º); g) confidencialidade da mediação, inclusive com relação à divulgação de informações para instrução de processo judicial, salvo quando esteja envolvido interesse de menor ou a execução do acordo de mediação, situações em que será possível divulgar as informações (artigo 7.º).

O principal mérito da Diretiva n.º 2008/52/CE é o reconhecimento da importância dos meios alternativos de solução de conflitos trazendo-os para o âmbito do Direito Comunitário Europeu, como instrumentos hábeis a solucionar os litígios transnacionais, distanciando-se das amarras das tradições seculares dos ordenamentos internos de seus membros, postura que lhe impediria de trazer à baila muitas das discussões em torno da adoção de instrumentos processuais, tais como os juizados de pequeno valor europeus, as medidas de urgência europeias, o título executivo europeu e, agora, a mediação europeia. Isso faz com que o direito processual europeu se mostre extremamente atual e moderno, estando, muitas vezes, à frente dos ordenamentos internos de seus Estados-membros e, portanto, sendo responsável pelo arejamento de ideias e pela modernização.¹³³

O artigo 12 da Diretiva n.º 2008/52/CE estabeleceu prazo até 21 de maio de 2011 para que os Estados-membros efetuassem a transposição das disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à Diretiva,

¹³³ HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 294-321. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

estabelecendo que cada país comunique à Comissão o texto das principais disposições do direito interno que aprovarem as matérias reguladas, devendo estar inclusa uma referência à diretiva.

Em muitos países europeus, a mediação é utilizada em disputas civis, como em divórcios, em que os juízes remetem as partes a um mediador e eles entendem obter resultados mais satisfatórios entre as partes. Também em situações criminais, o promotor público pode propor a mediação em casos entre o ofensor e a vítima, por exemplo, os quais podem estabelecer um acordo de compensação.¹³⁴

Etienne Le Roy¹³⁵ observa que os juristas tendem a se apropriar da mediação caso os mediadores se deixam levar pelas veredas do direito, enquanto são denominadas de mediação, as potencialidades oferecidas pelas hipóteses de juridicidade aplicada ao campo de gestão consensual e mutável dos desacordos. Para esse jurista e antropólogo, deve-se aceitar a ideia de que existe um campo, que não é bem definido ou delimitado entre o direito e o social, no qual se pratica a mediação, e que se deve ter coragem e boa vontade para sair dos caminhos reiteradamente utilizados, os quais reproduzem os mesmos esquemas há anos, e reconhecer que não somente a sociedade, mas também as normas, estão mudando.

O Comitê de Ministros do Conselho Europeu adotou algumas recomendações concernentes à mediação em assuntos familiares REC(98)1, particularmente na área de divórcios e guarda de crianças. Tais Recomendações não somente reduzem o trabalho do Judiciário, mas também criam uma solução mais aceitável entre as partes, e, no caso das crianças, protege-as melhor. Também adotou a Recomendação REC(99)19 relativa à mediação em matéria criminal com a participação do ofensor e da vítima, a qual reconhece o legítimo interesse da vítima de ter força ao lidar com as consequências da sua vitimização e estabelecer a comunicação com o autor da infração, e, por sua vez, encorajam os ofensores ao senso de responsabilidade por oferecer possibilidade de reintegração e reabilitação. A mediação em matéria civil encontra-se na Recomendação REC(2002)10, a qual define o processo de resolução de conflitos pelo qual as partes

¹³⁴ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice. Bruxelas: CEPEJ, 2010. p. 109.

¹³⁵ LE ROY, Etienne. O lugar da juridicidade na mediação. *Meritum*, Belo Horizonte, v. 7, n. 2, p. 289-324, 2012. p. 290.

negociam sobre a questão em litígio, com a assistência de um mediador, para chegarem a um acordo.¹³⁶ O Anexo II demonstra os países que aderiram às modalidades de mediação.

A Comissão Europeia está desenvolvendo medidas para ajudar a União Europeia e os Estados-membros com a finalidade de melhorar a efetividade dos sistemas judiciais nacionais, respeitando suas tradições jurídicas, cujo objetivo é estabelecer parâmetros básicos de independência judicial, pontualidade e facilidade de acesso à justiça, e, apesar disso a sobrecarga de trabalho das administrações de justiça não diminui em um ritmo adequado, uma vez que os litígios aumentam dia a dia, implicando uma maior demora na resolução dos casos pendentes. Em razão disso, as instituições comunitárias apostam na implementação dos meios alternativos à jurisdição, principalmente para assuntos civis e comerciais, para que os cidadãos tenham à disposição diferentes métodos de resolução de conflitos, de forma complementar para garantia do direito de acesso à justiça.¹³⁷

A implementação efetiva dos meios alternativos de resolução de conflitos civis e comerciais no espaço de justiça da Comunidade Europeia objetiva a sua difusão para que o processo judicial seja uma das últimas opções dos cidadãos europeus na hora de resolver as controvérsias oriundas de matéria de livre disposição das partes. Nessa ótica de raciocínio, o processo judicial em casos de direitos disponíveis tende a configurar-se como um mecanismo subsidiário a que os cidadãos somente deveriam recorrer na medida em que os demais mecanismos não forem os mais adequados à resolução do caso em concreto. Esse objetivo pretende diminuir a saturação generalizada dos tribunais civis e comerciais europeus, assim como colocar à disposição dos cidadãos outros métodos de resolução de conflitos.¹³⁸

Há fatores que atuam para frear o desenvolvimento de sistemas de justiça informal, como a tradição milenar favorável à justiça togada, além do mito da unidade de jurisdição, a qual faz com que seja observada com extrema desconfiança qualquer tentativa de erosão do monopólio atribuído aos juízes estatais. Ademais, o procedimento formal

¹³⁶ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice cit., p. 129.

¹³⁷ MARCOS GONZÁLEZ, María. El proceso judicial y la mediación en obligaciones civiles y mercantiles. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 124-125.

¹³⁸ Id. Ibid., p. 134-135.

regular dos sistemas judiciários europeus é menos problemático relativamente a custos e complexidade técnica em comparação ao sistema adversarial norte-americano.¹³⁹

O ritmo do desenvolvimento de sistemas de justiça informal no continente europeu é muito mais lento e restrito a situações particulares, que, embora dê sinais de aceleração, visto serem incentivados pela União Europeia, resulta na reinterpretação da experiência americana, sendo aplicada, no âmbito civil, principalmente em relações de consumo e conflitos familiares.

Para Silvia Barona Vilar,¹⁴⁰ entre os múltiplos movimentos existentes nos países europeus, destaca-se aquele que se vinculou à corrente que na filosofia do direito se denominou realismo jurídico, a qual contesta o sistema estatal e se estabeleceu nos Estados Unidos, cujo objetivo busca a solução ou gestão de conflitos jurídicos, tendo início na década de 1970 e se incorporou como via complementar no final da década de 1980 na justiça americana e que vem pouco a pouco adquirindo um papel relevante na forma descontínua e fragmentada em alguns países da Europa. Isso ocorreu em resposta ao paradigma de explosão litigiosa que invadiu o sistema americano. Até a metade do século XX, as ADRs na Europa tinham um papel descontínuo, setorial e quantitativamente minimalista. Nos últimos vinte anos, por meio de instrumentos propulsionados pela União Europeia, ocorreu uma regulação nacional de procedimentos extrajudiciais e extrajurisdicionais de resolução de conflitos, entre os seus Estados-membros, que viabilizaram a necessidade de buscar, diagnosticando a tipologia conflitual, o meio mais adequado para favorecer o acordo ou resolver o conflito. Essas atuações objetivavam a consecução de dois fins: de um lado, pretendiam gerar uma pluralidade de mecanismos de solução de conflitos e, de outro, reduzir os custos com a litigiosidade, em razão da explosão de conflitualidade que apresenta assimetria complexa e difícil de administrar a curto e médio prazos.

A Europa está passando por um momento mágico de fascinação pelos meios extrajudiciais de solução de conflitos e nos últimos tempos, em especial, pela mediação, uma vez que muitos querem ser mediadores e a instituição tem sido levada a um ponto

¹³⁹ CHIARLONI, Sergio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*, v. 8, p. 769-796, 2011, p. 787. MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição cit., p. 113.

¹⁴⁰ BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso cit., p. 39-40.

exponencial, esquecendo que, além das leis, que são de grande importância, para que as instituições funcionem, é imprescindível gerar novos hábitos, uma cultura de mediação, que segundo Barona Vilar ainda não existe. A fascinação pelas ADRs traz certas incógnitas, pois, de um lado, é bom que, em teoria, pode-se contar com uma pluralidade de meios, causas, vias para que os cidadãos resolvam seus conflitos, favoreçam sentimentos de autorresponsabilidade, aceitem de outros, escutem, se comuniquem etc. e, de outro, a oferta de vários meios que se podem eleger segundo critérios como tempo, dinheiro, conflitualidade, confidencialidade..., os quais respondem a características quais sejam flexibilidade, adaptabilidade, e que caminham para uma cultura de paz que quaisquer dos meios jurídicos e políticos já experimentaram, o que pode ser um magnífico mecanismo para suavizar a tão perniciosa explosão litigiosa.¹⁴¹

A União Europeia destaca o papel da mediação em conflitos familiares transnacionais, uma vez que permite que as partes restabeleçam o diálogo para encontrar uma verdadeira solução do litígio, em vez de uma maior confrontação que normalmente desemboca em uma situação de vencedor e vencido e determina os limites da mediação, porquanto nesse âmbito as partes não têm a livre disposição de seus direitos. Outro destaque é que as ADRs oferecem uma utilidade potencialmente importante na esfera comercial, em litígios complexos, em que as partes desejam manter, sempre que possível, uma relação comercial.¹⁴²

Na última década, observa-se aumento do número de mediadores no campo comercial internacional. O modelo consensual está longe de alcançar a aceitabilidade do modelo arbitral, o progresso caminha rapidamente e exige respostas práticas e normativas que contribuam para a sua evolução. Em recente proposta norte-americana, na Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (CNUDMI) para a construção de uma convenção sobre a eficácia dos acordos de mediação, destacou-se a vinculação dos acordos obtidos na mediação (Mediation Settlement Agreement – MSA).¹⁴³

¹⁴¹ BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso cit., p. 38-39.

¹⁴² MARCOS GONZÁLEZ, María. El proceso judicial y la mediación en obligaciones civiles y mercantiles cit., p. 129-130.

¹⁴³ ANDRADE, Juliana Loss de. Reconocimiento y eficacia de los acuerdos de mediación mercantil internacional. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; ANDRADE, Juliana Loss de. *Contemporary tendencies in mediation*. Madrid: Dykinson, p. 167-187, 2015. p. 167.

Vários ordenamentos jurídicos ofereceram às partes a possibilidade de homologação judicial do acordo para que obtenham a eficácia de título executivo. Por exemplo, na Espanha, o artigo 415 da Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) permite a homologação do acordo obtido em mediação intrajudicial, ou seja, a via utilizada para dotar o acordo de força executiva depende de tratar-se ou não de mediação intra ou extrajudicial. No primeiro caso, o acordo pode ter um *status* contratual ou de título executivo; no segundo, o acordo poderá ser homologado por um juiz.¹⁴⁴

Com a transposição da Diretiva 52/2008/CE, além da possibilidade de homologar um acordo obtido em mediação intrajudicial, o legislador francês ofereceu a alternativa de homologação para a mediação extraprocessual. Nesse caso, o procedimento requer uma petição conjunta das partes. Isso também ocorre na maioria dos países europeus, ou seja, é possível a conversão do acordo em títulos executivos, o que lhes facilita a execução. A homologação judicial dos acordos poderia, no âmbito internacional, permitir a execução em outro país dependendo de acordos internacionais. De qualquer forma, a ideia de uma convenção específica que seja amplamente ratificada poderia propiciar, em um nível mais profundo, essa eficácia internacional. A partir dessa noção, segundo Juliana Loss de Andrade,¹⁴⁵ discute-se, além do plano interno de cada país, um documento internacional que apresente resposta a outras formas normativas que venham a impulsionar uma uniformidade de tratamento na eficácia do acordo obtido em mediação comercial internacional.

Cadiet Loïc enfatiza que a noção de conflito tem o intuito de englobar a noção de lide no sentido de constituir um conflito juridicamente relevante, ou seja, um conflito suscetível de ser objeto de uma solução jurídica, com a aplicação das regras legais. Entretanto, nem todo conflito constitui uma lide, uma vez que uma lide pode ser regulada sem que o seja o conflito que a originou. Os modos alternativos de solução de conflitos não se firmam no Judiciário; na tradição jurídica francesa, as partes podem conciliar-se por sua própria iniciativa. A conciliação é o coração da concessão francesa dos meios alternativos de resolução de controvérsias, e a mediação, que é uma conciliação realizada por intermédio de um terceiro, não é uma variação. Na definição da Corte de Cassação francesa: “a mediação, na qual o objeto é de proceder um acordo proposto pelo mediador, é

¹⁴⁴ ANDRADE, Juliana Loss de. Reconocimiento y eficacia de los acuerdos de mediación mercantil internacional cit., p. 181.

¹⁴⁵ Ibid., p. 182.

uma modalidade de aplicação do artigo 21 NCPC tendente ao regulamento amigável dos litigantes e, conseqüentemente, apanágio de todos os poderes jurisdicionais”.¹⁴⁶ Isso demonstra que, em França, o mediador propõe o acordo, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde sua função é somente promover o diálogo entre as partes sem interferir ou efetuar qualquer proposta de composição entre elas.

Para Cadiet Loïc, os meios alternativos de solução de conflitos não são uma imitação da ADR, pois a velha Europa tem os seus próprios tesouros sem sair da origem contratual do processo romano oriunda da *litis contestatio*,¹⁴⁷ sendo os meios alternativos de solução de conflitos uma forma de retorno à origem, cujo principal suporte é o acordo entre as partes. A norma concernente aos meios de resolução de conflitos é intrínseca da contratualidade, realizada por meio de composição, arbitragem e transação. A procura de uma solução amigável de conflitos, mesmo no âmbito do judiciário, não é nova; o fenômeno foi amplificado nos últimos anos e ao mesmo tempo diversificou-se. Contrariamente a uma ideia difundida, os meios de solução de conflitos não são uma alternativa à solução judiciária da lide. Esses meios acabaram por se desenvolver também diante dos juízes, apresentando-se como uma maneira amigável de resolução da lide. Existem, assim, meios extrajudiciais e judiciais de solução de conflitos. A característica principal dos meios extrajudiciais é que se desenvolveram fora das instituições judiciárias. Entretanto, não há uma oposição à justiça estatal, ao contrário, há uma harmonia com esta última.¹⁴⁸

Em razão da diferença dos sistemas legais, os países europeus não se atreveram a impor a mediação obrigatória, o que leva a repensar se esse não seria o caminho, ou ao menos incentivar positivamente, ou, ainda, impor medidas sancionadoras pelo não uso, (Informe do Parlamento Europeu de fevereiro de 2014). Nos casos da Itália e França, onde em 13 de outubro de 2014 aprovaram uma lei que impõe a mediação obrigatória nos temas

¹⁴⁶ LOÏC, Cadiet. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano 60, n. 4, p. 1170-1171, 2006. Tradução livre.

¹⁴⁷ “A fase *in iure* perante o magistrado, iniciada com a indicação da *actio* pelo autor (*edictio actionis*), encerrava-se, após a nomeação do *iudex* e da redação da fórmula, com a *litis contestatio*, que se consubstanciava num comportamento processual das partes, dirigido a um escopo comum, qual seja o compromisso de participarem do juízo *apud iudiciem* e acatarem o respectivo julgamento” (AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996. p. 98-99).

¹⁴⁸ LOÏC, Cadiet. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità cit., p. 1172-1175.

relativos aos contratos sobre produtos agrícolas, e também em março de 2015, a França reformou o artigo 56 do Código de Procedimento Civil pelo Decreto n.º 2015-282, de 11 de março, e introduziu uma previsão que obriga ao demandante, sob sanção de inadmissão, indicar na demanda as diligências que levou a cabo para tratar de conseguir uma solução amigável da controvérsia, salvo justificativa de motivo legítimo por razão de urgência ou de que seja objeto de litígio, em particular se afetar a ordem pública.¹⁴⁹

A mediação privada é o principal sistema de mediação nos países da Comunidade Europeia. O mediador é treinado entre profissionais como advogados e outros e são contratados pelas partes. A mediação pode ser proposta por um juiz, ou seja, pode ser judicial. Em 2008, estava presente em 26 países. Há a mediação realizada por funcionários dos tribunais nomeados como mediadores e prestam o denominado serviço aplicando o “princípio de tribunal multiportas”.¹⁵⁰

A mediação privada foi adotada por 31 países. Os quadros estatísticos do Anexo I demonstram os tipos de procedimentos de mediação adotados pelos países europeus, e, pela escassez de referência, referem-se ao ano de 2010.

A tímida incorporação das ADRs na Europa foi motivada pelo componente colaborativo, mais que o lucrativo, e não como movimento, mas sim como uma incorporação fragmentada e paulatina de algumas de suas manifestações. Essa incorporação ocorreu essencialmente em conflitos familiares, em que a maior parte dos Estados incorpora essencialmente a mediação para alcançar respostas muito mais satisfatórias para os cidadãos perante aquelas oferecidas pelo Judiciário.¹⁵¹

Consequentemente, verificamos que os países europeus não desenvolveram a prática dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos partindo da sua própria experiência, mas importaram e interpretaram as técnicas negociais experimentadas nos Estados Unidos, por intermédio da União Europeia, que com o Conselho da Europa tenta readaptá-las, divulgá-las e, de certa forma, impô-las aos seus Estados-Membros.

¹⁴⁹ ALASTRUEY, Raquel. Court-Orderer mediación in Spain. In: BROWN, Kevin; RAYÓN, Maria Concepción (Coord.). *Mediación: experiencias en España y elrededor del mundo*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 2016. p. 124.

¹⁵⁰ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice cit., p. 109-110.

¹⁵¹ BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso cit., p. 38-39.

Por sua vez, cada Estado-Membro, componente da União Europeia, efetua uma adaptação das práticas negociais da mediação dentro de seu espaço jurídico, em atendimento às Diretivas que lhes são impostas, praticando a mediação para os assuntos transfronteiriços, e cada qual concomitantemente tenta utilizá-las para assuntos internos, com as suas próprias especificidades, haja vista que cada Estado elabora sua legislação interna.

2.3.1 O exemplo italiano

Segundo Ferruccio Tommaseo,¹⁵² a solução convencional de controvérsias pode assumir formatos mais complexos como a experiência das formas *alternative di soluzione delle controversie* (ADR: *Alternative Dispute Resolution*), organizada por uma das partes para favorecer, com instrumentos apropriados, uma solução transativa.

O legislador italiano, seguindo a orientação da Diretiva n.º 2008/52/CE, introduziu o artigo 60¹⁵³ na Lei n.º 69/2009, que entrou em vigor em 4 de junho de 2009, estabelecendo no inciso I que ao Governo é delegada a regulamentação da mediação em matéria civil e comercial, fixando o prazo de seis meses para disciplinar uma série de questões relativas ao procedimento da mediação.

A Lei n.º 69/2009 ainda trouxe regramentos gerais para nortear as disposições contidas no Decreto Legislativo que viria a ser, logo após, editado pelo Governo italiano, entre os quais: a) contemplar a mediação como a solução de litígios envolvendo direitos disponíveis; b) instituição de um Registro dos organismos de mediação, mantido pelo Ministério da Justiça; c) possibilidade de a Ordem dos Advogados e os conselhos profissionais instituírem órgãos de mediação; d) possibilidade de desenvolvimento da mediação por meios eletrônicos; e) possibilidade de o mediador nomear peritos, caso seja necessário conhecimento específico; f) previsão dos honorários dos mediadores em

¹⁵² TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milano: Cedam, 2005. v. 1, p. 94.

¹⁵³ Art. 60. (Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali) 1. Il Governo è delegato ad adottare, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge, uno o più decreti legislativi in materia di mediazione e di conciliazione in ambito civile e commerciale. Disponível em: <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/090691.htm>>. Acesso em: 14 maio 2016.

regulamento, sendo majorado o valor em caso de celebração de acordo; g) previsão do dever de o advogado informar seu cliente sobre a possibilidade de mediação antes da instauração do processo judicial; h) concessão de vantagens fiscais para a celebração de acordo; i) previsão da condenação do *vencedor* no processo judicial ao reembolso das despesas *em favor do vencido*, caso tenha recusado, por ocasião da mediação, proposta feita pelo mediador, cujo conteúdo corresponda inteiramente à solução judicial; j) vedação a que a mediação tenha duração superior a quatro meses; k) garantia de imparcialidade, neutralidade e independência do mediador; l) previsão de que o acordo de mediação tenha eficácia executiva e constitua título executivo para fins de hipoteca judicial.

O Governo, disciplinando as matérias que lhe foram delegadas pelo artigo 60 da Lei n.º 69/2009, editou o Decreto Legislativo n.º 28, de 4 de março de 2010, regulamentando o procedimento da mediação, estabelecendo parâmetros e obrigações relacionadas à matéria, seguindo os princípios da Diretiva n.º 2008/52/CE, incentivando a cultura do diálogo.

O legislador italiano, sistematicamente, dedicou o primeiro artigo do capítulo das disposições gerais do Decreto n.º 28/2010 à definição dos termos: *Mediazione*, *Mediatore* e *Conciliazione*.¹⁵⁴

No entendimento de Remo Caponi,¹⁵⁵ a Itália, ao recepcionar o movimento dos métodos alternativos de solução de conflitos, deixa evidenciado, desde o início, que o instituto possui valor eficiente a ser acrescido à justiça civil. Isso consiste em um aspecto do acesso à justiça, movimento mundial promovido por Mauro Cappelletti, nos anos 70 do século XX, caracterizado por três ondas: a primeira constituída pelo desenvolvimento dos instrumentos de assistência judiciária aos necessitados; a segunda dirigida a organizar uma reação agregada de vítimas de ilicitudes pluriofensivas (tutela coletiva, *class action*); e a terceira animada da simplificação do procedimento e o desenvolvimento dos métodos

¹⁵⁴ *Mediazione* – è l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

Mediatore – è la persona fisica che svolge la mediazione, rimanendo, in ogni caso, privo “del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti”.

Conciliazione – è la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione.

¹⁵⁵ CAPONI, Remo. La giustizia civile alla prova della mediazione. Disponível em: <file:///E:/Media%C3%A7%C3%A3o%20Italiana/R._Caponi_La_giustizia_civile_alla_prova.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

negociais de composição das controvérsias. A combinação harmônica dessas três ondas representa a resposta efetiva da demanda judicial proveniente da sociedade civil.

Afirma Caponi que a concepção da justiça civil como serviço público se estende até a composição da controvérsia, quando esta se realiza exclusivamente no âmbito da autonomia privada; pode ser confiada não somente aos órgãos da jurisdição estatal, mas também à presença da vontade compositiva das partes, à instituição diversa do Estado (onde seja assegurada a imparcialidade do terceiro, além da eficiência), com a renúncia da aplicação de decisões objetivas e predeterminadas.¹⁵⁶

O elemento que se destaca na abordagem de Chiara Besso¹⁵⁷ é a evidência da intenção do legislador de se colocar firmemente na esteira da tradição norte-americana da ADR. A definição de mediação é aquela clássica delineada no modelo do direito internacional, até mesmo do ponto de vista linguístico.¹⁵⁸ Até hoje o legislador italiano havia preferido, para indicar o procedimento e um terceiro neutro, utilizar os termos “conciliazione” e “conciliatore”, em vez de “mediazione”. Assevera que a expressão “conciliazione” não foi de todo abandonada, visto que agora indica o resultado do acordo das partes. Salienta que os vocábulos “mediazione” e “conciliazione” em vários ordenamentos são utilizados como sinônimos, dando como exemplo os Estados Unidos que usam o termo conciliação, às vezes, para enfatizar o papel desempenhado pelo terceiro para persuadir as partes a negociar, mas principalmente como sinônimo de mediação.¹⁵⁹

Por seu turno, o artigo 2.º estabelece que a mediação pode ocorrer para a conciliação de uma controvérsia civil e comercial vertente sobre direitos disponíveis, o que significa que não se pode cogitar do procedimento de mediação para direitos indisponíveis.

¹⁵⁶ CAPONI, Remo. La giustizia civile alla prova della mediazione cit.

¹⁵⁷ BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 250-251. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

¹⁵⁸ Model Law on International Commercial Conciliation della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (Uncitral) del 2002: “‘conciliation’ means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons (‘the conciliator’) to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship. The conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute”. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf>. Acesso em: 14 maio 2016.

¹⁵⁹ BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie cit., p. 250-251.

Na norma italiana, o procedimento da mediação envolve um terceiro imparcial que assistirá às partes para ajudá-las a encontrar um acordo amigável para a composição da controvérsia. Esse terceiro imparcial, o mediador, consiste na pessoa física que desenvolve a mediação, sendo-lhe proibido proferir decisão que vincule as partes envolvidas.

O mediador, utilizando-se de perspicácia, promove um diálogo aberto e contínuo como forma de perceber o real interesse das partes, separando-o das posições, ou seja, por trás do posicionamento das partes sempre existe o real interesse, sendo papel do mediador trazer à tona esse real interesse dos conflitantes, para que estes, por si mesmos, cheguem a um acordo.¹⁶⁰ Os mediadores devem integrar um dos organismos que mantêm inscrição no Ministério da Justiça, ou, quando se tratar de matéria atinente ao consumidor, devem se inscrever no Ministério do Desenvolvimento Econômico, conforme o artigo 16 do Decreto Legislativo n.º 28/2010.

Quanto aos organismos de mediação, eles podem ser públicos ou privados, bem como devem desempenhar a mediação exclusivamente dentro da sua especialidade, devendo, para a sua inscrição, depositar, perante o Ministério da Justiça, não somente o regulamento de procedimento adotado para a mediação, como também o Código de Ética dos Mediadores e a tabela de honorários e custas.

Tanto a Ordem dos Advogados quanto outros Conselhos profissionais e Câmaras de Comércio, Indústria, Artesanato e Agricultura podem instituir organismos de mediação nos limites de sua competência, conforme os artigos 18 e 19 do Decreto Legislativo n.º 28/2010.

A opção do legislador por exigir a vinculação dos mediadores a um organismo de mediação é entendida por Flávia Pereira Hill¹⁶¹ como uma forma de garantir o controle de sua imparcialidade e de sua qualificação. No entanto, a designação de um mediador entre aqueles integrantes de seus quadros não deve caber exclusiva e precipuamente ao dirigente do organismo de mediação, mas sim às partes interessadas. A autora considera que a confiança depositada na pessoa do mediador é fator decisivo para o sucesso do procedimento de mediação e melhor seria conceder às partes a preferência na escolha dos mediadores inscritos no organismo.

¹⁶⁰ HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana cit., p. 294-321.

¹⁶¹ Id. Ibid.,

O legislador italiano não deu opção às partes na escolha do mediador, o que compromete a autonomia da vontade, princípio que rege a adoção dos meios alternativos de solução de controvérsias. Permitir que as partes escolham somente o organismo sem dar-lhes a alternativa da predileção do mediador impulsiona-as a se submeter à mediação conduzida por pessoa que lhes seja desconhecida ou na qual não confiam, deixando-as sem se sentir à vontade, ficando menos propensas a revelar as suas reais pretensões, o que é indispensável para a boa solução do conflito.¹⁶²

Questão vista com preocupação pela doutrina italiana é a ausência de previsão de assistência obrigatória por advogado durante o procedimento de mediação e principalmente quando houver acordo. Além de os advogados temerem uma redução do contencioso, o procedimento de mediação sem a assistência de um defensor pode diminuir a tutela da parte menos preparada, favorecendo uma conciliação não equitativa. Trata-se de um tema politicamente delicado em razão de a colaboração da classe forense ser essencial.¹⁶³

O procedimento em exame introduz três tipos diversos de mediação, todos sujeitos ao mesmo procedimento, mas radicalmente diferentes quanto aos pressupostos: a) um procedimento de mediação sob uma base voluntária extrajudicial e extraprocessual em que as partes podem experimentar previamente uma tentativa de mediação e independente da proposição de uma controvérsia perante o juízo civil; b) um procedimento extrajudicial, mas endoprocessual, em que a atividade de mediação vem desenvolvida por um organismo não judicial, porém sob solicitação, não vinculante, de um juiz estatal; c) uma mediação extraprocessual e extrajudicial obrigatória, prevista no artigo 5.º para uma série de controvérsias e qualificada como condição de procedibilidade da causa.¹⁶⁴

O objetivo do legislador italiano foi favorecer a solução extrajudicial de controvérsias e ao final reduzir a carga de trabalho do aparato judicial, e para atingir tal escopo o legislador introduziu o instituto da mediação, que tem natureza eminentemente voluntária, transformando-o em uma fase pré-processual obrigatória.

¹⁶² HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana cit., p. 294-321.

¹⁶³ DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/33/mediazione%20Dittich.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

¹⁶⁴ Id. Ibid.

O Organismo Unitario dell'Avvocatura Italiana (OUI) ingressou com ação em face do Ministério da Justiça e Ministério do Desenvolvimento Econômico perante o Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio (TAR), suscitando a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Decreto Legge n.º 28/2010 e com o apoio de outros tribunais como Tribunal de Gênova, Justiça de Paz de Parma e a Justiça de Paz de Cantazaro, o que resultou no Acórdão 272¹⁶⁵ da Corte Constitucional italiana, publicado em 12 de dezembro de 2012, que reconheceu a inconstitucionalidade de alguns dispositivos do Decreto Legge n.º 28/2010, entre elas: (i) a eliminação da implementação prévia e obrigatória do processo de mediação previsto no artigo 5.º, n. 1; (ii) o afastamento da necessidade do advogado informar ao seu cliente sobre os casos em que a submissão ao processo de mediação era condição de admissibilidade da ação judicial; (iii) a supressão da obrigação do mediador no caso de correspondência total ou parcial entre a proposta do mediador e a decisão proferida no processo judicial.¹⁶⁶

¹⁶⁵ N. 272 SENTENZA 24 ottobre – 6 dicembre 2012

Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. Ordinanza dibattimentale – Intervento in giudizio – Soggetti che non sono stati parti nei giudizi a quibus, titolari di interessi soltanto analoghi a quelli dedotti nel giudizio principale – Necessaria titolarità di un interesse qualificato – Mancanza – Inammissibilità. Procedimento civile – Disposizioni in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali - Obbligo, nelle materie espressamente indicate, del previo esperimento del procedimento di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, eccipibile dal convenuto o rilevabile d'ufficio v Omessa descrizione della fattispecie a quo – Inammissibilità della questione. – D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5; decreto del ministro della giustizia, di concerto col ministro dello sviluppo economico, 18 ottobre 2010, n. 180, art. 16, come modificato dal decreto ministeriale 6 luglio 2011, n. 145. – Costituzione, artt. 3, 24 e 111. Procedimento civile – Disposizioni in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali – Obbligo, nelle materie espressamente indicate, del previo esperimento del procedimento di mediazione, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, eccipibile dal convenuto o rilevabile d'ufficio – Estraneità della disciplina censurata ai criteri e principi direttivi fissati dall'art. 60 della legge delega n. 69 del 2009 – Eccesso di delega per straripamento dei poteri del legislatore delegato – Illegittimità costituzionale – Estensione della declaratoria di illegittimità alla restante parte del comma censurato, per stretta connessione delle norme - Assorbimento dei restanti profili. – D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, comma 1. – Costituzione, artt. 76 e 77 (artt. 3, 24, 101, 102 e 111); legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60. Procedimento civile – Mediazione obbligatoria, quale condizione di procedibilità della domanda giudiziale, eccipibile dal convenuto o rilevabile d'ufficio - Dichiarazione di illegittimità costituzionale – Disposizioni strettamente collegate che resterebbero prive di significato a seguito della caducazione della mediazione obbligatoria – Illegittimità costituzionale in via consequenziale. – D.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, art. 4, comma 3, secondo periodo, e parte del sesto periodo; art. 5, comma 2, parte del primo periodo; art. 5, parte del comma 4; art. 5, parte del comma 5; art. 6, parte del comma 2; art. 7, parte; art. 8, comma 5; art. 11, parte del comma 1; art. 13, parte; art. 17, comma 4, lett. d); art. 17, comma 5; art. 24. – Costituzione, artt. 76 e 77; legge 18 giugno 2009, n. 69, art. 60; legge 11 marzo 1953, n. 87, art. 27. (T-120272) (GU 1a Serie Speciale – Corte Costituzionale n. 49 del 12-12-2012). Disponível em: <www.gazzettaufficiale.it>. Acesso em: 16 dez. 2016.

¹⁶⁶ PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação italiana após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11. p. 404-416. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18068/13322>. Acesso em: 20 fev. 2016.

Posteriormente, houve o restabelecimento da obrigatoriedade da mediação, por meio da Lei n.º 98/2013, com algumas modificações, a qual se encontra vigente.

Na opinião de Paola Lucarelli,¹⁶⁷ a mediação não deve ser entendida como um julgamento sobre a disputa ou uma fase do processo, e sim como um procedimento alternativo de gestão de conflitos que merece a atenção não somente dos estudiosos, mas também dos cidadãos. A obrigatoriedade da tentativa de mediação, nos termos do n. 1 do artigo 5.º do Decreto Legislativo n.º 28/2010, é uma clara opção experimental do legislador, a fim de acelerar a sua implantação.

A favor da obrigatoriedade da mediação temos os seguintes argumentos: a) sua eficiência na questão de desafogar os tribunais; b) sua promoção ante os advogados que muitas vezes criticam esse mecanismo sem utilizá-lo; e c) sua aplicação para os cidadãos que vão perceber a fragilidade de sua pretensão. Contra o sistema de mediação obrigatória temos: d) a interferência do direito à tutela efetiva; e) a contradição a respeito da sua natureza consensual; f) as suas dificuldades metodológicas entre relações de poder em desequilíbrio; e g) a ocultação de conflitos da esfera pública (o que poderá limitar a participação dos cidadãos na administração da justiça).¹⁶⁸

Inicialmente, em razão da insuficiência cultural quanto ao instituto da mediação, a aplicação da norma relativa à mediação foi limitada, registrando-se grande desconfiança por parte dos operadores do direito com relação a ela, tanto pela novidade do instituto quanto pelo custo. O percentual de procedimento de mediação aumentou gradualmente e a razão pode, talvez, ser vista na conveniência de que, quando as partes não se compõem nessa primeira reunião, não há nenhum custo, bem como resta satisfeita a condição de procedibilidade.¹⁶⁹

Estatisticamente, também é alto o percentual de mediação experimentado nos casos em que as partes, após superarem o primeiro encontro, são confiadas a um mediador

¹⁶⁷ LUCARELLI, Paola. La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio de effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/570/Lucarelli.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

¹⁶⁸ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos. 2011. Tesis (Doctoral) – Universidad de Salamanca, Salamanca, p. 239.

¹⁶⁹ SACCARO, Francesca; POLIDORI, Rachele. Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/675/Saccaro%20Polidori.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

para dialogar e chegar a uma solução que, se não for necessariamente justa, pelo menos é compartilhada e negociada.

A escolha do procedimento de mediação deveria ser livre de condicionamentos e justificada em razão das vantagens asseguradas em relação ao juízo de natureza estatal.

O legislador italiano, ao elaborar o Decreto Legislativo n.º 28/2010, optou pela obrigatoriedade do procedimento de mediação quando se tratar de controvérsia em matéria de: condomínio, direitos reais, divisão, sucessão hereditária, pactos de família, locação, comodato, empresas de aluguel, ressarcimento de danos relativos à circulação de veículos e barcos, responsabilidade médica e difamação mediante a imprensa ou outros meios de publicidade, contratos de seguros, bancário e financeiro.

No que se refere às obrigações do advogado, Girolano Monteleone¹⁷⁰ salienta que este é obrigado a informar o cliente, por escrito, sobre a existência do procedimento de mediação sob pena de nulidade do contrato feito com o assistido, bem como deve comunicá-lo a obrigatoriedade de requerer a mediação preventiva com a finalidade conciliativa, se pretende exercitar o seu direito de ação, sob pena de improcedibilidade. Ainda, o juiz, no curso do processo, poderá convidar as partes a proceder à mediação, aguardando o seu cumprimento. Como forma de forçar o acordo, a legislação italiana determina que, se o conteúdo da decisão coincidir inteiramente com a proposta de mediação recusada, pela parte vitoriosa, esta será condenada pelas despesas processuais.

Tal escolha do legislador ocasionou muitas críticas e perplexidade na comunidade jurídica italiana, pois a obrigatoriedade da mediação fere o princípio da voluntariedade.

Nesse sentido, Mauro Bove¹⁷¹ ressalta que a falta do procedimento de mediação, sem motivo justificado, gera duas sanções: a primeira de natureza econômica ocorre somente para os casos em que o procedimento de mediação é necessário, conforme estabelecido no artigo 5.º, § 1.º, ou pela sujeição a ele, em que as partes podem escolher a forma do contrato, em que se comprometem à tentativa, aceitando o convite que lhes dirige

¹⁷⁰ MONTELEONE, Girolano. La mediazione “forzata”. *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2016.

¹⁷¹ BOVE, Mauro. Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/249/Bove%20II.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2016.

o órgão estatal; e a segunda incide sobre o mérito da decisão da lide, ou seja, se a parte não participa do procedimento, é considerada pelo juiz como não colaborativa.

Observa Remo Caponi¹⁷² que a tentativa de conciliação pode ter sucesso somente se estiver sustentada por uma real vontade conciliativa e se não estiver envolvida por um adimplemento de obrigação; nesse caso, transforma-se em um mero requisito formal, que envolve as instituições relevantes, retardando a definição da controvérsia e subtraindo energia ao desenvolvimento das tentativas de conciliação seriamente intencionadas.

Primeiramente, ocorreu uma onda de oposição à mediação, que alegava a inconstitucionalidade da norma em razão da obrigatoriedade. Tal onda foi se dissolvendo com a crença de que a nova regra somente prevê um sistema atenuado de obrigatoriedade.¹⁷³

Nesse mesmo sentido pronuncia-se o Livro Verde¹⁷⁴ da União Europeia sobre os meios alternativos de resolução de conflitos em matéria civil e comercial, propondo no item 64 que: “poderia ser inútil obrigar alguém a participar numa ADR contra a sua vontade, na medida em que o sucesso do processo depende dessa mesma vontade”.

Também a Diretiva n.º 2008/52/CE¹⁷⁵ do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, que propõe as diretrizes e fomenta a resolução amistosa de conflitos promovendo o uso da mediação pelos seus países-membros, consagra o princípio da voluntariedade no seu artigo 3.º, parágrafo “a”.

As partes devem participar do procedimento de mediação de forma livre, voluntária, exercendo a autonomia da vontade privada, ou seja, devem ter a liberdade de escolher livremente esse método como forma de lidar com o conflito.

¹⁷² CAPONI, Remo. La giustizia civile alla prova della mediazione cit.

¹⁷³ LUCARELLI, Paola. La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio de effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti cit.

¹⁷⁴ LIVRO VERDE. Sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial cit., p. 27.

¹⁷⁵ DIRECTIVA/52/CE: “Artículo 3 a) ‘mediación’: un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por si mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado Miembro”.

Indagação que paira no ar é da necessidade de obrigar as partes a se submeterem à mediação.¹⁷⁶ Supervalorizar a mediação não poderá, a longo prazo, transformá-la em mais um método ineficaz à solução de conflitos, tal como a sociedade hoje vê a jurisdição?¹⁷⁷

Por essa razão, permanece a crítica nos confrontos à obrigatoriedade da tentativa em razão de que o sucesso somente será sustentado quando houver uma real vontade conciliativa e não oriunda de uma obrigação. A perspectiva muda se, em primeiro lugar, não há recursos humanos e materiais suficientes a atender a ineficiência da justiça civil, com uma série de intervenções feitas unicamente com o intuito de administração da justiça, e, em segundo lugar, uma opção de valor que desconhece a importância dos esforços diretos de melhorar as condições em que versa o processo civil estatal.¹⁷⁸

Quanto à duração razoável do processo, o artigo 6.º, *comma* 1, do Decreto Legislativo n.º 28/2010 estabelece que o procedimento de mediação deve ser concluído no período de quatro meses, e, levando-se em conta o ritmo moroso caracterizado pelo processo judicial italiano, não aparenta ser tão longo a ponto de conflitar com o artigo 111, *comma* 2, da Constituição italiana.¹⁷⁹

Numa cultura de valorização das instituições estatais para a solução de litígios, a mediação, importada de outros ordenamentos, veio implantar uma nova condição na tradição italiana para diminuir a lentidão do Judiciário.

Outra crítica com relação à obrigatoriedade da mediação na Itália é feita por Pietro D'Alessandro,¹⁸⁰ o qual afirma que o legislador está colocando todo o esforço para limitar as partes ao exercício do direito de ação, sem se dar conta de que, assim o fazendo, obterá um resultado oposto: todos os obstáculos, os custos e os impedimentos à propositura das ações judiciais traduzem-se na injustificada dificuldade para quem quer fazer valer um

¹⁷⁶ MONTELEONE, Girolano. La mediazione “forzata” cit.

¹⁷⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 191-192, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/18068/13322>>. Acesso em: 9 maio 2016.

¹⁷⁸ CAPONI, Remo. La giustizia civile alla prova della mediazione cit.

¹⁷⁹ ZINGALES, Ignazio. La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali. *Judicium. Il processo civile in Italia e in Europa*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/176/Zingales.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

¹⁸⁰ ALESSANDRO, Pietro D'. L'eccessiva durata del processo civile, cit.

direito e também em incentivos a quem quer ser inadimplente. O autor entende que o processo de mediação é inútil e custoso.

A mediação produz os mesmos efeitos da ação judicial, quanto à prescrição, conforme o artigo 5.º, § 6.º, do Decreto Legislativo n.º 28/2010, ou seja, o procedimento de mediação produz os mesmos efeitos sobre a prescrição, a contar da comunicação às partes.

Todavia, o efeito sobre a indicação do procedimento de mediação é correspondente, mas não se sobrepõe ao da ação judicial, ou seja, a mediação não substitui os efeitos da ação judicial, uma vez que sobre a prescrição se produzem novos efeitos a partir da propositura da ação judicial.¹⁸¹

A ação de mediação impede a decadência, a partir da comunicação das partes, mas, se não houver conciliação, a ação judicial deverá ser proposta no mesmo prazo da decadência, decorrente do depósito verbal de que trata o artigo 11, § 5.º, do Decreto Legislativo n.º 28/2010, à secretaria do organismo, ou seja, a propositura de mediação pode ser feita uma única vez. Esse limite tem o escopo de evitar a multiplicidade instrumental de instâncias para furtar-se à decadência, deixando a situação em suspenso por tempo indefinido.¹⁸²

2.3.2 O modelo de mediação espanhol

A Espanha, em atendimento e objetivando a transposição da Diretiva n.º 52/2008/CE internamente, promulgou:

a) a Lei n.º 5, de 6 de julho de 2012, relativa à mediação em assuntos civis e mercantis, estabelecendo um regime geral da instituição da mediação na Espanha, com o objetivo de impulsionar o seu desenvolvimento como instrumento complementar de administração de justiça;

¹⁸¹ TISCINI, Roberta. Il procedimento de mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/157/Tiscini.pdf>> Acesso em: 2 maio 2016.

¹⁸² Id.,Ibid.

b) o Real Decreto n.º 980, de 13 de dezembro de 2013, desenvolve determinadas características da Lei n.º 5/2012 com quatro aspectos fundamentais de regulação legal: a formação do mediador; sua publicidade por meio de um Registro dependente do Ministério de Justiça; a garantia de sua responsabilidade; e a promoção de um procedimento simplificado de mediação por meios eletrônicos;

c) a Ordem n.º JUS/746, de 7 de maio de 2014, a qual trata dos artigos 14 e 21 do Real Decreto n.º 980/2013, cria um fichário de mediadores e instituições de mediação que desenvolvem sua atividade profissional amparadas nas disposições da Lei n.º 5/2012.

A Constituição espanhola de 1978 prevê em seu artigo 24, n.º 1,¹⁸³ que todas as pessoas têm direito a obter uma tutela efetiva no Judiciário, cujo conteúdo abrange, entre outros, o direito de acesso aos órgãos jurisdicionais para o exercício de interesses legítimos, o direito a um processo sem dilações indevidas, o direito a decisões firmes e o direito a tutela judicial cautelar.¹⁸⁴

Tendo em vista as novas iniciativas legislativas, tanto nacionais como comunitárias, a mediação civil espanhola está enquadrada em uma concepção ampla, tanto no âmbito de família como do direito privado. No conceito atual, a mediação enquadra-se na linha dos novos objetivos e fins desempenhados nas denominadas ADRs nos sistemas de justiça, que também se denominam como Modalidades Alternativas de Solução de Conflitos (MASC). A inclusão desses meios no direito privado responde à progressiva consolidação da mediação à comprovação prática de sua eficácia. Os mecanismos autônomos de pacificação social devem ser considerados como meios independentes de acesso à justiça, cujo fundamento se encontra na liberdade dos cidadãos. A base para reflexão do verdadeiro conceito e função da mediação encontra-se na ideia do livre acesso à justiça e o desenvolvimento das ADRs deve ser visto sob essa perspectiva, e não sob o ponto de vista da dependência de leis, mas do fomento da “cultura da mediação”.¹⁸⁵

¹⁸³ Art. 24, n.º 1: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

¹⁸⁴ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 86.

¹⁸⁵ RODRIGUEZ, Carmen Callejo; JURISTO, Marina Tatud. La mediación en asuntos civiles. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 117-118. Tradução livre.

A mediação e os demais métodos de solução de conflitos são mecanismos autônomos de pacificação social e devem ser considerados meios independentes de acesso à justiça, cujo fundamento encontra-se na liberdade dos cidadãos.

Uma sociedade moderna que prime pelo bem-estar da comunidade e a liberdade como valor social básico deve pôr à disposição dos cidadãos diversos meios de solução de conflitos e permitir que optem por aquele que melhor se adapte aos seus interesses. Seria um erro colocar a jurisdição, a potestade estatal, no centro do sistema de justiça civil e comercial de um país e relegar os demais mecanismos de solução de conflitos ao lugar de meios alternativos, cuja única razão de ser se encontra em meios idôneos para descongestionar o judiciário. A relação entre o sistema judiciário e o sistema não jurisdicional não deve ser de dependência, mas de autonomia funcional. A base de reflexão acerca do verdadeiro conceito e função da mediação se encontra na ideia do livre acesso dos cidadãos à justiça e o desenvolvimento das ADRs deve ser visto a partir desta perspectiva e com plena consciência de que na sua base esse desenvolvimento não depende das leis, mas da promoção da “cultura de mediação”.¹⁸⁶

A mediação desenvolve-se na Espanha em diversas áreas, dentre as quais se destaca a mediação familiar, desenvolvida em dois tipos: a extrajudicial e a intrajudicial. A mediação extrajudicial é aquela que ocorre fora do âmbito do processo, ou seja, é anterior à proposição da demanda. Entre as formas de mediação extrajudicial, as mais importantes são as proporcionadas pelos serviços de orientação jurídica ou nas oficinas das comissões de justiça gratuita. A mediação familiar intrajudicial é aquela que se promove dentro de um procedimento contencioso. Uma vez judicializado o conflito, com a mediação intrajudicial pretende-se dar uma nova oportunidade para as partes pensar sobre suas diferenças e interesses, e, nesse caso, a mediação não é uma alternativa ao processo judicial, mas uma atividade ou medida complementar a este, uma vez que, em sua maioria, os acordos adotados em mediação devem ser aprovados ou homologados pelo juiz.¹⁸⁷

Na Espanha, coexistem os serviços de mediação como oferta pública e ampla oferta em nível privado. A oferta pública é aquela que dispõe direta ou indiretamente de um aval público em sua gestão, ou seja, dos serviços próprios da Administração de Justiça, tais como os Centros de Mediação Familiar ou serviços localizados nos centros de orientação jurídica que geralmente têm a cogerência das Faculdades de Direito com a Administração Autônoma ou com o Ministério da Justiça, geralmente na área de

¹⁸⁶ RODRIGUEZ, Carmen Callejo; JURISTO, Marina Tatud. La mediación en asuntos civiles cit., p. 120-121.

¹⁸⁷ PEÑA YAÑEZ, Maria Ángeles et al. La mediación en el ámbito familiar: cauce para resolución pacífica de los conflictos. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 139.

assistência jurídica, seja porque são seus próprios centros, municípios, fundações, associações ou entidades subsidiadas no todo ou em parte pela Administração.¹⁸⁸

A crise do processo contencioso como instrumento de gestão judicial dos conflitos familiares gerou um movimento de renovação na maneira de lidar com esses conflitos do ponto de vista judicial, com reformas legislativas e jurisprudência inovadora nesse domínio, colaborando com a práxis judicial que permite falar em novas perspectivas na gestão judicial de conflitos familiares. Conflitos que não apenas incluem separações ou divórcios, mas também outros que possam surgir no âmbito familiar e que estão dentro de seu escopo de disposição, tais como: conflitos entre pais e filhos, discrepâncias nas empresas familiares, heranças, relações entre famílias biológicas e aqueles que estão acolhendo ou adotando etc. Na busca de novos instrumentos para dar uma resposta jurisdicional de maior qualidade aos conflitos familiares, a mediação aparece como um dos meios que pode contribuir para melhorar essa resposta. Em nível prático, há o desenvolvimento de experiências de mediação intrajudicial com resultados muito positivos, promovidas pelo Consejo General del Poder Judicial.¹⁸⁹

Helena Soletto Muñoz¹⁹⁰ destaca que na Espanha a mediação é uma forma de resolução de conflitos que pode ocorrer no âmbito privado ou estar vinculada a um processo “vivo”. A mediação intrajudicial é aquela que teve início por meio de um processo e em qualquer momento é possível ocorrer a mediação tanto no início, no decorrer do processo e até mesmo na fase de execução de sentença. As partes podem acessar a mediação a partir de um órgão oficial ou por iniciativa própria. Em qualquer dos casos, fala-se de mediação intraprocessual, pois se produz uma vez iniciado o processo e o seu desenvolvimento e resultado terão efeitos nesse processo. Geralmente, faz-se referência à mediação intrajudicial quando a iniciativa da mediação tem origem em um órgão jurisdicional ou quando se utilizam os serviços de um órgão jurisdicional.

A mediação está organizada por uma equipe especializada que pode ser em um serviço público gerenciado pela própria administração por meio de sua própria estrutura ou

¹⁸⁸ PEÑA YAÑEZ, Maria Ángeles et al. La mediación en el ámbito familiar: cauce para resolución pacífica de los conflictos cit., p. 147.

¹⁸⁹ Id. Ibid., p. 185-186.

¹⁹⁰ MUÑOZ, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 66-88, jan.-jun. 2009. p. 72.

mediante concessão da gestão ou estar atribuída a uma equipe designada em cada processo a partir de uma lista de mediadores homologados transladada periodicamente aos órgãos judiciais com representação institucional (decanos, presidentes de Audiência, salas do Governo dos Tribunais Superiores de Justiça).¹⁹¹

Segundo destaca Silvia Barona Vilar,¹⁹² no contexto da sociedade global há uma explosão de litigiosidade que propicia uma ampliação na duração e nos custos dos litígios, afetando os cidadãos, além de aumentar a carga de trabalho dos tribunais e a inoperância do Estado para oferecer aos cidadãos um modelo rápido, eficaz e acessível de resolução de conflitos, e o modelo que se apresenta até o momento se vê submetido à pressão, incapacitado de satisfazer as expectativas das partes como meio de assegurar o pleno acesso à justiça. Essa tensão se revela em maior ou menor grau em grande parte dos países do mundo. Em resposta à tal insatisfação e à crise da justiça são oferecidos caminhos diversos de solução que propiciam um novo paradigma de justiça integral, que favorecem, incorporam e propulsionam as soluções extrajudiciais de conflitos.

No mesmo sentido, Ignacio José Subijana Zunzunegui¹⁹³ salienta que o sistema jurídico do século XXI está assistindo a uma transformação paulatina no modo de resolver os conflitos que surgem na comunidade. O novo modelo é fruto de uma evolução, uma vez que o modelo adversarial não é suficiente para satisfazer as exigências de efetividade da tutela solicitada pela sociedade, e, por essa razão não a substitui, somente complementa-a. São vários os fatores que alentam o surgimento desse novo modelo, tais como: a progressiva implantação de sociedades complexas e globais onde os conflitos que surgem precisam ser resolvidos mediante soluções que se integrem tanto sob a perspectiva individual quanto a social; o reconhecimento da autonomia como valor estrutural de toda pessoa, estimando-se que os indivíduos não percam margem de atuação autônoma nos conflitos em que se veem imersos, razão pela qual querem ser os gestores das decisões que se propagam a elas; a progressiva introdução nos sistemas jurídicos de normas que substituem os mandados de determinação por regras de atuação e, conseqüentemente, os efeitos jurídicos a declarar dependem de uma avaliação dos interesses e valores

¹⁹¹ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. Otro modelo de justicia: la resolución de conflictos por médios alternativos al sistema adversarial. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 71-97. p. 89.

¹⁹² BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso cit., p. 38.

¹⁹³ SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. Otro modelo de justicia: la resolución de conflictos por médios alternativos al sistema adversarial cit., p. 71-75.

concorrentes em cada caso; a progressiva exaltação da justiça procedimental como termômetro do cidadão da legitimidade do sistema judicial; a reformulação da função dos operadores jurídicos no sistema de composição de conflitos. Segundo o autor, o juiz que resolve uma contenda entre as partes a partir das pretensões por elas exercidas tem que estar preparado igualmente para: demarcar um espaço de comunicação conectado ao juízo, qual solução processual tem que conferir à situação que se apresenta, assim como definir quais critérios legais necessários para homologar o acordo que as partes firmaram sobre o conflito. Por sua vez, os advogados têm que assumir o papel de conselheiro jurídico de seus clientes, ajudando-os, conforme as suas necessidades, indagando-lhes se preferem promover uma tutela de seus interesses que transite por uma ação proposta em juízo por meio de um processo adversarial, ou, ao contrário, se a referida tutela se integre em um processo de comunicação entre as partes conflitantes com o objetivo de que sejam elas mesmas ou com a facilitação de um terceiro e o apoio de seus próprios advogados, elaborem uma solução para o conflito de interesses.

Raquel Alastruey,¹⁹⁴ magistrada em Barcelona e membro do Grupo Europeu de Magistrados pela Mediação, alega que a justiça é para a sociedade o que a medicina é para o ser humano, os médicos tratam as enfermidades do corpo e os tribunais devem diagnosticar e tratar as enfermidades sociais, e que os tribunais espanhóis somente contam com o tratamento cirúrgico, cujo bisturi é a lei, e aplicam-na de maneira implacável, porém não se sana com cirurgia um resfriado, nem a dor de estômago. É necessário que o sistema de justiça do país ofereça outros meios mais adequados para cada tipo de conflito. Os cidadãos procuram os tribunais para solucionar os seus conflitos e os juízes entendem o seu sofrimento que se une à impossibilidade de dar uma resposta à altura, resultando uma grande frustração, uma vez que, depois de muito tempo e muito custo público, chegam a uma sentença que muitas vezes não resolve o problema. A mediação como metodologia não é um instrumento de exclusivo uso privado e os juízes e cidadãos necessitam que o sistema de justiça tenha um espaço estável para a mediação, porque os tribunais nem sempre têm um instrumento processual adequado para resolver os problemas.

José Francisco Etxeberria Guridi¹⁹⁵ salienta que as modalidades alternativas de resolução de conflitos têm mais aceitação nos países de sistema da *common law* do que nos

¹⁹⁴ ALASTRUEY, Raquel. Court-Orderer mediación in Spain cit., p. 122.

¹⁹⁵ ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. ¿Es la resolución alternativa de conflictos la solución para todos los problemas del sistema judicial español?. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; URIARTE

países da Europa Continental, visto que, culturalmente, são sociedades com valores políticos, morais ou étnicos, religiosos etc. muito distintos. Inclusive quando se analisam as origens de instituições concretas de ADR, como a mediação, surgem referências a determinadas civilizações, etnias, tribos, ou seja, o particularismo aumenta. Portanto, transladadas as manifestações de ADR a culturas radicalmente distintas, a exemplo da Espanha, por mais que se fale de globalização, não são poucos os exemplos que se podem colacionar demonstrativos da escassa cultura do acordo ou da negociação. O autor considera que, lamentavelmente, se trata de oposição ou ao menos reticência ou reserva que afeta um amplo espectro de sujeitos ou agentes intervenientes na gestão do conflito. Explicitamente, faz-se referência a que “carecemos de cultura de mediação” e que não se tem a consciência sobre os benefícios dela e observamo-la com receio e desconfiança.

A mediação é uma instituição orientada a garantir que as partes protagonizem um bom diálogo, ou seja, uma instituição voltada a suprir os déficits de racionalidade das partes que as impedem de conversar sobre as possibilidades de alcance de um acordo. O papel do mediador consiste em ajudar o restabelecimento do diálogo de maneira a esclarecer as possibilidades de alcançar um acordo como forma de resolver o problema entre as partes. O sentido da mediação é auxiliar os indivíduos que recorrem a ela a estabelecer um bom diálogo para que cheguem a um consenso, é transformar a discussão conflitiva em um diálogo racional cooperativo. A chave de uma boa mediação está na condução certa do diálogo entre as partes e implica prestar especial atenção aos movimentos e argumentos dos sujeitos participantes, e o núcleo central está no controle dos impasses (ausência de movimentos) e das falácias (dos maus argumentos). A mediação pode ser vista como uma arte que consiste em uma técnica aplicada por quem tem um conhecimento orientado a produzir certos resultados.¹⁹⁶

A mediação civil em sentido estrito contempla o âmbito de conflito de pessoas como núcleo do direito civil, e a mediação cabe em todo ramo do direito, tais como: obrigações e contratos, sucessões, direitos reais, questões em que intervenham pessoas jurídicas, sociedades e no âmbito comercial. O direito civil tem sido a primeira matéria na Espanha trabalhada no âmbito da mediação, ou pelo menos legislada pelas Comunidades

RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 100-101.

¹⁹⁶ REGLA, Josep Aguiló. *El arte de la mediación*. Argumentación, negociación y mediación. Madrid: Trotta, 2015. p. 103-107.

Autônomas.¹⁹⁷ A voluntariedade e a autonomia privada são dois dos grandes pilares sobre os quais se sustentam tanto o direito civil como a mediação, ao que se une o princípio da boa-fé, a igualdade entre as partes e a flexibilidade dos acordos. A mediação familiar dentro do panorama da mediação civil encontra-se no auge, o que é uma consequência direta da transformação pela qual o conceito de família passou nos últimos anos. Constitui um mecanismo de resolução extrajudicial de conflitos que se aplica ao campo das relações familiares, que nasce dos próprios recursos que as partes têm para tomar suas próprias decisões, apresentando-se como um método autocompositivo, levando-se em conta que os próprios particulares são os que decidem sobre o conflito, sem que a solução seja tomada por uma terceira pessoa, e pode ser um primeiro passo para a tomada de soluções do conflito ao apoio de uma proteção “real e objetiva de interesse do menor”, porque o mediador pode facilitar, acompanhar e lograr que os mediados adotem as soluções mais acertadas para a proteção de seus filhos.¹⁹⁸

A prática da mediação familiar é frequente no país, cada Comunidade Autônoma possui sua própria legislação relativa à mediação familiar, tais como as Comunidades Autônomas de Andalucía, Aragón, Canárias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, Illes Balears, Rioja, País Vasco, Madrid, Navarra, Valenciana, Principado de Asturias e Murcia.¹⁹⁹

¹⁹⁷ A Constituição espanhola, em vigor desde 29 de dezembro 1978, estabelece uma organização territorial baseada na autonomia de municípios, províncias e comunidades autônomas, e estas são reconhecidas nos artigos 2.º e 138 da Constituição. “Ao criar as Comunidades Autônomas, a Constituição definiu uma divisão político-administrativa em quatro níveis de governo: Governo central, 17 governos autônomos (CCAA); 50 governos provinciais; e cerca de 8 mil governos locais. Além das 17 CCAA, a Constituição (1978) instituiu duas cidades autônomas. Embora a Constituição (1978, art. 137) tenha definido que municípios, províncias e CCAA têm autonomia para a gestão de seus respectivos interesses, o que se nota é que a distribuição efetiva do poder se dá entre governo central e CCAA, restando às províncias e aos municípios um papel marginal e de responsabilidades restritas (PEREIRA, Adelyne Maria Mendes; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira; FREIRE, José Manuel. Descentralização e regionalização em saúde na Espanha: trajetórias, características e condicionantes. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, número especial, p. 11-27, dez. 2015).

¹⁹⁸ COBAS COBIELLA, María Elena. Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.) *La mediación*: algunas cuestiones de actualidad. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 34-35.

¹⁹⁹ Há inúmeras leis, decretos e resoluções nas Comunidades Autônomas, entre as quais as principais que deram início à atividade da mediação familiar foram: Ley 1/2009, de 27 de febrero, regula la Mediación Familiar en Andalucía; Ley 9/2011, de 24 de marzo, de Mediación Familiar; e Ley 4/2007, de 22 de marzo, Violência de Género de Aragón; Ley 15/2003, de 8 abril, modificada pela Ley 3/2005, de 23 junio de Mediación Familiar de Canarias; Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de Cantabria; Ley 1/2006, de 6 abril, Mediación Familiar de Castilla y León; Ley 4/2005, de 24 mayo, Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla-La Mancha; Ley 15/2009, de 22 julio, de Mediación Derecho Privado de Cataluña; Resolución de 1 febrero 2002, da publicidade al Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 4/2001, de

Todas as normativas autônomas sobre mediação familiar concebem a mediação como uma ferramenta de trabalho para a solução extrajudicial dos conflitos familiares e cada Comunidade Autônoma regula e tem o seu próprio tratamento da situação no âmbito em que pode se desenvolver. Há semelhanças e diferenças entre as normas das diversas Comunidades Autônomas, porém, observando-se o conjunto de todas as normas, pode-se afirmar que os conflitos têm que se dar no seio da família, e conclui-se que regulam qualquer conflito que pode gerar um procedimento de divórcio, separação e nulidade, relações entre pais e filhos, conflitos que surgem com acolhimentos, entre adotantes e filhos adotados com a família biológica, questões relativas ao cuidado de pessoas, direito de receber pensão alimentícia, questões derivadas de sucessão de pessoas etc. Ao regular a mediação familiar, as Comunidades Autônomas utilizam um conceito de família amplo no tocante ao alcance ou à origem. Ao incluir a expressão “unidade convivencial”, como ocorre na legislação do País Vasco, abrange situações conflitivas que podem se dar no mesmo domicílio, independentemente da relação de afinidade ou parentesco entre as partes. Em algumas Comunidades, estabelecem-se restrições no alcance e grau de afinidade ou consanguinidade. Ademais, em algumas normas, há proibições expressas que podem ser tratadas como exceções, quando há violência ou maltrato constitutivo de delito. A Comunidade Autônoma de Castilla y León, por exemplo, estabelece que estão excluídos da mediação familiar os casos em que exista violência ou maltrato entre o casal, os filhos, ou qualquer membro da unidade familiar. De forma similar, a legislação de Aragón exclui da mediação familiar os casos incursos em um processo penal iniciado por tentativa contra a vida, a integridade física, a liberdade, a integridade moral ou liberdade sexual de outra parte e a de filhos e filhas em que se tenha citado resolução judicial motivada, em que se constatem indícios fundados em razões de criminalidade. Na Comunidade Autônoma de Madrid, excluem-se os casos, a juízo do mediador, que devam ser abordados por outras

31 mayo, de Mediación Familiar de Galicia; Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de Illes Balears; Decreto 2/2007, de 26 enero, regula los puntos de encuentro familiar de Rioja; Ley 1/2008, de 8 febrero, de Mediación Familiar del País Vasco; Lei 1/2007, de 21 febrero, de Mediación Familiar de Madrid; Decreto Foral 209/1991, de 23 mayo, de desarrollo de Ley Foral de régimen de autorizaciones y sanciones en materia de Servicios Sociales de Navarra; Ley 7/2001, de 26 noviembre, de Mediación Familiar de Valenciana; Ley 3/2007, de 23 marzo, de Mediación Familiar de Asturias; Ley 3/1995, de 21 marzo, de la Infancia de Murcia (DUPLÁ MARÍN, Maria Teresa (Coord.). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España*. Santiago de Compostela: Andavira, 2012. p. 3-14).

formas de intervenção ou tratamento, seja psicológico, psiquiátrico ou de qualquer outra índole.²⁰⁰

Há Comunidades Autônomas que, ao regularem a mediação, definiram de forma diversa o âmbito de aplicação pessoal ou subjetivo de sua normativa, ou seja, quais pessoas podem submeter-se à mediação familiar. Esse âmbito de aplicação foi definido de maneira ampla e a maioria das Comunidades permite recorrer à mediação os cônjuges, os membros dos casais, os pais, os filhos, os acolhedores, os tutores, os parentes etc. De modo geral, as Comunidades consideram que as uniões estáveis se encontram no âmbito familiar, mas nem todas permitem aos membros do casal recorrer à mesma abertura. Em algumas Comunidades, é necessário que o casal esteja inscrito no Registro da Comunidade para que seja possível utilizar a mediação, como é o caso da Andalucía, Castilla y León, Cataluña e Valencia. No âmbito territorial, as normas são simples: as situações que se desenvolveram no âmbito do território correspondente à Comunidade Autônoma podem recorrer à mediação.²⁰¹

O procedimento da mediação pode ter início por solicitação direta das partes ou derivar de uma autoridade judicial. Nas Comunidades de Aragón, Castilla-La Mancha e País Vasco, o procedimento de mediação somente pode ser iniciado por solicitação de uma autoridade judicial, assim como a que pode produzir-se na finalização do procedimento judicial.²⁰²

A maioria das normas autônomas contempla a criação de novos órgãos destinados a dar apoio à atividade da mediação no âmbito familiar, prestando funções de assessoramento e supervisão. Algumas das Comunidades Autônomas limitam-se à criação do Registro de Mediadores e Centros de Mediação, tais como Aragón, Castilla y León e Galícia; os demais contemplam de maneira específica a criação de autênticos órgãos de assessoramento. Embora recebam denominação distinta, o tratamento jurídico é muito parecido. São concebidos como instituições assessoras em apoio às pessoas que exercem a mediação, aos colégios profissionais e às pessoas que se submetem à mediação. Em alguns casos, denomina-se Conselho Assessor, assim como em Andalucía, Cataluña e País Vasco e em outros em caráter de Observatório como Cantabria ou de Comissão, assim como Illes

²⁰⁰ DUPLÁ MARÍN, Maria Teresa (Coord.). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España* cit., p. 409-412.

²⁰¹ Id. *Ibid.*, p. 412-413.

²⁰² Id. *Ibid.*, p. 435.

Balears e Madrid. Cada Comunidade Autônoma tem suas funções específicas de acordo com sua correspondente norma, são órgãos colegiados de participação e colaboração, com faculdades de decisão, consulta e supervisão em matéria de mediação familiar.²⁰³

A mediação entre vizinhos constitui-se em uma modalidade de mediação que se aplica às situações de conflito originadas por uma relação de vizinhança, relacionadas com a convivência, as obras, o uso de espaços comunitários entre outros problemas. É uma forma especial de mediação que aparece na convivência diária, por exemplo, entre proprietários, arrendatários, traduzindo-se na gestão da convivência. Nesse âmbito de aplicação, a mediação abarca conflitos de construção, emprego de espaços comuns, temas de ruído, de animais e os que envolvam quaisquer outros desacordos que possam aparecer, incluindo a nomeação de administradores de propriedades que conheçam os assuntos da comunidade.²⁰⁴

Destaca Juan Montero Aroca²⁰⁵ que todas as controvérsias sobre matérias de direitos disponíveis e as matérias sobre assuntos civis e comerciais que se referem a direitos e obrigações e não afetem a disposição das partes em virtude de legislação aplicável podem se submeter à mediação ou à arbitragem.

Os artigos 25 a 27 da Lei de Mediação n.º 5/2012 preveem a execução dos acordos de mediação, que podem se transformar em título executivo, provenientes da mediação extrajudicial ou judicial, e cada qual exigirá uma tramitação diferente. Na mediação extrajudicial, o artigo 25 em seus anexos 1 a 3 prescreve que as partes poderão efetuar escritura pública do acordo alcançado pelo procedimento de mediação. Na mediação judicial, indica o anexo 4 do mesmo artigo 25 que o acordo alcançado em uma mediação desenvolvida depois do início de um processo judicial pode ser homologado em juízo, conforme artigo 415.2 LEC, ou seja, o acordo homologado judicialmente surtirá os

²⁰³ DUPLÁ MARÍN, Maria Teresa (Coord). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España*. cit. p. 441.

²⁰⁴ COBAS COBIELLA, María Elena. Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación cit., p. 38-39.

²⁰⁵ MONTERO AROCA, Juan. Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.). *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 60.

seus efeitos atribuídos pela lei à transação judicial e poderá ser levado a efeito pelos trâmites previstos para a execução de sentenças e convênios judicialmente aprovados.²⁰⁶

Nesse sentido, Nuria Beloso Martín²⁰⁷ afirma que, apesar de a sociedade espanhola ter, dia a dia, incorporado a transação, isso não é reflexo da formação dos estudantes universitários espanhóis no que diz respeito aos mecanismos extrajudiciais de conflitos, que apenas encontraram eco nos planos de estudos das faculdades de direito. No seu entendimento, a formação em mediação permitiria incluir novas formas de gerenciar conflitos que não sejam precipuamente processuais. Salaria que os cursos de especialização e mestrado têm suprido essa carência, uma vez que a legislação sobre o tema da mediação está cada vez mais abundante.

A mediação e sua relação com os operadores do direito, principalmente com o advogado, tem sido objeto de muitas discussões, visto que até pouco tempo os advogados viam a mediação com certa reserva. A publicação de diversas leis tem impulsionado a formação de mediadores familiares que acabam captando a clientela de advogados, o que resulta na acusação de que os mediadores são intrusos profissionais. Por outro lado, os advogados alegam que desenvolvem a mediação há anos e que sempre utilizaram a negociação entre as partes em numerosas ocasiões, culminando o litígio em acordo. No entanto, isso não deve ser confundido com o procedimento da mediação, na qual, em seu desenvolvimento, o advogado também pode assistir o seu cliente, ainda que não seja diretamente, nas sessões de mediação, inclusive o mediador pode aconselhar as partes a solicitar a colaboração do advogado para resolver as dúvidas jurídicas.²⁰⁸

Em matéria do comércio transfronteiriço entre a Espanha e outros países, discorre José Ignacio Paredes Perez²⁰⁹ que o direito de acesso à justiça se consagrou no artigo 6.º do

²⁰⁶ SANCHIS CRESPO, Carolina. La mediación como alternativa en la gestión de conflictividad de las comunidades de vecinos. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.) *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 97-135. p. 130-131. Vide também: PARDO IRANZO, Virginia. La finalización del procedimiento de mediación y la realización forzosa del acuerdo: principales cuestiones controvertidas. In: _____ (Dir.) *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 137-150. p. 138-140.

²⁰⁷ BELLOSO MARTÍN, Nuria. Un reto para la mediación. El diseño para su Código deontológico. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; ANDRADE, Juliana Loss de. *Contemporary tendencies in mediation*. Madrid: Editoria Dykinson, 2015. p. 31-32.

²⁰⁸ BELLOSO MARTÍN, Nuria. Un reto para la mediación. El diseño para su Código deontológico cit., p. 60.

²⁰⁹ PAREDES PÉREZ, José Ignacio. La mediación en el consumo transfronterizo. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 292.

Tratado da Comunidade Europeia (TCE), que se refere aos direitos, liberdades e princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais. A proteção judicial efetiva tornou-se um princípio estrutural que encontra uma concretização positiva expressa no artigo 81, inciso “e”, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e encontra-se implícita nas diversas medidas de cooperação judiciária em matéria civil que são necessárias para o funcionamento do mercado interior. Entre essas medidas adotadas no quadro de acesso dos cidadãos aos tribunais têm-se o reconhecimento mútuo entre os Estados-Membros, as decisões judiciais e extrajudiciais, sua execução, notificação e transferência de documentos transfronteiras judicial e extrajudicial, a compatibilidade das regras aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de conflitos de jurisdição, cooperação em obtenção de provas e eliminação de obstáculos ao bom funcionamento dos procedimentos civis. De outro lado, estão as medidas que garantem o desenvolvimento de métodos alternativos de resolução de conflitos.

As alternativas extrajudiciais para a resolução de conflitos civis e comerciais começaram definitivamente no campo comunitário graças à integração – mediante o Tratado de Amsterdã – do antigo pilar da cooperação judiciária civil no Título IV do TCE, fixando o objetivo de manter e desenvolver um espaço de liberdade, segurança e justiça, em que se garantisse a liberdade de movimento de pessoas. O marco inicial e ativação do programa destinado a melhorar o acesso dos consumidores à justiça ocorreu em 16 de novembro de 1993, com a apresentação do Livro Verde, em que se analisa a situação do acesso à justiça dos consumidores que se enfrentam em litígios transfronteiriços.²¹⁰

Os mecanismos de resolução de conflitos não são a solução de todos os problemas do sistema jurisdicional espanhol, mas podem contribuir para a sua melhoria, e, de acordo com Ixusco Ordeñana Gezuraga,²¹¹ há duas grandes correntes doutrinárias no país: uma que menospreza as técnicas extrajurisdicionais em razão de seus defensores entenderem que para a melhoria do sistema jurisdicional devem-se ter mais recursos e obviamente adequadas reformas legislativas, e a outra que entende que a melhoria reside no fortalecimento da solução extrajudicial dos conflitos e a entrelaça adequadamente com a

²¹⁰ PAREDES PÉREZ, José Ignacio. La mediación en el consumo transfronterizo cit., p. 293.

²¹¹ ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco. La mediación concursal empresarial encuanto paradigma de las posibilidades de los mecanismos ADR. Estudio crítico de su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español. In: _____; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 261-263.

atuação judicial. Essa dialética alcança a sua máxima potência em um momento que a Espanha atravessa uma grande crise econômica e, em razão disso, para entender o futuro da mediação, tem-se que olhar para o movimento americano *Alternative Dispute Resolution*, apelando ao realismo jurídico de que o direito deve estar a serviço da sociedade, e não o inverso, com efeitos emblemáticos da jurisdição de caráter adversarial e combativo, profundamente coativo que prioriza a leitura impositiva das relações jurídicas, sua manutenção, custo elevado, excessivo tecnicismo e dilação, razão pela qual se proclama a necessidade de diversificar os mecanismos de resolução de controvérsias, apresentando aos cidadãos um elenco de técnicas ou procedimentos privados, baseados na autonomia da vontade das partes conflitantes, de forma mais flexível, convertendo estas em protagonistas da solução, com a ajuda de um terceiro, solvendo de modo produtivo e criativo as discrepâncias existentes entre elas.

Essa constatação demonstra que a Espanha tenta utilizar as ADRs e em especial a mediação seguindo as Diretivas da União Europeia, tomando como base o movimento americano, ou seja, evidencia que o instituto da mediação é uma interpretação de um modelo e conseqüentemente uma adaptação aos seus problemas, visto que não tem a vivência oriunda da prática e, em razão da crise econômica e judiciária, busca meios mais rápidos e mais econômicos para atender aos anseios dos cidadãos que clamam por uma justiça mais ágil e com menor custo.

2.3.3 A mediação portuguesa

Portugal, para efetuar a transposição da Diretiva n.º 52/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, promulgou a Lei n.º 29, de 19 de abril de 2013, que estabelece os princípios gerais aplicáveis à mediação do país, bem como os regimes jurídicos da mediação civil e comercial, dos mediadores e da mediação pública, definindo a mediação e mediador de forma semelhante, mas não idêntica à Diretiva.²¹²

²¹² Mediação: “a forma de resolução alternativa de litígios, realizada por entidades públicas ou privadas, através da qual duas ou mais partes em litígio procuram voluntariamente alcançar um acordo com assistência de um mediador de conflitos”.

Para regulamentar a Lei n.º 29/2013 foi editada a Portaria n.º 344/2013, que atribui à Direção-Geral da Política de Justiça (DGPJ) a competência para organizar a lista de mediadores de conflitos, bem como os requisitos de inscrição, a forma de acesso e divulgação dela, Portaria n.º 245/2013 e Portaria 344/2013, que confere também à DGPJ a competência para certificar as entidades formadoras de cursos de mediação de conflitos.

A intenção do legislador português foi ter um único documento legal abarcando os vários aspectos da mediação de conflitos, alguns já regulamentados por diplomas esparsos. A Lei n.º 29/2013 dispensou um tratamento autónomo e sistemático à mediação, concretizando o método dentro do quadro normativo do ordenamento jurídico, regulamentando não somente a mediação pública, como também a mediação privada.²¹³

O conceito de mediação em Portugal, previsto no n.º 1 do artigo 35 da LJP, é menos amplo que o conceito dado pela Diretiva n.º 52/2008 do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, pois estabelece tratar-se de:

[...] uma modalidade extrajudicial de resolução de litígios, de carácter privado, informal, confidencial, voluntário e natureza não contenciosa, em que as partes, com a sua participação ativa e direta, são auxiliadas por um mediador a encontrar, por si próprias, uma solução negociada e amigável para o conflito que as opõe.

O princípio fundamental da mediação portuguesa é o *empowerment*,²¹⁴ traduzido no “pleno poder das partes” englobando a sua participação ativa e direta e a voluntariedade, em que a solução da controvérsia deve ser encontrada pelas partes e não induzida pelo mediador, ou seja, as partes deverão ter a liberdade na sua participação e no acordo a ser obtido. Outros princípios como a confidencialidade, a informalidade, celeridade, flexibilidade também são norteadores da mediação portuguesa.

Há dois modelos em discussão: um com interferência mais ativa do mediador – *evaluative mediation* (mediação interventiva) – e outro com menor intervenção –

Mediador de conflitos: “um terceiro, imparcial e independente, desprovido de poderes de imposição aos mediados, que os auxilia na tentativa de construção de um acordo final sobre o objeto do litígio”.

²¹³ CEBOLA, Cátia Marques. Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, n. 11; n. 2, p. 53-65. dez. 2015. p. 57. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5379218.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017.

²¹⁴ Nesse sentido: “A Directiva apenas impõe que o acordo seja alcançado voluntariamente pelas partes, o que é totalmente compatível com este modelo de mediação, uma vez que o *empowerment* não é restringido em nenhum momento do processo” (CARVALHO, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal. *Julgar*, n. 15, 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017).

facilitative mediation (mediação facilitadora). Também é relevante a distinção entre a mediação pública e a mediação privada. A primeira é total ou parcialmente regulada e financiada pelo Estado, encontrando-se prevista em áreas específicas, considerando-se tratar-se de um meio de resolução de litígios potencialmente mais adequado e eficaz, em razão da proximidade entre as partes. A mediação pública contempla: a mediação laboral regulada pela Portaria n.º 282/2010; a mediação penal cujo regime foi criado pela Lei n.º 21/2007; a mediação familiar regulada pelo Despacho n.º 18.778/2007 do Gabinete do Secretário do Estado da Justiça; e, também, a mediação realizada pelos julgados de paz, que são tribunais previstos na Constituição da República portuguesa, com regras processuais e de organização próprias que também estão imbuídos do espírito dos meios de resolução alternativa de litígios.²¹⁵

O modelo de mediação ensinado nos cursos de formação de mediadores em Portugal é o da mediação facilitadora, razão pela qual este é o adotado nos sistemas de mediação pública. O modelo interventivo aplicado na resolução de litígios de consumo, em que o mediador assume um papel mais incisivo, é tido como conciliação, e não de mediação.²¹⁶

O acordo obtido na mediação particular poderá ser homologado por juiz de paz²¹⁷ ou judicial, o que vai lhe conferir poder de sentença.²¹⁸ O artigo 14.º da Lei n.º 29/2013 regula os requisitos da homologação judicial do acordo de mediação, seja por imposição legal, caso de acordo celebrado em processo judicial remetido para a mediação nos termos do artigo 273.º, n.º 5, do Código de Processo Civil, ou quando o acordo for realizado em mediação pré-judicial, requerida a sua homologação conjuntamente pelas partes.

A homologação judicial tem por finalidade a verificação do tipo de litígio (para saber se ele pode ser objeto de mediação), a capacidade das partes para a sua celebração,

²¹⁵ GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord.). *O sistema judiciário: justiça econômica em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. v. 1, p. 153-172, passim.

²¹⁶ CARVALHO, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal cit.

²¹⁷ O juiz de paz em Portugal é recrutado por concurso público devendo preencher os seguintes requisitos: ter nacionalidade portuguesa; possuir licenciatura em Direito; idade superior a 30 anos; estar em pleno gozo dos direitos civis e políticos; não ter sofrido condenação nem estar pronunciado por crime doloso e deve comprometer-se a cessar, antes de assumir suas funções como juiz de paz, a prática de qualquer outra atividade pública ou privada, conforme prescreve o artigo 23.º da Lei n.º 78, de 13 de julho de 2001. Sua competência está regulada pelo artigo 9.º da mesma Lei, alterada pela Lei n.º 54, de 31 de julho de 2013.

²¹⁸ MACIEIRA, Jorge. *Balanço sobre o novo processo civil. Mediação de conflitos*. Lisboa, 2016. Disponível em: <www.macieira-law.pt/downloads/novoCPC_mediacao.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

bem como se houve respeito aos princípios gerais do direito, à boa-fé, se não houve violação da ordem pública ou abuso do direito.²¹⁹

A mediação portuguesa não é obrigatória, mas pode ser induzida, visto que o Código de Processo Civil, ao regulamentar o pagamento das custas pela parte vencida, menciona no n.º 4 do artigo 447.º-D²²⁰ que, quando a parte que teve a possibilidade de participar de estruturas de resolução alternativa de litígios não o fez por optar por recorrer, suportará as custas do processo, independentemente do resultado da ação. Esse dispositivo por um método indutivo conduz a parte a pensar sobre a sua participação no procedimento da mediação.

Apesar de serem aceitáveis do ponto de vista constitucional, essa solução de mediação induzida pode desvirtuar a essência do processo de mediação, em razão de as partes se sentirem obrigadas a participar.²²¹ Nesse sentido, há uma colisão com o princípio da voluntariedade, em que as partes deveriam estar isentas de qualquer interferência externa.

Como afirma Catia Marques Cebola,²²² a mediação é um meio de solução de conflitos baseado no diálogo entre as partes e objetiva a obtenção de um acordo que ponha fim à disputa. Assim, pode-se afirmar que a voluntariedade é uma condição *sine qua non* da mediação, na medida em que a ausência desse princípio tornaria inviável *ab initio* qualquer discussão à volta do conflito existente. Ninguém pode ser obrigado a argumentar ou expor pontos de vista contra a sua vontade, o que significa que a obrigatoriedade do procedimento de mediação poderia dar lugar ao silêncio das partes, inviabilizando qualquer discussão, bem como qualquer opção de resolução do conflito de forma dialogada e de mútuo acordo.

O princípio da voluntariedade afeta todo o procedimento de mediação, na medida em que não somente está presente na decisão de submeter o conflito por esse método, mas

²¹⁹ MAGALHÃES, Luisa Maria Alves Machado. *Mediação*. Alguns aspectos no contexto da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. A mediabilidade dos litígios e a transacção. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto, p. 126.

²²⁰ “Artigo 447.º-D – Custas de parte. 4. O autor que podendo recorrer a estruturas de resolução alternativa de litígios, opte pelo recurso ao processo judicial, suporta as suas custas de parte independentemente do resultado da acção, salvo quando a parte contrária tenha inviabilizado a utilização desse meio de resolução alternativa do litígio.”

²²¹ GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord.). *O sistema judiciário: justiça económica em Portugal* cit., p. 160.

²²² CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 229-230.

também no momento em que qualquer das partes pode renunciar em qualquer de suas fases e etapas, sem que a outra parte possa se opor e sem ter que se justificar.²²³

Diferente é o caso em que exista a obrigatoriedade contratual de as partes recorrerem previamente à mediação, antes de submeterem o litígio ao Judiciário ou à arbitragem, pois, nessa hipótese, o princípio da autonomia da vontade está sendo aplicado, uma vez que as partes acordaram voluntariamente em introduzir a cláusula da mediação, ou seja, deram o seu consentimento prévio à sua inserção no contrato. Aqui, ainda, deve-se considerar que no âmbito dos contratos de adesão, ou em condições gerais, ditas cláusulas teriam que respeitar a legislação aplicável a essa matéria, principalmente porque o princípio da autonomia da vontade das partes sofre limitações nas diversas formas de contratação.²²⁴

Catia Marques Cebola²²⁵ critica a tendência de ordenamentos jurídicos que restringem a exigência de voluntariedade somente à obtenção do acordo, consagrando sistemas obrigatórios de mediação àqueles cujas partes são forçadas a submeter-se ao procedimento de mediação, com caráter prévio a seu acesso aos tribunais ou à arbitragem.

O cenário português atual é da opção voluntária pela mediação, mas há indícios de mudança. No que diz respeito à perspectiva ambivalente da complexa questão da desjudicialização/judicialização e informalização da justiça, que está sendo paulatinamente reformulada, a tendência poderá ser da imposição da mediação no futuro.²²⁶

Na sequência, faremos uma análise das formas de resolução de conflitos: judicial e extrajudicial, ou seja, dos Meios Alternativos de Solução de Conflitos (MACS).

²²³ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 230.

²²⁴ Id. Ibid., p. 233.

²²⁵ Id. Ibid., p. 233.

²²⁶ MAGALHÃES, Luísa. A evolução do regime jurídico da mediação em Portugal: os antecedentes normativos de maior relevo até a Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Porto, n. 9, p. 171, 2017.

3 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL (MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS – MASCS)

Para que possamos falar de tratamento adequado de conflitos e de pacificação social, primeiramente devemos entender o que é conflito e para isso precisamos adentrar no campo da interdisciplinaridade, buscando no campo da sociologia e da filosofia o seu significado. O conflito existe em toda sociedade, oriundo da convivência do homem com os seus pares. Existem várias teorias sobre conflito.

O conflito pode ser visto como uma construção social, uma criação humana que não necessariamente leva à violência, pois primeiramente o exame do conflito se apresenta como um choque de interesses e valores, em que a conduta do indivíduo é afetada.²²⁷ Conflito é a situação relacional entre duas ou mais pessoas, cujos objetivos são total ou parcialmente incompatíveis com os do outro.

Alfredo Di Iorio destaca a confusão existente entre os termos conflito e controvérsia, usados indistintamente como se fossem sinônimos, mas adverte que se trata de conceitos distintos. Conflito transmite a ideia de choque de interesses em uma determinada situação, enquanto controvérsia é a discussão em si desse choque de interesses, e acrescenta que aí pode existir a atuação jurisdicional, embora não haja controvérsia (discussão), que se dá de maneira normal, mas não ocorre o mesmo se o conflito não existe,²²⁸ ou seja, pode existir a atuação jurisdicional quando há o conflito, mesmo que não haja controvérsia, mas não acontece o mesmo se inexistir o conflito.

Alexandre Araújo Costa²²⁹ distingue conflito de disputa, sendo esta uma faceta daquele, e exemplifica afirmando que, quando um juiz determina com quem ficará a guarda de uma criança, estará pondo fim a uma determinada disputa, mas não estará

²²⁷ FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012. p. 11.

²²⁸ DI IORIO, Alfredo. *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal: propuesta de un derecho jurisdiccional*. Buenos Aires: Depalma, 1994. p. 20.

²²⁹ COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3, p. 163-164.

resolvendo a relação conflituosa, o que muitas vezes cria novas dificuldades para os pais e para os filhos. Mas o que fazer quando o conflito resulta de uma percepção diferente do mundo? Quando um marido repete padrões patriarcais e a mulher embora o ame tenta conquistar a sua liberdade e autonomia? Ou quando alguém deseja aquilo que não é quantificável, como a atenção, o carinho ou um pedido de desculpas? Ou aquilo que nenhum acordo será capaz de criar, tais como o respeito, afeto, zelo ou qualquer coisa que envolva um sentimento sincero? Nessas situações, os modelos de disputas falham justamente porque há conflito sem que exista disputa. Aqui o que está em jogo são desejos inconciliáveis por serem divergentes, e não por convergirem em relação a um bem disputado.

No tocante a conflito e litígio, o que leva ao processo não é o conflito, e sim a afirmação da existência deste. O nascimento do conflito no plano processual consiste na existência de uma pretensão e uma resistência dele no plano da realidade social, ao que se denomina conflito intersubjetivo de interesses.²³⁰ Esses conflitos podem surgir entre pessoas de um mesmo grupo, entre diferentes grupos de pessoas, ou seja, interculturais,²³¹ ou na sobrecultura,²³² quando o conflito surge no ajuste social de um indivíduo com o seu próprio grupo ou com outro grupo.

Ademais, também se deve levar em consideração como os indivíduos têm uma aversão à perda, as partes em disputa sempre demonstram relutância em negociar concessões, mesmo quando uma análise não passional dos interesses e valores expressos na contenda sugere uma negociação que seria reciprocamente vantajosa para todos.²³³

Em todo sistema social constituído há uma distribuição de poder, assim como de riquezas e posições de *status*, entre os indivíduos e os subgrupos que o compõem. Nunca haverá uma completa concordância entre os indivíduos e os grupos de indivíduos dentro de um sistema sobre o que consideram ser direito justo e o sistema de distribuição. Quando

²³⁰ FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación* cit., p. 14.

²³¹ Sobre interculturalidade, vide: ESPINA BARRIO, Ángel B. Culturas locais iberoamericanas, comunicación e interculturalidad. In: _____ (Coord.). *Conocimiento local, comunicación e interculturalidad*. Recife: Massangana, 2006. p. 14.

²³² O conceito de sobrecultura é dado por MARTINS, Daniel Valério. *Intraculturalidade nas comunidades indígenas da região metropolitana de Fortaleza-CE Brasil: caminho para o desenvolvimento e sobreculturalidade*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016. p. 255-263. (Colección Victor 396.)

²³³ MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. Introdução. In: ARROW, Kenneth et al. (Coord.). *Barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 42.

diversos grupos e indivíduos frustrados se esforçam por aumentar sua parte de gratificação, sobrevém o conflito. Em consequência, suas demandas encontram a resistência daqueles que estabeleceram o interesse criado em uma forma de distribuição de honra, riqueza e poder.²³⁴

Para uma melhor clareza da definição de conflito, passaremos à verificação das suas principais espécies.

3.1 Tipologia do conflito e sua compreensão

Em toda sociedade que tenha alcançado um grau mínimo de organização, para que a paz seja assegurada é necessário resolver os conflitos que se apresentam. O Estado se reservou o uso da força e a possibilidade de resolvê-los por meio da jurisdição, mas esse modelo não foi nem é o único existente para chegar a uma solução da disputa. Sempre existiram a mediação, a conciliação, o terceiro neutral, sistemas como a arbitragem.²³⁵

O conflito de interesses consiste em sua incompatibilidade, no sentido da satisfação da necessidade que corresponde a um dos interesses, excluir ou limitar a satisfação do outro. Quando o conflito é intersubjetivo, ou seja, entre pessoas distintas, essa incompatibilidade constitui um perigo, mas não necessariamente um dano para a paz, como ocorre quando uma das partes tolera a sua insatisfação ou quando elas firmam um acordo. No entanto, o perigo transforma-se em dano quando os interessados passam a ser litigantes, ou seja, quando cada qual passa a exigir que o outro satisfaça os seus próprios interesses.²³⁶

²³⁴ COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoria del conflicto social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1970. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Dropbox/ARTIGOS%20-%20MEDIA%C3%87%C3%83O/Nuevos-aportes-a-la-teor%C3%ADa-del-conflicto-social%20-%20L%20Coser.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2017.

²³⁵ FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación cit.*, p. 16.

²³⁶ Id. *Ibid.*, p. 17.

Entende Ángel Baldomero Espina Barrio²³⁷ que a existência de um conflito não é um mal em si, pois uma sociedade sem nenhum tipo de tensão seguramente seria uma sociedade sem vitalidade, morta, ou pouco democrática. O conflito é a expressão de opiniões e interesses contrapostos; o problema está na maneira de solucionar tais diferenças e se estas se canalizam adequadamente ou se radicalizam, podendo chegar, inclusive, a enfrentamentos violentos que impedem a convivência. A única forma de evitar os efeitos indesejados dos conflitos é a negociação, o diálogo e a cooperação, e, citando Lévi-Strauss, ele destaca que desde a remota antiguidade, quando dois povos ou duas pessoas têm que conviver, ou seja, têm que permanecer juntas em um lugar por muito tempo, há duas alternativas: enfrentar-se ou iniciar uma cooperação mútua. Na atualidade, os povos e culturas do planeta vivem muito juntos em razão da globalização, do desenvolvimento dos meios de comunicação e dos transportes, inexistindo a pretensão do isolamento, de viver à margem das demais pessoas ou povos, e é por essa razão que afloram os conflitos.

Pode-se entender conflito como um choque de ideias, situações ou pessoas que se enfrentam em oposição para tratar de romper a resistência do outro, ou seja, o conflito consiste na desavença de vontades, uma vez que uma das partes busca dominar a outra mediante a imposição de uma solução, geralmente com relação a um direito.²³⁸

Para Lewis Coser,²³⁹ nem todos os sistemas sociais contêm o mesmo grau de conflito e tensão. Em cada sistema particular variam as fontes e a incidência da conduta conflitiva de acordo com o tipo de estrutura e, segundo as pautas de mobilidade social, de aquisição de *status* e de distribuição do poder e escassez de riquezas, como também o grau em que os atores aceitam, dentro de diferentes sistemas, a distribuição de poder, recursos e *status*. Entretanto, se há um excesso de demandas sobre as oportunidades de adequada gratificação, dentro de alguma estrutura social, surgem a tensão e o conflito.

A distinção entre as mudanças de sistemas e mudança dentro dos sistemas é, naturalmente, relativa. Há sempre algum tipo de continuidade entre um sistema social

²³⁷ ESPINA BARRIO, Ángel Baldomero. *Conflicto y cooperación: antropología en Castilla y León e Iberoamérica*, VIII. Salamanca: Diputación de Salamanca, 2005. p. 17-18.

²³⁸ LUNELLI, Carlos Alberto; CASTILLO, Armando Meraz. Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: una opción para las cuestiones ambientales. *Opinión Jurídica*, Medellín: Universidad de Medellín, v. 13, n. 26, p. 17-32. jul.-dic. 2014. p. 20.

²³⁹ COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social* cit.

passado com o presente e com o futuro, pois as sociedades não sucumbem da mesma forma que os organismos biológicos, uma vez que é difícil estabelecer o momento preciso do nascimento e da morte de uma sociedade. O que se pode observar é uma mudança na organização das relações sociais, mas pode-se considerar essa mudança como um restabelecimento do equilíbrio em alguns casos e em outros a formação de um novo sistema.²⁴⁰

Para a compreensão do conflito necessário, faz-se uma classificação em que se identificará a sua tipologia, e para expô-la utilizaremos exemplos citados por Enrique M. Falcón. Os conflitos podem ser negociáveis ou “não negociáveis”. Em um conflito interpessoal, dependendo da situação, do estado social, do momento histórico, dos costumes etc., pode não ser negociável quando há valores ou princípios sobre os quais se considera que não são passíveis de transação, , por exemplo, quando há graves violações dos direitos humanos. Quando o conflito for negociável, analisar-se-á se ele deve ser resolvido por meio de uma negociação adversarial ou não adversarial, cujos termos são utilizados para distinguir a negociação ou a mediação. Entre os adversariais encontramos a negociação empresarial, na qual se disputa cada elemento daquilo que é negociável, com critérios de poder, tempo e informação. Para isso, na visão de Enrique M. Falcón, utilizam-se os conceitos da arte e da guerra e a teoria dos jogos, entre outros. Ainda há as negociações em que se consegue chegar a um acordo comum e produtivo em razão das questões que permitem separar os interesses reais das partes, em que cada qual tem um interesse parcial sobre o objeto da disputa e não interessa o restante. A título de exemplo, na divisão de uma laranja, uma parte se interessa pelo suco e a outra pela casca; nesse caso poderá ocorrer um acordo que seja favorável a ambas as partes. Também podemos mencionar os conflitos jurisdicionais, parajurisdicionais e os mistos, quando as partes buscam uma solução por meio de um terceiro que vai decidir ou auxiliá-los a chegar a um consenso.²⁴¹

Antonio Rodrigues de Freitas Jr.,²⁴² ao conceituar conflito, leva em consideração somente aqueles que se projetam nas relações intersubjetivas, individuais ou institucionais,

²⁴⁰ COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoria del conflicto social* cit.

²⁴¹ FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación* cit., passim.

²⁴² FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 517-518.

que sejam portadores de valores distintos de justiça, chamando-os de conflitos de justiça, em que estão presentes, concomitantemente: a) um problema incidente sobre bens tidos por escassos ou encargos tidos como necessários, sejam de natureza material ou imaterial (plano objetivo); b) consciente ou inconsciente, intencional ou não, perceptível na conduta entre dois indivíduos (plano comportamental); e c) sujeitos portadores de percepções diferentes sobre como tratar o problema, como função de valores de justiça (plano motivacional).

O enfoque analítico dos meios que conduzem ao término dos conflitos tem um valor estratégico tendo em vista que o modo de terminar a contenda explica o seu tipo distintivo. Quando os oponentes compartilham atitudes comuns no que se refere à determinação do resultado do conflito, também dividem certo grau de entendimento com relação à conduta de cada um, sendo necessário um acordo sobre as regras e normas comuns que lhes permita avaliar sua respectiva força e seu desejo de ação. Caso não encontrem alguma forma de terminar a contenda antes de um ou ambos estarem totalmente aniquilados, isso explica a falta do elemento discursivo compartilhado, e que vivem em mundos morais e distintos por inteiro.²⁴³ Aqui encontramos o ponto crucial em que se deve analisar qual é o meio para tratar adequadamente e solucionar o conflito.

Para examinar as possíveis soluções de um conflito temos que compreender os fatores que o criaram. Um conflito origina-se com base em interesses sobre bens e condutas em que as partes intervenientes pretendem coisas diversas, que podem ser reais, muitas vezes fundadas em uma má comunicação, como também podem se pautar por estereótipos, imagens ou ideias aceitas normalmente por um grupo ou sociedade com caráter imutável, o que em numerosos casos esconde inveja, discriminação ou ignorância. Também pode ocultar a desinformação, a percepção equivocada do propósito, o processo, a diferença de valores e a falta de clareza a respeito de verdadeiros interesses; essa ignorância dá origem e alimenta o conflito.²⁴⁴

Todo conflito ocasiona um desconforto e os indivíduos enveredam por vários caminhos, nem sempre os mais adequados, em busca de aliviá-lo. Dependendo da natureza do conflito e de outros fatores como a urgência, experiências anteriores, expectativas

²⁴³ COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoria del conflicto social* cit.

²⁴⁴ FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación* cit., p. 20.

quanto ao sucesso ou consequências, a solução poderá ser ou não satisfatória e o conflito poderá ou não reaparecer no futuro, eventualmente de outra forma, e as partes poderão se envolver em um novo conflito decorrente do anterior, por terem ficado latentes cicatrizes emocionais ocultando danos profundos.²⁴⁵

A mediação está diretamente relacionada ao conflito como objeto, e há também outros termos, como controvérsias, disputas, litígio, lide etc. A normatização da mediação (Lei n.º 13.140/2015) alterna a utilização de dois desses termos ao se referir à mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a composição de conflitos no âmbito da administração pública. Com a Lei de Mediação e o novo Código de Processo Civil, o termo conflito passou a ser usado frequentemente e não limitado aos meios consensuais, denotando uma evolução do objeto do processo civil, anteriormente adstrito a termos como lide e litígio. Os textos norte-americanos distinguem conflitos e disputas ao transitarem na seara dos meios alternativos ou adequados de resolução de conflitos.²⁴⁶

Após analisarmos o conflito e sua tipologia, passaremos ao exame das formas de resolução, iniciando pelo processo judicial, para na sequência adentrarmos no procedimento extrajudicial de solução das controvérsias.

3.2 Processo judicial

A racionalidade do homem é realizada pela vida em sociedade e esse *modus vivendi* exige dos cidadãos a submissão a normas de conduta, sem as quais o organismo coletivo não subsiste. Para regular o convívio social são criadas regras jurídicas, morais, religiosas, de etiqueta, de bons costumes que incidem sobre a conduta humana. No entanto, simples normas não são suficientes para assegurar a estabilidade comunitária, daí a necessidade de certas regras de caráter obrigatório e indiscutível, impostas pelo grupo

²⁴⁵ FIORELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004. p. 46.

²⁴⁶ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 68.

social organizado, o Estado, vinculando os seus componentes e até mesmo o próprio grupo como pessoa moral. São as chamadas normas jurídicas, constantes de leis, costumes, doutrina, jurisprudência e princípios gerais do direito, que em conjunto formam a estrutura normativa do grupo social organizado, que se traduz no conceito de direito. Essas normas são relevantes à tutela do indivíduo e do organismo social e caracterizam-se por sua imposição coativa, manifestando-se através da sanção, de tal sorte que, desobedecido o preceito normativo, o Estado está sempre pronto a interferir, por meio de seus órgãos, para restabelecer a ordem jurídica violada, atribuindo a cada indivíduo o que é seu, haja ou não a concordância do cidadão responsável pela violação da norma.²⁴⁷

O processo judicial nasce com a distribuição da petição inicial, que dá início ao exercício da função jurisdicional visando a atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar determinada situação. A formulação da norma jurídica concreta, que é o primeiro aspecto dessa atividade jurisdicional, corresponde ao processo de conhecimento, e o segundo aspecto equivale ao processo de execução. A sentença de mérito é o ato em que a norma jurídica concreta é exteriorizada, a qual há de disciplinar a situação submetida ao órgão jurisdicional. Quando a sentença de mérito transita em julgado, ou seja, quando já não se pode interpor recurso, torna-se imutável a norma jurídica concreta nela contida. O processo de conhecimento chega ao seu fim normal, com a formação da coisa julgada.²⁴⁸

O processo judicial de solução de conflitos está inserido num universo mais amplo das relações entre o Estado e o cidadão, subordinando-se aos princípios da legalidade, moralidade, publicidade e eficiência, consoante o disposto no artigo 37 da Constituição Federal brasileira, referidos como inerentes “a qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”. O conteúdo da tutela jurisdicional efetiva como direito fundamental foi revelado no desenvolvimento jurisprudencial dos tribunais constitucionais e das instâncias supranacionais de Direitos Humanos, como a Corte Europeia e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, que enumerou uma série de regras mínimas a que se convencionou denominar *garantias fundamentais do processo*, acolhidas por todos os países que instituíram os direitos fundamentais como um dos pilares do Estado Democrático de Direito. Esse processo humanizado e garantístico foi acolhido na Carta Magna brasileira, principalmente nos incisos XXXV, LIV e LV do artigo 5.º, que

²⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2000. p. 31-32.

²⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. p. 3-4.

consagram as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.²⁴⁹

O novo Código de Processo Civil é silente quanto ao procedimento de mediação judicial, cujas regras são ditadas pela Lei n.º 13.140/2015, especificamente nos artigos 24 a 29. Exige a lei que na mediação judicial o mediador seja pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) ou pelos tribunais, observados os requisitos estabelecidos pelo CNJ com o Ministério de Justiça.

Inexistindo impedimento ou suspeição, na mediação judicial, os mediadores não estão sujeitos à prévia aceitação das partes. Estas deverão estar assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas na Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, relativa aos Juizados de Pequenas Causas, cujo artigo 9.º prevê que nas causas de valor até vinte salários mínimos as partes poderão ser assistidas por advogado, ou seja, a obrigatoriedade do acompanhamento por advogado é para causas acima desse valor, e na Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, relativa à instituição de Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, cujo artigo 10 prescreve que as partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogados ou não. Caso as partes comprovem insuficiência de recursos, será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até 60 dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.²⁵⁰ Ocorrendo acordo, os autos serão encaminhados ao juiz que, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e determinará o arquivamento do processo. Haverá isenção de custas caso o conflito seja solucionado pela mediação antes da citação do réu.

²⁴⁹ GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual cit., p. 3-4. Vide também: GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁵⁰ Artigo 28 da Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015.

Ao analisar o processo civil inglês, Antonio Carlos Marcato²⁵¹ salienta que, para substituir o excesso de atividade forense, foi implantada uma nova filosofia processual, segundo a qual a principal função dos juízos e tribunais era a de “fazer justiça com exame do mérito”, a qual priorizava a obtenção de uma decisão justa em detrimento de considerações sobre justiça tempestiva e custos razoáveis, tornando-se necessária a sua reformulação para estabelecer o equilíbrio entre as dimensões da justiça, do custo e da duração do processo, ou seja, dando atenção à “filosofia da justiça distributiva”. A responsabilidade do Poder Judiciário vai além de fazer justiça em causas individuais, sendo responsável também pela administração da justiça civil como um todo, pelos recursos do sistema e por sua distribuição imparcial e justa. Aliás, no sistema inglês, as demandas devem ser evitadas sempre que possível, de maneira que os indivíduos são estimulados a se valer das vias judiciais apenas em situações extremas, mediante a utilização de outros meios de solução de conflitos (ADR), e, nessa conformidade, as partes deverão fazer propostas de acordo, relacionadas à íntegra ou parte da pretensão, antes de dar início ao litígio judicial, e, no caso de instauração deste, será levado em consideração a eventual recusa imotivada de qualquer das partes à tentativa de utilização desses meios alternativos.

Marcato ainda discorre que os propósitos da *pre-action* destinam-se a aumentar os benefícios da realização de acordos em face precoce, chamando a atenção dos litigantes para as vantagens da resolução do conflito sem a instauração de um processo judicial; permitir às partes a obtenção de informações sobre a razoabilidade das exigências de aceitação de um acordo apropriado; ou, ainda, apresentar uma oferta adequada de acordo, de tal forma que haja consequências pecuniárias no caso da necessidade de instauração de um processo judicial, e, no caso de não haver acordo, estabelecer as bases de aceleração dos processos judiciais.

Na sequência, passaremos a analisar o procedimento extrajudicial de solução de conflitos.

3.3 Procedimento extrajudicial: âmbito do judiciário e câmaras privadas

Antes de adentrarmos no tema dos procedimentos extrajudiciais de solução consensual das controvérsias, faz-se necessário estabelecer as limitações no que se refere à

²⁵¹ MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 30-33.

indisponibilidade de determinados direitos e interesses, pois as disputas que envolvem indisponibilidade não estariam submetidas à autonomia de vontade das partes. Nesse sentido, Carlos Alberto de Salles²⁵² demonstra que em termos conceituais a utilização dicotômica – disponibilidade/indisponibilidade – possui caráter de mútua exclusão, e que, de modo geral, expressam situações jurídicas nas quais as partes podem ou não transferir, onerosa ou gratuitamente, inclusive renunciar, a espécie de direito da qual se trata. Salienta que é necessária uma análise da relação jurídica específica envolvida em determinada situação conflitiva, para saber se nela estão envolvidos bens que sejam efetivamente indisponíveis, e, ainda, se estão presentes problemas de titularidade, legitimidade ou afetação dos interesses envolvidos, de maneira a viabilizar ou não uma transação entre as partes. Assim, inexistindo a possibilidade de transação entre as partes, as soluções consensuais de controvérsias seriam inviáveis.

A Política Judiciária Nacional prevista na Resolução n.º 125/2010 tem como ápice de um tripé o CNJ com algumas atribuições em nível nacional, e, abaixo dele, em cada tribunal, os Nupemecs, os quais têm a responsabilidade de implementar a política pública em âmbito estadual, bem como a instalação e a fiscalização dos Cejuscs, que operam como células de seu funcionamento. Nos Cejuscs atuam como responsáveis os conciliadores, mediadores e demais genericamente considerados facilitadores de solução de conflitos, como também servidores do Judiciário, aos quais são atribuídas a triagem dos casos e a orientação dos jurisdicionados.²⁵³

Os Cejuscs são unidades do Poder Judiciário, às quais cabe a realização das sessões e audiências de conciliação e mediação, por meio de seus conciliadores e mediadores, no âmbito do território definido pela organização judiciária do Estado. Além disso, alguns tribunais contam com alguma estrutura, por exemplo, o Juizado Especial Cível, o Juizado Especial Federal ou Central de Conciliação. A criação dos Cejuscs teve como parâmetro o gerenciamento do processo e os Setores de Conciliação e Mediação do

²⁵² SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsia. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno (Coord.), *Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014. p. 209-227, p. 211 e 225.

²⁵³ Os Cejuscs tiveram a nomenclatura alterada pelo artigo 165 do novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015) e pela Lei da Mediação (Lei n.º 13.105/2015) para Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, porém mantiveram-se a sua estrutura e funcionamento, conforme previsto na Resolução n.º 125/2010 (LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc*: Centro Judiciário de Solução de Conflitos cit., p. 15-16).

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, bem como o Fórum de Múltiplas Portas ou Tribunal Multiportas (*Multidoor Courthouse*) do direito americano.²⁵⁴

Nas Comarcas em que houve a implantação inicial do projeto,²⁵⁵ e que seguiram o modelo proposto, tanto com relação à capacitação dos conciliadores e mediadores quanto no tocante ao método de trabalho da unidade judiciária, os dados estatísticos demonstram que os resultados foram mais significativos, com uma redução do número de processos distribuídos, em média de 34% e redução de 30 dias na pauta de audiências, ou seja, uma diminuição do tempo e duração do processo. Houve também a obtenção de um elevado índice de acordos, na fase pré-processual, sendo de 32% as conciliações realizadas na área cível, de 55,52% na área de família e 81,92% na fase pré-processual.²⁵⁶

Estabelece o parágrafo único do artigo 10 da Lei n.º 13.140/2015 (Lei da Mediação) que na mediação extrajudicial qualquer pessoa capaz, que tenha a confiança das partes e seja qualificada para fazer a mediação, poderá atuar como mediador, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação. Caso uma das partes esteja assistida por advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas.

A Lei de Mediação (artigo 21) ainda estabelece que na mediação extrajudicial o convite para iniciar o procedimento poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

²⁵⁴ LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc*: Centro Judiciário de Solução de Conflitos cit., p. 17-18. Segundo a autora: “Em meados de 2003, com o objetivo de divulgar os métodos consensuais de solução de conflitos e, acompanhando a conformação do Estado Democrático de Direito, que exige que o juiz não seja um mero repetidor da lei, mas um agente de transformação da sociedade na qual está inserido, conduzindo o processo de forma mais ativo; e, conseqüentemente visando mudar a mentalidade dos operadores do Direito, como um todo, não apenas dos juízes, no Estado de São Paulo, o Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais (Cebepej), a pedido do então Presidente do Tribunal de Justiça, Luiz Elias Tâmbara, elaborou um projeto, criando um modelo de gerenciamento do processo. E, após a implantação experimental desse projeto em duas Comarcas (Serra Negra, cuja titular era a autora, e Patrocínio Paulista, da qual é titular o Dr. Fernando da Fonseca Gajardoni) com a apresentação de dados estatísticos, houve a sua aprovação pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, através do provimento do Conselho Superior da Magistratura n.º 893/04, que estendeu a utilização da mediação e da conciliação previstas no ‘Projeto de Gerenciamento de Casos’ às demais unidades judiciárias do Estado de São Paulo, a fim de que conseguissem solucionar com mais eficácia social e temporal os feitos em trâmite, autorizando a implantação dos Setores de Conciliação e Mediação em todas as Comarcas do Estado” (Idem, p. 18-19).

²⁵⁵ Setores de Conciliação e mediação das Comarcas de Serra Negra, Patrocínio Paulista e pelo Cejusc de Jundiáí.

²⁵⁶ LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc*: Centro Judiciário de Solução de Conflitos cit., p. 22-23.

Se o convite não for respondido pela outra parte em até 30 dias da data do seu recebimento, será considerado rejeitado.

O artigo 22 da Lei de Mediação estipula os parâmetros da previsão contratual de mediação que deverá conter: prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; local da primeira reunião de mediação; critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

Inexistindo previsão contratual, deverão ser observados os parâmetros estipulados no § 2.º do artigo 22, ou seja: a) prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite; b) local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais; c) lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista; d) o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

O novo Código de Processo Civil, em seu artigo 175, não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica, compatibilizando com as diretrizes da Lei n.º 13.140/2015.

Nesse contexto de multiplicidade de meios de solução de conflitos, passaremos a identificar a arbitragem, a negociação, a justiça conciliativa e a mediação, com suas similaridades e diferenças.

3.3.1 Arbitragem: uma jurisdição privada

Entre os meios heterocompositivos temos o processo judicial e a arbitragem, em que a decisão é imposta e a pacificação das partes pode até chegar a ocorrer no plano jurídico e social, mas dificilmente existirá plenamente entre elas, haja vista que sempre haverá a insatisfação daquela que foi vencida, ou quando ocorreu a sucumbência recíproca, pois, quando o conflito é decidido por um terceiro, sempre haverá a esperança de cada parte ser a vencedora da contenda. É a justiça do perde-ganha, em que aquele que perde se utiliza dos recursos e de outros meios de impugnação para resistir ao cumprimento da sentença. A controvérsia levada à justiça é resolvida, porém permanece o conflito sociológico no âmbito pessoal.

Carlos Alberto Carmona ressalta que a arbitragem é um mecanismo privado de solução de litígios patrimoniais, no qual um terceiro, escolhido pelos conflitantes, impõe uma decisão, que deverá ser cumprida pelas partes, ou seja, é o meio de solução de controvérsias pelo qual há a intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem a intervenção estatal, cuja decisão assume a mesma eficácia da sentença judicial.²⁵⁷

Rodolfo de Camargo Mancuso²⁵⁸ explana com clareza a heterocomposição, salientando que geralmente é empregada com relação à arbitragem em razão de o árbitro, em regra, ser escolhido pelas partes interessadas e excepcionalmente indicado pelo juiz togado, conforme a Lei n.º 9.307/1996, artigo 7.º, §§ 4.º e 6.º. O árbitro sobrepõe-se às partes e a sentença que profere é impositiva e deve ser cumprida por elas. Salienta que na heterocomposição deve-se incluir também o juiz togado, uma vez que atua no vértice do triângulo processual, equidistante das partes, autor e réu, atuando como órgão estatal imparcial, a quem as provas são destinadas.

A arbitragem é um meio privado e alternativo de solução de conflitos referentes aos direitos patrimoniais e disponíveis, cuja sentença arbitral, será proferida por um árbitro, normalmente um especialista na matéria controvertida.

Nesse sentido, pode-se afirmar que tanto a sentença arbitral, conforme o artigo 18 da Lei n.º 9.307/1996, como a judicial, prevista no artigo 203, § 1.º, do Código de Processo

²⁵⁷ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 31.

²⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito* cit., p. 258.

Civil, resultam de um comando emitido por um terceiro, estranho aos litigantes e a eles sobrepostos.

A heterocomposição é caracterizada pelo fato de a resolução do conflito ser obtida não diretamente pelos interessados, mas por meio de um interveniente que tanto pode ser um órgão estatal, a exemplo do juiz, ou por um órgão paraestatal, como o juiz de paz, uma Comissão de Conciliação Prévia, uma Câmara de Arbitragem etc.

A arbitragem atinge um grau maior de pacificação uma vez que os árbitros são nomeados pela vontade das partes, com base na confiança, e porque o princípio da autonomia da vontade é mais respeitado ao longo de toda a tramitação do processo arbitral.²⁵⁹

Após traçarmos um panorama geral dos MACS e com o intuito de analisar a mediação como potencial de solução de conflitos, em resposta aos eixos temáticos da pesquisa delineados na introdução, no próximo capítulo serão abordados os elementos essenciais desse instituto, como foi a sua incorporação em nosso ordenamento jurídico e a abrangência de sua obrigatoriedade.

3.3.2 *Negociação*

De acordo com Jason A. Crook,²⁶⁰ a negociação é tão antiga como a sociedade em si, é a técnica mais comum de resolução de disputas. Frequentemente, trata-se de uma série de propostas e contrapropostas até que se chegue a um acordo ou até que se acabe com a negociação. Pode-se defini-la como uma forma de interação na qual as partes, voluntariamente, tentam chegar a uma decisão de forma conjunta, que acaba por resolver as suas diferenças.

A negociação pode envolver uma série de questões até mesmo intuitivas, por exemplo, colocar-se no lugar do outro, ouvir antes de falar, avaliar os demais não somente

²⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo cit.*, p. 81.

²⁶⁰ CROOK, Jason A. *?Que es la resolución alternativa de disputas (ADR)?*. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 2011. p. 19.

a partir de valores próprios, permitir o desabafo da outra parte, além de estudar a técnica, seus limites e ferramentas, o que ajudará na identificação do tipo de solução do conflito, bem como qualificar a escolha e o reconhecimento do perfil e estilo de negociação utilizado pelo outro lado, para a busca da melhor e mais efetiva composição do conflito.²⁶¹

A negociação contribui para que as partes obtenham um resultado muito melhor, caso não tivessem negociado, pois os interesses de ambas devem ser satisfeitos, uma vez que devem buscar e explorar compensações recíprocas. O resultado da negociação geralmente é um compromisso que satisfaz as expectativas iniciais. No momento de resolver uma disputa, é possível que nenhuma das partes venha a sugerir o uso prévio da negociação por receio de ser considerada fraca pela outra parte, principalmente quando se tratar de uma pretensão por responsabilidade por danos, pois acredita-se que isso poderia repercutir no resultado final.²⁶²

A estratégia de negociar é sempre orientada por princípios, e um deles se relaciona com a necessidade de separar as pessoas dos problemas, o que significa um esforço de abstração, que compreende a consciência dos fatores psicológicos envolvidos, neutralizando as particularidades de cada parte. Um segundo princípio deve focar a concentração dos interesses, e não as pessoas envolvidas. A negociação coloca em relevo a necessidade de criar cenários com opções satisfatórias, sendo necessária a quebra de obstáculos, tais como juízos prematuros ou críticos demais. A criatividade desempenha um papel fundamental, sem que se perca de vista a necessidade da haver critérios objetivos.²⁶³

De acordo com Ferruccio Tommaseo,²⁶⁴ é necessário distinguir duas técnicas diversas na negociação, uma fundada sobre regulamentos de interesse voltados diretamente das partes conflitantes e outra pautada pelos negócios com os quais as partes transferem a um terceiro o poder de resolver a controvérsia entre eles que surgiram ou que podem surgir da relação controversa.

²⁶¹ GABBAY, Daniela Monteiro. Negociação. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUZO, Antonio Cezar. (Coord.) *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211-225, p. 212.

²⁶² CROOK, Jason A. *¿Que es la resolución alternativa de disputas (ADR)?* cit., p. 20.

²⁶³ LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social*. Uma sugestão de integração cit., p. 100.

²⁶⁴ TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 93.

O conhecimento das ferramentas e técnicas da negociação é imprescindível ao estudo dos demais meios de solução de conflitos, como a conciliação e a mediação. E, como pondera Daniela Monteiro Gabbay,²⁶⁵ enquanto a conciliação e a mediação são técnicas de autocomposição assistidas por um terceiro, a negociação é uma forma de autocomposição direta entre as partes, não somente na esfera das disputas, podendo também focar os interesses e relações entre as partes envolvidas.

No nosso entendimento, a negociação não é um meio alternativo de solução de conflitos, mas apenas uma técnica de obtenção de acordo. Quando o direito ocupa um campo essencial, a negociação destaca-se desde que a evolução da solução de conflitos admita uma composição voluntária. No campo empresarial é vista nas relações internacionais, nas questões de meio ambiente, em relações sindicais e de trabalho, escolares, familiares etc.

3.3.3 *Justiça conciliativa e mediação*

A origem da conciliação é bastante difusa, uma vez que parece ter tido um papel importante na era industrial tanto na Europa quanto na América, mas se institucionalizou na França durante a Revolução Francesa entre 1789 e 1799. No direito saxão, ocorreu mediante o *Act 1896* e nos Estados Unidos surgiu em 1913 com a autorização do Congresso ao Departamento de Trabalho para estabelecer uma comissão de conciliação que estimulasse a resolução das disputas.²⁶⁶

A conciliação é uma das formas de autocomposição, na qual há a intercessão de algum sujeito entre os litigantes com o objetivo de encorajá-los a chegar a um consenso, visando evitar o processo.

²⁶⁵ GABBAY, Daniela Monteiro. *Negociação cit.*, p. 213.

²⁶⁶ CROOK, Jason A. *¿Que es la resolución alternativa de disputas (ADR)? cit.*, p. 3.

Na conciliação, o conciliador objetiva harmonizar as partes, e a estas ele pode sugerir propostas com a finalidade de resolver a disputa. Em comparação com o mediador, o conciliador tem mais poder e é mais proativo.²⁶⁷

Conforme menciona Cândido Rangel Dinamarco,²⁶⁸ a conciliação pode ser extraprocessual ou endoprocessual. A conciliação pode ocorrer antes da propositura da ação e nesse caso será extraprocessual, pois leva as partes à renúncia, à submissão ou à transação e, quando obtida alguma solução, ela é suscetível de ser homologada pelo juiz competente, em atos que têm eficácia de título executivo, conforme artigo 515, inciso III, do Código de Processo Civil e artigo 57 da Lei n.º 9.099/1995. Quando a conciliação se dá no curso do processo, ela é endoprocessual e pode conduzir à renúncia, à submissão, como o reconhecimento do pedido, ou seja, uma satisfação imediata, ou, à transação, quando as partes fazem concessões mútuas, ou poderá haver a mera desistência do processo por parte do autor, ocorrendo, nesse caso, a extinção do processo, voltando-se ao estado em que se encontravam as partes antes da propositura da ação. A homologação do juiz põe fim ao litígio conforme o artigo 487, inciso III, alíneas *a*, *b* e *c*. Ainda poderá formar um título judicial no caso de poder ser exigido o seu cumprimento, conforme artigo 515, inciso II, todos do Código de Processo Civil.

A conciliação pressupõe quatro etapas: a) abertura, em que o conciliador esclarece inicialmente sobre o procedimento e todas as implicações legais referentes ao alcance do acordo gerado naquela oportunidade ou a sua impossibilidade; b) esclarecimentos, em que as partes expõem suas ações, atitudes e iniciativas que acabaram por fazer nascer o conflito; c) criação de opções, que são as sugestões trazidas pelo terceiro (conciliador), por meio de propostas delineadas pelas partes com o objetivo de alcançar o consenso; e d) acordo, sua redação e assinatura. Aqui importa ressaltar que a solução fruto da conciliação, seja por meio das propostas feitas pelas partes, ou do conciliador, não envolve longos anos de relacionamento, e sim um fato ocorrido que fez nascer uma relação breve entre as partes, como é o caso de um abaloamento de veículos, uma relação de consumo, em que inexistente convívio entre as partes, mas somente necessitam de um terceiro para lhes ajudar a

²⁶⁷ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice cit., p. 107.

²⁶⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 127.

pensar sobre a melhor solução para aquele impasse específico e a refletir se valeria a pena enfrentar o problema judicialmente.²⁶⁹

Mauro Cappelletti²⁷⁰ delinea as vantagens óbvias da conciliação tanto para as partes quanto para o sistema jurídico quando o litígio é resolvido sem a necessidade de julgamento, enfatizando que a sobrecarga dos tribunais e os altos custos dos litígios podem tornar particularmente benéficas para as partes as soluções rápidas e conciliatórias, pois essas decisões são mais facilmente aceitas do que os provimentos judiciais unilaterais, pois se fundam em acordo estabelecido pelas partes, e exemplifica com o sistema japonês em que existem Cortes de Conciliação compostas por dois membros leigos (ao menos formalmente) e um juiz, os quais ouvem as partes informalmente e recomendam uma solução justa. A conciliação pode ser requerida por uma das partes ou um juiz pode remeter um caso judicial à conciliação.

Salienta o processualista italiano que países ocidentais, particularmente a França e os Estados Unidos, estão comprovando a veracidade dos relatos japoneses. Os Estados Unidos provou da experiência em 1978 com os “centros de justiça da vizinhança” em conexão com os “tribunais populares”. Na França, a experiência teve início em 1977; os conciliadores são membros respeitáveis da comunidade local que atendem nas prefeituras e detêm amplo mandato para tentar conciliar os litigantes visando à aceitação de uma solução mutuamente satisfatória. Também os conciliadores, indicados pelo Primeiro Presidente da Corte de Apelação, com jurisdição sobre a localidade, são chamados a dar conselhos e informações.

Destaca Ferruccio Tommaseo²⁷¹ que na Itália a conciliação homologada por uma autoridade judiciária é reconhecida pela lei com eficácia de título executivo e a falta de atuação dos obrigados advindos do acordo conciliativo obriga-lhes à mesma sanção que teria a falta de atuação da sentença de condenação, ou seja, a pena pecuniária.

Bruno Takahashi defende que há uma ambiguidade na natureza da conciliação afirmando que quantidade e qualidade não são estanques e se inter-relacionam, o que

²⁶⁹ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 66.

²⁷⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça* cit., p. 83-85.

²⁷¹ TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile* cit., p. 94.

também ocorre na justiça conciliativa. Salieta que a existência de um discurso que se vale da conciliação como melhor forma de resolução de conflitos e ao mesmo tempo obscurece um objetivo mais ou menos consciente de resolução rápida dos processos é um problema, visto que o discurso da valorização da qualidade torna-se vazio, o que se observa em campanhas que valorizam a rápida solução dos feitos pela conciliação com a obtenção de ganhos para todas as partes, pois a solução célere não é necessariamente a mais satisfatória para as partes.²⁷²

No que diz respeito à mediação, Juliana Demarchi²⁷³ ressalta que nas investigações voltadas à resolução pacífica de conflitos é necessário atentar para a existência de inter-relações específicas entre as partes e os conflitos subjetivos. Presentes tais relações, primeiramente deve-se detectar o relacionamento entre as pessoas para depois efetuar uma análise das questões que ensejaram o conflito. Esse modo de abordagem leva as pessoas a refletir e a elaborar um novo jeito de atuação no futuro, pois todo acordo é realizado para regular o futuro do relacionamento entre as partes, por exemplo, se a sociedade continuará com aqueles sócios, se o contrato de fornecimento será ou não renovado etc.

Na mediação, procura-se alinhar uma nova visão voltada às relações interpessoais, tendo como premissa básica o futuro pós-controvérsia, buscando-se maior pacificação dos conflitos dentro de uma nova realidade baseada na solução privada destes, abrindo-se a possibilidade de o indivíduo exercer a sua cidadania plena.²⁷⁴

As estruturas jurídico-políticas sempre se voltaram aos remédios (com reformas perenes das normas) e quase nunca às causas, deixando à margem o estudo sobre a crescente litigiosidade, que se dirige à jurisdição sob a forma irrefreável de procedimentos judiciários. No entanto, a capacidade limitada de solução compulsória dos conflitos tem se mostrado ineficaz e muitas vezes não resolve o problema, pois apenas agrega estabilidade e indiscutibilidade da decisão, o que ratifica a inaptidão do Judiciário para recepcionar e

²⁷² TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016. p. 17-18.

²⁷³ DEMARCHI, Juliana. Técnica de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 59.

²⁷⁴ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos cit., p. 64-65.

solucionar eficazmente as controvérsias.²⁷⁵ Além disso, a formação dos operadores do direito está voltada à solução adjudicada pelo órgão do Poder Judiciário.

É nesse cenário que a mediação vem plantar suas raízes e contribuir com um dos escopos da jurisdição que é a pacificação social. Por se tratar de um meio autocompositivo, o conflito é solucionado pelas próprias partes, com a ajuda de um terceiro que atuará como mediador, o qual, por meio de técnicas, fará com que as partes restabeleçam o diálogo e cheguem por si mesmas a uma solução amigável. Logicamente, ocorrerá a aceitação prévia das bases do acordo e, conseqüentemente, com o restabelecimento do diálogo, dar-se-á a pacificação não somente no plano da sociedade, mas também entre as próprias partes. Assim, o principal fundamento da justiça conciliativa é a pacificação.

Ada Pellegrini Grinover²⁷⁶ destaca três fundamentos da justiça conciliativa, a saber: funcional, social e político.

O fundamento funcional diz respeito à utilização da mediação como meio de solução de conflitos capaz de desafogar o Judiciário, tendo em vista que, realizando-se a autocomposição, desnecessária será a intervenção judiciária. Busca-se a racionalização na distribuição da justiça e, por conseguinte, a desobstrução dos tribunais, com a atribuição da solução dos litígios a instrumentos institucionalizados que procuram a autocomposição. Nessa perspectiva, a mediação passa ao *status* de instrumento utilizado no quadro do Poder Judiciário, deixando de lado o aspecto negocial do acordo, para ser considerada via equivalente jurisdicional, o que fornece base à nossa tese que justifica o termo parajurisdicional.

O fundamento social, apontado por Ada Pellegrini Grinover, consiste na função estatal de pacificação social que, por via de regra, é alcançada pela sentença, mas na grande maioria dos casos não é aceita de bom grado pelo vencido, ou seja, a solução imposta limita-se a solucionar parcela da demanda levada a júízo, sem a pacificação da lide sociológica. Diferentemente do método contencioso de solução de controvérsias que não

²⁷⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação cit., p. 9.

²⁷⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: _____; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 1-5, passim. Vide também: GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017.

atenta aos problemas de relacionamento latentes na base da litigiosidade, com a conciliação e a mediação há o consenso que previne situações de tensões e rupturas, em que a coexistência é relevante elemento valorativo.

Por último, tem-se o fundamento político da mediação que é encontrado na participação, ou seja, o mediador e as partes participam da solução do conflito, visto que a solução não é imposta, mas faz parte do consenso a que as partes chegam com a ajuda do mediador que facilitou o diálogo entre elas.

O equilíbrio entre esses três fundamentos da justiça conciliativa, ou seja, o funcional, o social e o político, é o ideal para o enfrentamento da crise de justiça ou crise do Judiciário.²⁷⁷

A justiça conciliativa é o mais completo instrumento de pacificação, em que as próprias partes visam a solução do conflito, que é exposto e trabalhado por inteiro no processo de mediação. A busca do consenso é construída diretamente pelas partes e, não havendo vencedor nem vencido, assim é alcançada a verdadeira pacificação não só social, mas também das pessoas envolvidas.²⁷⁸

O Código de Processo Civil e a Lei de Mediação prescrevem que somente os conflitos transacionáveis podem ser submetidos à justiça conciliativa, o que nos leva à observação de que esses dispositivos evitaram a utilização da expressão “direitos disponíveis” utilizada na Lei de Arbitragem, pois, mesmo quando o direito é indisponível, é possível a transação sobre o modo, a forma e o prazo para o cumprimento da obrigação. Além disso, quando se trata de conflitos complexos que dependa de exame aprofundado da matéria ou de perícia, a justiça conciliativa não pode substituir o processo estatal.²⁷⁹

Nesse sentido, não se deve encarar o emprego da conciliação como algo positivo em si mesmo, como se fosse uma estratégia objetiva de acordo em que todos ganham em todas as situações. O mecanismo pode ou não ser adequado para determinado conflito e, mesmo quando adotado diante de um conflito que comporta o seu uso, pode ou não ser

²⁷⁷ TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários* cit., p. 16-17.

²⁷⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo* cit., p. 81-82.

²⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades* cit.

bem aplicado. Quando o emprego do meio consensual for mal utilizado, pode agravar a crise do Judiciário, em vez de solucioná-la.²⁸⁰

As palavras conciliação e mediação são comumente empregadas como expressões sinônimas, mas tratam de institutos distintos. Na conciliação, o terceiro apresenta uma proposta que não tem caráter vinculante e sugere como resolver a discórdia em lugar de simplesmente facilitar o acordo. A conciliação é mais formal que a mediação e, na maioria dos casos, o conciliador se reúne somente com ambas as partes, enquanto na mediação pode o mediador se reunir com cada uma das partes separadamente.²⁸¹

A mediação é um mecanismo que vem sendo utilizado há séculos. Tradicionalmente, os mediadores eram respeitáveis membros de uma comunidade, ou seja, era uma pessoa respeitada, conhecida pelas partes, enquanto atualmente não são mais que pessoas neutras. A mediação pode ser definida como a facilitação, por parte de um terceiro, de uma solução negociada em que o mediador não decide a disputa, mas somente facilita a comunicação e a resolução de problemas.²⁸²

Ao referendar os diversos mecanismos consensuais utilizados nos Estados Unidos, Carlos Alberto de Salles²⁸³ destaca que a mediação é o meio no qual um terceiro neutro levanta e examina os interesses do conflito, ajudando a planejar a negociação e a chegar a um acordo, porém sem decidir sobre o interesse das partes; por seu turno, a conciliação, próxima à mediação, é utilizada de forma intercambiável, porém mais informal, atuando o conciliador como um mero interlocutor entre as partes, o que será visto com mais detalhes no item 3.3.4.

No Brasil, a conciliação é considerada uma técnica não adversarial adequada à resolução de conflitos objetivos originados entre partes que não se conheciam anteriormente e o único vínculo existente entre elas é a necessidade de reparação dos danos causados, ou seja, o relacionamento existente entre as partes é meramente circunstancial, o que permite ao conciliador sugerir propostas de acordo. Por sua vez, a mediação é mais

²⁸⁰ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 177.

²⁸¹ CROOK, Jason A. *¿Que es la resolución alternativa de disputas (ADR)?* cit., p. 3.

²⁸² Id. *Ibid.*, p. 15.

²⁸³ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 779-792, p. 790.

adequada a conflitos existentes entre partes que têm um relacionamento interpessoal, o que exige um maior preparo do mediador, visto que é necessário primeiramente esclarecer qual a relação que há entre os conflitantes, qual a estrutura do conflito, para depois tratar das questões objetivas que estão controvertidas.²⁸⁴

Em outras palavras, Ada Pellegrini Grinover²⁸⁵ assinala que a conciliação, no Brasil, é conceituada como método de solução de conflitos que se desenvolve por intermédio de um terceiro facilitador, que incentiva, facilita e auxilia as partes a se autocompor, adotando uma metodologia que permite apresentar propostas com o objetivo de obter um acordo, embora sem forçar a vontade dos conflitantes. O conciliador analisa apenas os aspectos objetivos do conflito, sugerindo opções para a sua solução, estimulando as partes à celebração de um acordo. Esse meio consensual parece ter mais utilidade para a solução rápida e objetiva de problemas superficiais, que não envolvam relacionamento entre as partes, pois a solução encontrada não terá repercussão no futuro da vida dos envolvidos. Esse método é usado há muitos anos, havendo normas codificadas e leis esparsas como a Lei n.º 9.099/1995, dos Juizados Especiais, e Lei n.º 6.515/1977, do divórcio.

Grinover salienta que a mediação, no Brasil, é conceituada como método consensual de solução de conflitos, em que o terceiro facilitador auxilia as partes conflitantes no restabelecimento do diálogo, investigando os seus reais interesses, por meio de técnicas próprias, fazendo com que as partes criem opções por si, até a escolha da melhor, chegando por elas mesmas à solução do conflito. Nessa linha de pensamento, afirma que a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes e que pode resultar em um acordo viável, oriundo do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada. Nessa perspectiva, todos os conflitos interpessoais podem ser trabalhados pela mediação e o objetivo do mediador não é a obtenção do acordo, mas sim o restabelecimento do diálogo das partes, permitindo-lhes aperfeiçoar o relacionamento para

²⁸⁴ DEMARCHI, Juliana. Técnica de conciliação e mediação cit., p. 54-55. Sobre o papel do conciliador define Daniel Fabretti: “não deve o conciliador sugerir ou tentar convencer a parte a aceitar determinada proposta de acordo. Deve, ao invés, indagar à parte se determinada proposta seria adequada e justa e quais seriam os óbices para a aceitação da proposta, procurando, assim, fazer a parte refletir sobre a proposta” (Conciliação e mediação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71-82, p. 74).

²⁸⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades cit.

que por si próprios cheguem à solução de seus problemas. A mediação é interdisciplinar envolvendo a fusão de teorias e práticas de disciplinas da psicologia, assistência social, direito e outras do campo das relações humanas.²⁸⁶

A mediação foi desenvolvida por três escolas com diferentes linguagens e aplicação de metodologias diversas, as quais serão a seguir abordadas.

3.3.3.1 Escolas e modelos de mediação

Não há unanimidade de definição da mediação quanto às suas características e seus objetivos, o que reflete na diversidade de pensamentos e perspectivas apontadas pelas escolas de mediação, as quais demonstram tais diferenças, inclusive ideológicas, com um caráter descritivo e prescritivo de como a mediação deve ser conduzida.²⁸⁷

Nos Estados Unidos, existem três linhas de pensamento com distintas teorias do conhecimento que deram origem a diferenciados modelos de mediação. Os três modelos existentes são: a) tradicional – linear; b) transformativo; e c) circular – normativo.

Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger²⁸⁸ distinguem as escolas partindo de diferentes teorias do processo de mediação: a primeira, *the satisfaction story*, considera a mediação uma ferramenta para reduzir a morosidade e o volume de processos, bem como satisfazer os interesses das partes, promovendo uma justiça de maior qualidade para os casos individuais; a segunda, *the social justice story*, encara a mediação como um veículo para que as partes e comunidades melhor se organizem em torno de interesses comuns e obtenham um tratamento socialmente mais justo; a terceira, *the oppression story*, vê a mediação como uma forma de controle e opressão social; e a quarta, *the transformative story*, utiliza a mediação como forma de transformar qualitativamente a interação das partes.

²⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades cit.

²⁸⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 50.

²⁸⁸ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 9-18, passim.

Há quem defenda a possibilidade da combinação dos diversos métodos oferecidos pelas escolas de mediação, utilizando e misturando as ferramentas da mediação de acordo com a demanda do caso concreto.²⁸⁹ Esse posicionamento é defendido por Nancy Welsh, que critica a rígida distinção entre a mediação transformativa, facilitativa e avaliativa, uma vez que se tornam secundárias diante das questões centrais a serem buscadas na mediação, voltadas à justiça do processo e do resultado.²⁹⁰

Contrariamente à combinação dos métodos, Bush e Folger consideram que, embora as diferentes teorias sobre o conflito e a mediação possam ser válidas, não haveria a possibilidade de combiná-las ou integrá-las coerentemente tanto em nível prático quanto teórico, em face dos diferentes objetivos e premissas, segundo os quais se originam. Cada teoria representa um ponto de vista sobre o significado do conflito e o valor de sua intervenção, e, por analogia, dizem ser difícil pilotar um navio sem um curso definido, sem um ponto fixo de orientação.²⁹¹ Para esses autores, os valores e a ideologia que apoiam cada teoria são diferentes e incompatíveis, uma vez que ora se direcionam ao controle do conflito e à sua percepção do negativo, ora se voltam à sua transformação e à oportunidade de melhorar a relação entre as partes. Diferentes visões sobre sociedade e conflito encontram-se por trás e podem ser vistas como algo positivo ou negativo, refletindo diretamente nos objetivos de controle e neutralização dos seus efeitos ou no objetivo de trazê-los à superfície para propiciar às partes uma maior percepção não somente de si, como também do outro.²⁹²

Deve-se considerar que os “modelos” transformativo e circular-narrativo encontram apoio no fundamento de focar interesses e criação de valor, entre outros princípios fundamentais. Em razão disso, não podem ser considerados contrários aos estudos em Harvard, mas podem ser vistos como desdobramentos das pesquisas de sua linha mestra. Deve-se ainda levar em consideração que em muitos casos é mais conveniente valer-se de um ou de outro modelo, ou mesmo da mescla de elementos de

²⁸⁹ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 50-51.

²⁹⁰ WELSH, Nancy. Stepping back through the looking glass: real conversations with real disputants about institutionalized mediation and its value. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 19, p. 671, 2004.

²⁹¹ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 45. Tradução livre.

²⁹² BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 231-258, passim. Vide também: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 51.

alguns deles, e, nessa esteira de raciocínio, há defensores do modelo tradicional de Harvard que o apontam como o mais adequado na condução de disputas empresariais, enquanto o modelo transformativo é recomendável em todos os casos em que existe o envolvimento relacional entre os implicados.²⁹³

3.3.3.1.1 *Mediação tradicional-linear (Escola de Harvard)*

O modelo tradicional-linear, desenvolvido em Harvard, teve como principais investigadores Roger Fisher²⁹⁴ e William Ury²⁹⁵ e corresponde ao método de resolução de conflitos em que as partes recorrem voluntariamente a uma pessoa imparcial com a finalidade de chegar a um acordo que seja satisfatório para ambas.

The Program in Negotiation at Harvard Law School (PON), composto por académicos das diversas escolas de Harvard, é atualmente presidido por Robert Mnookin e continua liderando o trabalho de desenvolvimento de pesquisas sobre o tema. Outras universidades americanas de renome também criaram seus próprios centros de pesquisa colaborando, juntamente com o setor privado, para o desenvolvimento do campo de resolução de conflitos.²⁹⁶

Nesse programa, é desenvolvida uma alternativa à barganha baseada nas posições: um método de negociação explicitamente desenhado para produzir resultados amigáveis e eficientes. Esse método, denominado negociação, baseia-se em princípios ou negociação

²⁹³ FALECH, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁹⁴ Roger Fisher pioneiro no campo do direito internacional e da negociação e cofundador do *Harvard Negotiation Project*. Professor da Faculdade de Direito de Harvard por mais de quatro décadas, Fisher estabeleceu a negociação e a resolução de conflitos como um estudo acadêmico merecedor de um único campo e dedicou sua carreira a desafiar estudantes e colegas a explorar métodos alternativos de resolução de disputas. Disponível em: <<https://today.law.harvard.edu/roger-fisher-1922-2012/?redirect=1>>. Acesso em: 12 out. 2017.

²⁹⁵ William Ury é um dos maiores especialistas mundiais em Negociação e Resolução de Conflitos e um dos fundadores do Programa de Negociação da Universidade de Harvard. Juntamente com Roger Fisher escreveu: *Como chegar ao SIM – A negociação de acordos sem concessões*, considerado por muitos como um dos melhores livros já escritos sobre o tema. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/economia-e-financas/uma-aula-de-negociacao-com-william-ury/34645/>>. Acesso em: 10 out. 2017.

²⁹⁶ FALECH, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação cit.

focada no mérito e se resume em quatro pontos centrais: a) separar as pessoas do problema; b) focalizar os interesses que estão em jogo; c) inventar opções de ganho mútuo; e d) insistir em critérios objetivos.²⁹⁷

Os acadêmicos de Harvard estudam todas as formas e modalidades de mediação, sendo inapropriada a sua vinculação com um determinado tipo de processo específico, ou seja, ao enfoque facilitativo, avaliativo ou transformador quando todos estes estão sendo estudados e ponderados por seus acadêmicos, abordados em seus cursos e sendo objeto de publicações e pesquisas. No entanto, a Escola de Harvard de negociação e mediação ficou identificada como a linha de pensamento que propõe o enfoque em interesses, em vez de posições, e com a teoria da negociação baseada em princípios.²⁹⁸

Segundo Leonard Riskin, a mediação é uma negociação facilitada ou assistida por um terceiro. O autor analisa dois tipos de abordagem: a adversarial e a de solução de problemas *problem-solving*. Na primeira, a adversarial, a negociação é focalizada em recurso limitado, por exemplo, o dinheiro. Os envolvidos decidirão se e como o dividem, então os objetivos das partes entram em conflito, o que uma ganha decorrerá da perda da outra. Em contraste, na abordagem não adversarial *problem-solving*, procura-se revelar e compor os interesses subjacentes das partes, ou seja, os interesses que motivam suas posições.²⁹⁹

Segundo Daniela Monteiro Gabbay,³⁰⁰ trata-se da diferença entre os modelos distributivo e integrativo de negociação. Exemplifica o modelo distributivo expondo a divisão de um bolo entre dois filhos, onde o pai determina que um deles corte e o outro escolha a primeira fatia. Nesse caso, as partes precisam distribuir os ganhos e perdas e a tendência é a busca do meio-termo. Quanto ao modelo integrativo, o exemplo é dado quando duas pessoas querem a mesma fruta, mas, enquanto uma quer a casca para fazer um bolo, a outra visa a polpa para transformá-la em suco. Nesse exemplo, haveria perda para ambas as partes, caso a fruta fosse dividida em duas partes iguais (modelo

²⁹⁷ FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2006. p. 21-32, passim.

²⁹⁸ FALECH, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação cit.

²⁹⁹ RISKIN, Leonard. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 7, p. 7-51, 1996. p. 13-14.

³⁰⁰ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 52.

distributivo), mas, levando-se em conta os seus interesses, ambas podem sair inteiramente satisfeitas, cada qual com a parte que é de seu interesse.

Na busca por sintetizar e facilitar o diálogo entre os vários tipos de mediação, Leonard Riskin,³⁰¹ objetivando criar uma classificação baseada em categorias claras e que descrevessem as orientações, estratégias e técnicas utilizadas em variados contextos da mediação, desenvolveu um sistema partindo de duas variáveis: a) a partir do nível de amplitude do problema: restrito ou amplo; e b) forma de atuação do mediador: avaliadora ou facilitativa.

A principal crítica ao modelo de Harvard e à classificação feita por Leonard Riskin refere-se à sua orientação dirigida ao acordo, pois a mediação é direcionada por um fim ao conflito por meio do acordo. Os críticos que compõem as demais escolas entendem que a mediação deve ser centrada no conflito, e não no acordo.³⁰²

Para Luis Alberto Warat,³⁰³ os mediadores de orientação “acordista” baseiam-se em uma proposta de mediação que se fundamenta na ideologia e no individualismo possessivo, e a mediação tem como destino a construção de uma solução, aceita por todos, para um conflito concebido como problema. Essa ideologia individualista possessiva raciocina em termos de uma sociedade construída por indivíduos que lutam para a satisfação individual de seus desejos e interesses.

3.3.3.1.2 Mediação transformativa (Bush e Folger)

A mediação transformativa defendida por Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger³⁰⁴ é abordada de maneira diferente a começar do reexame do significado de conflito. Assim, os autores iniciam por questionar a premissa de que os conflitos não

³⁰¹ RISKIN, Leonard. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed cit., p. 7-51, passim.

³⁰² GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário cit., p. 54.

³⁰³ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1, p. 84.

³⁰⁴ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 82-83 e passim. BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 13-14.

precisam ser vistos como problemas, mas como oportunidades para o crescimento e transformações morais, ou seja, é essa a orientação transformadora do conflito. A primeira dimensão envolve o fortalecimento do “eu”, ocorrendo pela realização e revigoração da capacidade humana para lidar com dificuldades de todos os tipos, e a reflexão consciente e deliberada, escolha e ação. A segunda dimensão compreende ir além do “eu” para se relacionar com os outros, ou seja, se dá pela realização e fortalecimento da capacidade humana de experimentar e expressar preocupação e consideração pelos outros, englobando uma integração da autonomia individual e compaixão. Portanto, nessas premissas, a visão dos conflitos são ricas oportunidades para o crescimento e a mediação representa uma maneira de aproveitar ao máximo essas oportunidades.

Os defensores da mediação transformativa querem mudar o paradigma da mediação, distanciando-a da tradição de mera solução de problemas, para uma visão de mundo individual relacional, em que as disputas não devem ser analisadas como problemas, e sim como oportunidades de crescimento moral e transformação. Nessa concepção, o objetivo mais importante da mediação é atingir os dois mais relevantes efeitos: o empoderamento e o reconhecimento.³⁰⁵

Assim, há empoderamento quando os envolvidos fortalecem a consciência sobre o seu próprio valor e sobre sua habilidade de lidar com quaisquer dificuldades; por sua vez, o reconhecimento é alcançado quando as partes acabam por vivenciar uma disposição de admitir e compreender a situação da outra pessoa envolvida.³⁰⁶

A maior contribuição do modelo transformativo ocorre na área da comunicação, com a adoção de técnicas para aperfeiçoar a escuta do mediador, a verificação mediante perguntas, o espelhamento e a adoção de resumos para o auxílio do aprimoramento da comunicação. Esse tipo de mediação acolhe técnicas da mediação facilitativa e acrescenta aspectos da terapia sistêmica, tais como a complexidade, a instabilidade e a intersubjetividade. Reforça a importância da pré-mediação e dos conceitos e procedimentos gerados ao redor das posições, escutas, questionamentos, espelhamentos,

³⁰⁵ FALECH, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação cit.

³⁰⁶ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 76-77.

apropriações, resumos, prevalência do aspecto intersubjetivo do conflito, integrações, interesses, opções, dados de realidade e acordos subjacentes.³⁰⁷

Segundo Luis Alberto Warat, na mediação transformativa, a única forma de redimensionar os conflitos é a transformação das pessoas e os seus sentimentos, e não o acordo. Os conflitos nunca desaparecem, apenas se transformam, a função do mediador é auxiliar as partes a olhar para si mesmas e para o outro, sem considerar o conflito.³⁰⁸

Conforme Robert A. Baruch Bush e Joseph P. Folger, a mediação transformativa auxilia as partes a resolver seus próprios conflitos, com base no empoderamento de si e no reconhecimento do outro, mesmo quando precisam aprender a viver com o conflito, e não com a solução. O acordo não é o único resultado possível, e sim uma escolha que as partes podem ou não fazer.³⁰⁹

A mediação transformativa poderá ser aplicada a qualquer situação em que a interação entre as partes importe e a sua qualidade possa impactar e produzir melhores resultados, independentemente de a relação ser continuada ou não.³¹⁰ O mediador, embora não intervenha na relação entre as partes, por meio da escuta ativa do problema revelado por elas, poderá trabalhar o reconhecimento e o empoderamento das partes, encorajando-as a um diálogo construtivo, considerando novas informações e alternativas de pontos de vista para obter clareza e tomar decisões por si mesmas.³¹¹

Embora não haja um processo estruturado rigidamente, a mediação transformativa transcorre em um processo que emerge das conversas do mediador com as partes, na determinação da forma pela qual será feita a abordagem entre elas para a busca do seu empoderamento e o reconhecimento do outro. No início da mediação, o mediador deverá

³⁰⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. São Paulo. Método. 2017. p. 200.

³⁰⁸ WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador* cit., p. 31. Vide também GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 55.

³⁰⁸ Id. *Ibid.*, p. 84.

³⁰⁹ BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 217. “The parties might decide, through their decision making process, that a successful resolution is an agreement or compromise, but they might also define successful resolution as the decision to end the mediation without a settlement, to take the case to other forums, to drop the case, or to be satisfied with a better understanding of the events and circumstances that led to the conflict. In short, they may figure out a way to ‘live with no’ even if they cannot ‘get to yes’.”

³¹⁰ Id. *Ibid.*, p. 219.

³¹¹ Id. *Ibid.*, p. 221-222.

ouvir as partes sobre seus objetivos e convidá-las a refletir sobre o processo de mediação, sobre as questões abordadas, sobre a transição de um assunto para o outro, o tempo da duração, e assim essas decisões dão forma ao processo de mediação.³¹²

3.3.3.1.3 Mediação circular-narrativa (Sara Cobb)

Essa corrente, liderada por Sara Cobb, entende que não há uma única causa produzindo um resultado, critica as concepções tradicionais de empoderamento, considera haver uma causalidade do tipo circular que gera uma permanente retroalimentação.³¹³

Nesse modelo, os mediandos são conduzidos à desconstrução ou desestabilização das narrativas iniciais, priorizando-se desde o início as reuniões individuais, com intuito de evitar a colonização das narrativas. As escutas das narrativas feitas pelo mediador alternam-se com as perguntas de esclarecimento e de recontextualização ou afirmações com objetivos semelhantes. Na primeira reunião conjunta, após os esclarecimentos e recomendações iniciais, o mediador solicita a apresentação de alternativas, trabalhando com a circularidade e a independência. Outra particularidade desse modelo é a conotação negativa do problema, ou seja, o problema deve transformar-se na ameaça a ser enfrentada pelas partes. As partes envolvidas, em vez de se enfrentarem, devem encarar o problema. O mediador tem como objetivo inicial definir a questão como um problema compartilhado, na perspectiva de que a mediação é uma oportunidade para trabalhar sobre os problemas.³¹⁴

A mediação narrativa é baseada na metáfora da narrativa. É uma abordagem e uma metodologia, proporcionando aos mediadores uma maneira de incorporar histórias no próprio desenvolvimento da mediação. Em uma mediação, “as narrativas são

³¹² BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict* cit., p. 224-225. Vide também: GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 58-59.

³¹³ GLASER, Tania. Sara Cobb, empowerment and mediation: a narrative perspective. *Negotiation Journal* v. 9, n. 3, p. 245-255, July 1993. Summary by Tanya Glaser. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/conflict/transform/cobb.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

³¹⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas* cit., p. 199.

desenvolvidas de forma interativa, modificadas e contestadas à medida que os disputantes elaboram partes de suas próprias e histórias de conflito uns dos outros”.³¹⁵

3.3.4 *Similaridades e diferenças entre a conciliação e a mediação*

No campo legislativo, o Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, distingue a conciliação e a mediação conforme os artigos 165, §§ 2.º e 3.º. No entanto, na prática, os métodos se misturam e se confundem, e eventual conflito que deveria passar pelo método da conciliação, no final, é resolvido pela mediação e vice-versa.

As distinções entre a conciliação e a mediação recaem sobre o tipo do conflito e a relação entre as partes, sobre a forma de atuação e a capacitação do terceiro e controle exercido no processo, os quais influem de forma direta nos objetivos das técnicas autocompositivas. A atuação do terceiro pode ser mais ou menos ativa, facilitadora ou avaliadora das possibilidades de acordo. Os conciliadores situam-se entre os mais ativos e diretivos na condução da sessão, podendo inclusive apresentar sugestão de acordo às partes. A relação entre as partes e o tipo de conflito também são elementos importantes na definição da técnica compositiva, visto que a mediação tende a trabalhar com mais profundidade as peculiaridades do conflito existente entre as partes cuja relação seja continuada, separando os interesses que estão por trás das disputas, inclusive no âmbito emocional, com o objetivo de manter a relação entre elas, enquanto a tendência da conciliação é resolver o objeto da disputa limitada ao âmbito do processo, quando na esfera judicial.³¹⁶

A conciliação é muito eficaz para a solução de conflitos onde não existe relacionamento significativo entre as partes, seja no passado, seja com previsão de continuidade no futuro. Não havendo esse contato, preferem buscar um acordo de forma imediata, objetivando pôr fim ao litígio ou ao processo judicial. O procedimento não requer do conciliador o conhecimento aprofundado da inter-relação das partes conflitantes, visto que esta inexistente. A título exemplificativo, têm-se os conflitos que envolvem

³¹⁵ HANSEN, Toran. The Narrative Approach to Mediation. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/hansenT.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2017.

³¹⁶ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário* cit., p. 47-48.

abalroamento de veículos, uma relação de consumo, em que as partes não têm qualquer vínculo afetivo, profissional ou social, somente necessitam de um terceiro que os auxilie a refletir qual seria a melhor solução para a controvérsia e se compensaria ou não enfrentar a outra parte em um processo judicial no futuro.³¹⁷

O escopo das diferentes formas de meios de solução de conflitos pode ser diferente. Na França, por exemplo, as negociações entre os litigantes concernem à modalidade de sanção e a solução ocorre pela mediação, enquanto em outros países não é assim. A distinção entre mediação e conciliação nem sempre é evidente, por essa razão é necessária a interpretação de cada caso concreto.³¹⁸

Com o término do capítulo 3, respondemos a uma das indagações, objeto da pesquisa, qual seja: há necessidade de diferenciação legislativa entre a conciliação e a mediação? Em nosso sentir, é desnecessária a existência de uma distinção legislativa entre conciliação e mediação, haja vista que ambas objetivam o consenso entre as partes, bem como, na prática, elas se confundem, razão pela qual no item 4.5 efetuaremos uma proposta de alteração legislativa.

No capítulo quarto trataremos da mediação como potencial de solução de conflitos, respondendo na sequência o questionamento sobre o que é parajurisdição, bem como apresentaremos sugestões de alteração legislativa.

³¹⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 489 e 491-492.

³¹⁸ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice cit., p. 107.

4 A MEDIAÇÃO COMO POTENCIAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Na concepção de Cândido Rangel Dinamarco,³¹⁹ o emprego e a valorização crescente dos meios alternativos de solução de controvérsias e condução à ordem jurídica justa reforçam a noção de equivalência entre esses meios e a atividade estatal denominada jurisdição. Do ponto de vista técnico-jurídico, as diferenças são evidentes e eliminariam a ideia de que se equivalham, pois somente a jurisdição objetiva dar efetividade ao ordenamento jurídico substancial. No entanto, essas atividades alternativas trazem em si o papel significativamente relevante no exercício da jurisdição, no tocante ao aspecto social de proveito útil para os cidadãos, além da busca da pacificação social. Esse escopo social, magno da jurisdição, atua como elemento legitimador e ao mesmo tempo propulsor da atividade jurisdicional.

Deve-se ressaltar que, no exercício da jurisdição, o aspecto social do proveito útil que é capaz de trazer aos indivíduos a paz almejada também está presente nos meios alternativos, ou seja, tanto a atividade jurisdicional quanto a parajurisdicional convergem para a busca da pacificação das pessoas e de grupos, mediante a eliminação dos conflitos em que se encontram envolvidos.

Nesse sentido, a perspectiva teleológica do sistema processual sugere a equivalência funcional entre a pacificação estatal imperativa e aquelas outras atividades alternativas, que nem sempre são estatais e não dotadas da característica da inevitabilidade, mas buscam os mesmos objetivos e a mesma utilidade social.³²⁰

No entendimento de Sidnei Agostinho Beneti,³²¹ os meios alternativos de solução de litígios podem ser implantados pela legislação, preservada a regra de acesso à jurisdição estatal, em maior ou menor escala, podendo todos significar “jurisdição”, uma vez que por seu intermédio se aplicará o direito ou a justiça, seja por uma decisão de legalidade ou de

³¹⁹ Salienta, ainda, o autor que os meios alternativos são capazes de produzir resultados melhores que os da jurisdição estatal (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 125-126).

³²⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 126.

³²¹ BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Advogados*, n. 9, p. 121, jan.-jun. 2002.

equidade. Salienta o autor que no sentido lato sempre serão “jurisdição”, uma espécie de “jurisdição paraestatal”, ou equivalente jurisdicional, mas nunca a jurisdição em sentido estrito, como assegurada pela Constituição Federal.

O processo civil não se destina a beneficiar o autor; seu objetivo é a pacificação dos litigantes, concedendo a tutela a quem tem razão. A tutela jurisdicional é sempre conferida a pessoas, ora ao autor, ora ao réu, e não a direitos, podendo ser dada a um dos litigantes precisamente para negar que existam direitos e obrigações entre as partes,³²² isso porque o bem da vida deve ser atribuído àquele que for detentor do direito objeto da discussão.

A garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional prevista no inciso XXXV do artigo 5.º da Constituição Federal aparece como uma verdadeira cobertura geral do sistema de direitos, destinada a entrar em operação sempre que algum direito for atingido ou ameaçado, mas essa garantia não é ampla a ponto de abarcar todas as situações. Há limitações constitucionais legítimas e ao lado destas existem outras ilegítimas³²³ que concorrem para que o sistema do processo civil não cumpra adequada e integralmente sua função de pacificar pessoas e fazer justiça. O aperfeiçoamento do sistema depende da identificação dessas barreiras internas e externas, e, na medida do possível, é necessária a sua eliminação. Essas barreiras se identificam como os defeitos da lei, a extrema burocracia dos serviços judiciários, a pequena abrangência dos julgamentos, causas que se repetem às centenas, congestionando o Judiciário e, na área econômica, tem-se a insuficiência de recursos das pessoas carentes associada à precariedade da assistência judiciária. Além disso, da realidade cultural da nação vêm a desinformação e a descrença nos serviços judiciários. Em decorrência da conjugação desses fatores limitativos, há a exclusão de muitas pretensões que acabam não recebendo a solução pela via jurisdicional.³²⁴

Ainda, os obstáculos mais visíveis que se antepõem ao destinatário final da atividade exercida pelo Judiciário são o seu custo e a sua duração, com efeitos muitas vezes devastadores que atuam como fator de pressão sobre a parte mais fraca, que por

³²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 110.

³²³ “Trata-se de fatores vindos das imperfeições da própria lei processual e outros fatores, igualmente perversos, residentes na realidade política, socioeconômica e cultural da sociedade à qual o processo se destina a servir” (DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 115).

³²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 115-116.

vezes é compelida a abandonar o processo ou a se sujeitar a acordos inferiores àqueles que teria direito.³²⁵

Nessa mesma linha de raciocínio, Kazuo Watanabe³²⁶ utiliza a expressão “litigiosidade contida” para demonstrar que o somatório desses fatores perniciosos afasta do Judiciário uma expressiva parcela do grupo social, como também espelha a incapacidade estatal para a resolução de todos os conflitos, embora tenha avocado para si o poder de distribuir justiça.

Nesse sentido, o Estado não vem cumprindo o seu papel pacificador, uma vez que não apresenta uma solução que satisfaça ambos os litigantes a um baixo custo e num interregno de tempo considerado razoável, além de muitas vezes se perder em devaneios processuais alheios aos interesses das partes, prorrogando dessa forma a solução da controvérsia, o que traz a insatisfação daquele que quer ver o seu problema rapidamente resolvido.

Segundo José Roberto dos Santos Bedaque,³²⁷ a jurisdição atua com os sujeitos do processo, ou seja, aqueles interessados na eliminação da crise ocorrida no plano material, com a finalidade de restabelecer o direito violado, viabilizando ao titular do interesse protegido o acesso à ordem jurídica justa.

No entanto, a tutela jurisdicional tradicional não é o único meio de conduzir as pessoas à ordem jurídica justa. Outras soluções são apontadas como socialmente convenientes e juridicamente legítimas, tais como aquelas reunidas nos conceitos de autocomposição e de heterocomposição.

Nesse sentido, o polo metodológico jurisdição vem cedendo espaço à ideia de tutela jurisdicional, em que o Poder Judiciário não é o único a atuar na resolução de conflitos, mas com destaque aos vários mecanismos aptos a solucionar conflitos, inclusive

³²⁵ MARCATO, Antonio Carlos. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1.º out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3350>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

³²⁶ WATANABE, Kazuo. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: _____ (Coord.). *Juizado Especial de Pequenas Causas*. São Paulo: RT, 1985. p. 2.

³²⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual* cit., p. 82.

aqueles não estatais, sendo relevante a eficácia do meio utilizado na solução da controvérsia, e não a mera disponibilização de um meio judicial qualquer.³²⁸

A realização da mediação nas dependências dos Tribunais do sistema jurídico brasileiro já é uma realidade, como também o é a integração da mediação no Código de Processo Civil, que caminha em direção a uma fusão entre a sua normatização, tornando-a parte de uma nova era do processo civil.³²⁹⁻³³⁰

A difusão da mediação é sempre influenciada pelo local do seu desenvolvimento, segundo Nadja Alexander,³³¹ e o crescimento da mediação nos países da *common law* é mais evidente do que aqueles da *civil law*.

A mediação sempre foi um processo privado, instalado num ambiente público, consumido por regras e por uma concepção instrumentalista, que apenas serve à administração da justiça, o que induz Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Michelle Pedrosa Paumgarten a afirmarem existir um paradoxo entre a onipresença da mediação no Judiciário e na codificação processual, pois a mediação perde a sua identidade e passa a

³²⁸ ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das competências estatais cit., p. 170.

³²⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 17.

³³⁰ Essa inovação do processo civil era prevista desde 1906 nos EUA, conforme NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The merger of law and mediation: lessons from equity jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, v. 6, p. 57-58, 2004. "Pound is no stranger to the alternative dispute resolution (ADR) community. His influential address to the American Bar Association in 1906, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, challenged the bar to reform the existing legal regime. This speech was commemorated at the 1976 Pound Conference that launched the modern ADR movement."

³³¹ ALEXANDER, Nadja. Global trends in mediation. *ADR Bulletin*, v. 6, n. 3, p. 1, 2003. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1239&context=adr>>. Acesso em: 20 fev. 2016. "Mediation has grown rapidly in many common law jurisdictions such as the US, Australia, Canada, England and Wales since the 1970s and 1980s. The current state of mediation practice in most common law jurisdictions can be traced back to the establishment of community justice centres in the 1970s and 1980s. In contrast, civil law jurisdictions have displayed, until recently, a greater reluctance to embrace the practice of mediation to resolve legal disputes. Compared with the common law experience, mediation in jurisdictions such as Austria, Quebec, Denmark, Belgium, Scotland, Germany, Italy, Poland, Switzerland and Yugoslavia has travelled, and is still travelling, a more difficult and winding path to recognition as a legitimate and valuable alternative to litigation. Recently, however, the European Union has signaled a strong focus on ADR and, in particular, mediation. It has declared ADR a 'political priority, published a Green Paper on ADR in Civil and Commercial Law and contributed to the development of online dispute resolution infrastructure."

adquirir semelhança com a adjudicação.³³² Ousamos discordar desse pensamento, pois, em nosso sentir, a mediação, por ser um processo privado, sempre será parajurisdicional, caminhando paralelamente à jurisdição, como modo complementar, podendo auxiliá-la na solução dos conflitos.

Assim, após essas considerações preliminares sobre a potencialidade da mediação, passaremos à abordagem mais específica do seu marco inicial, metodologia e carência teórica, uma vez que a mediação no Brasil foi introduzida legislativamente.

4.1 Marco legal, metodologia da mediação no Brasil e sua carência teórica

O marco legal da mediação no sistema jurídico resulta de um árduo trabalho técnico e político e inaugura uma importante fase na história da justiça brasileira. Em um sistema precipualemente adversarial, a mediação vem inovar, trazendo ao sistema uma nova forma de resolução de disputas, cujos caminhos consensuais eram limitados à conciliação. O novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação estabelecem as diretrizes a serem seguidas para a prática dentro e fora do processo jurisdicional.³³³

Tanto nos Estados Unidos como na Austrália, a mediação parte de experiências locais até chegar a um consenso geral e a uma uniformização normativa, passando inicialmente por duas fases: experimentação e uniformização. No Brasil, bem como em países desenvolvidos da Europa, como Espanha, Portugal e Itália, mencionados neste estudo, inexistem essas duas fases iniciais, ou seja, o movimento vai diretamente à fase de normatização. A mediação é inserida no sistema jurídico por meio de leis, contando com o apoio da Escola da Magistratura e de organizações como a Ordem dos Advogados do

³³² PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? cit., p. 17.

³³³ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil* cit., p. 67.

Brasil. Embora esse apoio possa parecer natural, diferencia-se da história da consolidação da mediação no cenário internacional.³³⁴

A forma direta de legislar sem a devida vivência do instituto da mediação coloca-a como uma imposição aos jurisdicionados que não têm a prática e estão arraigados ao costume do sistema adversarial, o que é totalmente distinto do movimento norte-americano, em que o instituto da mediação nasceu da vivência de práticas locais, cujos experimentos foram evoluindo constantemente até chegar a uma uniformização, quando então foram criadas as normas.

Esse processo evolutivo demonstra que as culturas norte-americana e brasileira, a respeito do instituto da mediação, são totalmente distintas, haja vista que a mediação realizada nos Estados Unidos teve origem em uma prática cultural de várias localidades e que pouco a pouco evoluiu para uma uniformização, enquanto no Brasil não existiu a prática, tampouco a uniformização, e sim uma normatização composta de regras a serem impostas à sociedade e aos operadores de direito, cuja formação acadêmica é aquela do sistema adversarial.

Um dos objetivos da Resolução n.º 125 é, nos dizeres de Kazuo Watanabe,³³⁵ a transformação da sociedade brasileira, ou seja, da predominante cultura da sentença para uma cultura de paz, a qual somente se obterá com a mudança da mentalidade dos profissionais do direito e dos próprios jurisdicionados, que procuram a solução adjudicada por um juiz e a tem como a forma mais nobre de solução de controvérsias, quando a solução amigável pode propiciar uma solução mais célere, barata e exequível, uma vez que nasce do diálogo e do entendimento entre as partes conflitantes. Para se alcançar essa transformação social, é imprescindível a mudança do ensino jurídico, com a obrigatoriedade de disciplinas que proporcionem uma nova mentalidade voltada à solução amigável. Além disso, também faz-se necessário que as crianças e adolescentes recebam esses ensinamentos no Ensino Fundamental, para que, quando chegarem à fase adulta, tenham essa formação recebida na infância e na adolescência.

A adoção da mediação fornece vários benefícios, haja vista que, quando é bem-sucedida, ou seja, quando o procedimento resulta em um acordo consensual que põe fim ao

³³⁴ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil* cit. p. 67.

³³⁵ WATANABE, Kazuo. *Mediação como política pública social e judiciária* cit., p. 37.

litígio existente entre as partes, ela é rápida, informal, privada e barata. Isso significa que há menos probabilidade de levar as partes à ansiedade, medo ou *stress*, além de existirem benefícios mais sutis, porquanto a mediação concentra-se em interesses atuais e futuros. O resultado é geralmente voluntário, flexível, previsível, compreensível, controlável e final. O poder e o controle são transferidos para as partes que são livres para contar a sua história da maneira que melhor lhes aprouver, sem normas socialmente determinadas. Ademais, os recursos públicos são liberados do fardo de questões privadas.³³⁶

Segundo Daniela Monteiro Gabbay,³³⁷ a institucionalização da mediação no Brasil é positiva em vários sentidos: o Judiciário é um repositório de conflitos, devendo-se abrir à possibilidade dos meios autocompositivos dentro dele; viabiliza uma nova maneira, “informal”, de acesso à justiça; reduz a morosidade do Judiciário; possibilita a processualização da litigiosidade contida; reconhece os limites do Judiciário para processar e resolver todos os conflitos; há a fiscalização do Judiciário, na forma de homologação judicial. Conclui afirmando que se entende por institucionalização da mediação a implementação, regulação e suporte conferidos pelo Judiciário, seja antes do processo judicial, seja incidentalmente a ele, sem excluir a possibilidade da institucionalização da mediação em outros foros, tais como no Poder Executivo, mediante iniciativas do Ministério da Justiça e de Secretaria de Justiça.³³⁸

Discordamos dessa autora no que diz respeito à fiscalização do Judiciário na forma de homologação judicial, pois entendemos que o acordo firmado entre as partes provenientes do procedimento de mediação foi realizado com observância do princípio da voluntariedade, que o termo de acordo constitui um título extrajudicial e a chancela judicial por meio de uma sentença homologatória não tem o poder de fiscalizar, mas funciona

³³⁶ HARDY, Will. Mandatory mediation. Disponível em: <<http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>>. Acesso em: 29 maio 2016.

³³⁷ GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA*: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no Judiciário cit., p. 63-65.

³³⁸ Exemplo desse tipo de iniciativa, no Estado de São Paulo, o Centro de Integração da Cidadania (CIC) é um programa que visa proporcionar à sociedade os seus direitos por meio da participação popular e garantir formas alternativas de acesso à justiça. Os centros estão instalados em 16 postos fixos localizados em áreas de alta vulnerabilidade social da capital e do interior do Estado. Em suas Unidades, a população tem acesso a serviços públicos gratuitos e pode participar ativamente de ações para o desenvolvimento local em oito pontos da capital paulista e nos municípios de Cajamar, Ferraz de Vasconcelos, Guarulhos, Francisco Morato, Campinas, Pirapora do Bom Jesus, Jundiaí e São Vicente. Nas unidades, são oferecidas palestras sobre temas diversos, oficinas culturais, orientações sociais e jurídicas, mediação comunitária de conflitos... Disponível em: <<http://www.justica.sp.gov.br/portal/site/SJDC/menuitem.220ea16fda5b8da8e345f391390f8ca0/?vgnexto id=a98dcc533f73e310VgnVCM10000093f0c80aRCRD>>. Acesso em: 31 out. 2017.

como formalidade legal da parajurisdição, para transformar um título extrajudicial em judicial.³³⁹

4.2 Um novo enfoque para a mediação: um sistema coordenado de parajurisdição direcionado à solução de conflitos

Há argumentos favoráveis à obrigatoriedade da mediação, por exemplo, a sua eficiência na questão de aliviar o número de processos nos tribunais; a sua promoção entre os advogados que muitas vezes criticam esse mecanismo sem utilizá-lo; e a sua aplicação para os cidadãos que vão perceber a fragilidade de sua pretensão.

Contrariamente ao sistema de mediação obrigatória, temos: a interferência do direito à tutela efetiva; a contradição a respeito da sua natureza consensual; as suas dificuldades metodológicas entre relações de poder em desequilíbrio; e a ocultação de conflitos da esfera pública (o que poderá limitar a participação dos cidadãos na administração da justiça).³⁴⁰

As estatísticas demonstram que é alto o percentual de mediação experimentado nos casos em que as partes, após superar o primeiro encontro, são confiadas a um mediador para dialogar e chegar a uma solução, que, se não for necessariamente justa, pelo menos é compartilhada e negociada.

A escolha do procedimento de mediação deveria ser livre de condicionamentos e justificada em razão das vantagens asseguradas relativamente ao juízo de natureza estatal.

A principal vantagem da resolução autônoma está no conteúdo do acordo em relação ao conteúdo da sentença. A solução negociada da controvérsia pode modificar a

³³⁹ Na conformidade do art. 20 da Lei n.º 13.140/2015 – “O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial. (Nos moldes do artigo 784, inciso IV, última parte do CPC: *São títulos executivos extrajudiciais: IV – o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliadores credenciados pelo Tribunal.*)

³⁴⁰ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 239.

finalidade do objeto da lide, diferentemente da sentença, uma vez que a solução consensual é proveniente de negociação estabelecida pelas partes. Ainda, o acordo que resolve a controvérsia é hábil a produzir o mesmo resultado de um contrato negociado, o que leva as partes a satisfazer com êxito o procedimento.³⁴¹

4.2.1 A obrigatoriedade da audiência de mediação ou conciliação

Afirma Giovanni Verdi³⁴² que a legislação italiana garante a autonomia e a independência do juiz, que é imune à pressão de outros órgãos constitucionais, e a única sujeição é apenas o confronto da lei. No entanto, essa garantia se transforma em um limite, pois, se é verdade que os juízes estão sujeitos à lei, também o é que não podem ultrapassá-la e que na lei devem procurar encontrar a essência de valoração pré-constituída dos casos concretos.

Na Espanha, ensina Faustino Cordón³⁴³ que o juiz está submetido à lei e essa submissão constitui a garantia máxima de sua independência, é a aplicação da norma ao caso concreto limitando-se o juiz a ser quem pronuncia a palavra da lei. Enfatiza que o silogismo que definitivamente reconduz o raciocínio judicial não é puro do ponto de vista lógico, porque as premissas das quais o juiz extrai a conclusão não são homogêneas, o que determina, na prática, a impossibilidade de passar do geral para o particular de modo automático.

Na doutrina brasileira, Cândido Rangel Dinamarco³⁴⁴ destaca que o juiz está sujeito exclusivamente à sua consciência e à lei, entendendo-se por lei os atos normativos em geral, que vão da Constituição da República aos simples regulamentos e mesmo às súmulas vinculantes. O juiz deve se ater à observância da lei, ou seja, deve cumprir e fazer cumprir as normas nela contidas, partindo sempre do entendimento gramatical das palavras do texto.

³⁴¹ SACCARO, Francesca; POLIDORI, Rachele. Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions cit.

³⁴² VERDI, Giovanni. *Profili del processo civile*. Parte generale. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 6.

³⁴³ CORDÓN, Faustino. *Introducción al derecho procesal*. 3. ed. Pamplona: Eunsa, 1998. p. 40.

³⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 417-418.

Salienta Vicente Greco Filho³⁴⁵ que o juiz está sujeito à legalidade, cabendo-lhe, em primeiro lugar, aplicar as normas legais, e apenas no caso de lacuna da lei recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito. Esse princípio revela que o juiz é também escravo da lei, sendo sua função declarativa do que já consta na norma legal.

O legislador brasileiro não deixou opção ao magistrado senão de designar a audiência de mediação, pois, se estiverem presentes os requisitos essenciais da petição inicial e não for caso de improcedência liminar do pedido, prescreve o Código de Processo Civil no *caput* do artigo 334 que o juiz “designará” audiência de conciliação ou de mediação. Isso significa que se trata de um poder-dever, o qual o juiz não pode modificar, além do que a possibilidade de dispensa da audiência de mediação pelas partes, prevista nos §§ 4.º e 5.º do inciso II do artigo 334 do mesmo diploma legal, ficou suprimida pelo artigo 27 da Lei n.º 13.140/2015 (Lei de Mediação), por ser essa lei posterior e específica, tornando obrigatória a sua realização.

No entendimento de Carlos Alberto de Salles, o legislador do novo Código de Processo Civil optou pelo estatismo, quando deixou para o Judiciário o encargo de promover a conciliação e a mediação prévias em todos os processos distribuídos. Salienta que a tentativa de solução consensual não precisaria fazer parte do processo judicial como uma etapa a ser realizada dentro do Poder Judiciário e a exigência de demonstração pelas partes de uma tentativa de solução consensual não constituiria uma violação à garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional³⁴⁶ prevista no inciso XXXV do artigo 5.º da Carta Magna.

Saliente-se que, se não fosse um poder-dever, o legislador teria prescrito “poderá designar”, e não designará, e ainda utilizou o mesmo tempo verbal nos dois diplomas legais, ou seja, na lei codificada e na lei específica da mediação. Portanto, é evidente a obrigatoriedade da audiência de mediação imposta pelo *caput* do artigo 334 do Código e pelo artigo 27 da Lei n.º 13.140/2015, o que torna inócuos os ditames dos §§ 4.º e 5.º do artigo 334, devendo as partes se submeter ao procedimento de mediação, inexistindo qualquer outra opção de não realização da audiência.

³⁴⁵ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 240.

³⁴⁶ SALLES, Carlos Alberto de. *Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro*. São Paulo: USP, 2017. No prelo. p. 3. Vide também: TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 302.

No entanto, embora essa audiência, em tese, seja sempre obrigatória para o juiz que deverá designá-la quando estiverem presentes os requisitos da petição inicial e não for o caso de improcedência liminar, não existe sanção processual para a sua não designação, não sendo, inclusive, matéria impugnável por agravo de instrumento, uma vez que não está no rol de hipóteses previsto no artigo 1.015 do Código de Processo Civil.³⁴⁷

O legislador ainda determinou que a pauta de audiências de conciliação ou de mediação será organizada respeitando-se o intervalo de 20 minutos entre o início de uma e o início da seguinte (CPC, § 12 do artigo 334), determinando, ainda, que poderá haver mais de uma sessão destinada à conciliação ou à mediação, não podendo exceder a dois meses da data de realização da primeira sessão (CPC, § 2.º do artigo 334), ou seja, a lei codificada regula especificamente o trâmite e a duração do procedimento da conciliação e mediação, interferindo no procedimento não jurisdicional, o que demonstra o entrelaçamento entre o jurisdicional e o parajurisdicional.

A seguir, convém avaliar alguns contrapontos existentes quanto à obrigatoriedade, o princípio da voluntariedade e a existência de antinomias da legislação sobre o instituto da mediação.

4.2.1.1 O paradoxo da obrigatoriedade da audiência de conciliação/mediação e o princípio da voluntariedade

Os princípios que norteiam os meios alternativos de solução de controvérsias não são condizentes com a obrigatoriedade da participação daqueles que estão em conflito, constituindo-se um paradoxo.

Pelo princípio da autonomia da vontade das partes, estas devem participar da sessão de mediação voluntariamente, o que torna sem sentido a imposição do procedimento, por afrontar o sentimento daquele que não o quer.

³⁴⁷ SALLES, Carlos Alberto de. *Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro* cit., p. 4.

Qualquer tentativa de impor um processo formal e involuntário a uma das partes pode potencialmente prejudicar a razão de ser da mediação, uma vez que a mediação enfatiza a autodeterminação, a colaboração e as formas criativas de resolver uma disputa. Por conseguinte, deverão existir razões para a sua introdução obrigatória. A questão é saber se a introdução da mediação obrigatória avoca benefícios aceitáveis. Estudos apontam que a mediação melhora a comunicação entre as partes e os advogados; além disso, a maioria dos estudos mostra que os casos mediados têm uma taxa mais alta de liquidação em comparação aos casos não submetidos à mediação, como também há uma taxa de cumprimento maior para julgamentos resultantes da mediação em relação aos julgamentos judiciais.³⁴⁸

Algumas das vantagens da mediação, que devem ser colocadas em primeiro lugar, estão ligadas à liberdade de aceitação voluntária do processo de mediação, como a boa vontade e a abordagem do *slogan* do ganha-ganha, em que inexiste um perdedor, pois o resultado positivo é o consenso, diferente do processo judicial em que se tem o ganha-perde, ou seja, para que um saia vencedor, o outro terá que perder.

Conforme salienta Dorcas Quek,³⁴⁹ a reticência das partes quanto à mediação é consequência do desconhecimento ou ignorância do processo. Nesses casos, uma ordem judicial pode ser fundamental para ajudá-las a superar seus preconceitos ou a falta de compreensão. Estudos mostram que as partes que participaram da mediação com relutância se beneficiaram com o processo, embora tal participação não tenha sido voluntária.

Numa visão diametralmente oposta, Stavos Martin afirma que a mediação obrigatória pode ser vista como uma denegação de justiça, uma vez que as partes, que desejam uma decisão judicial, são forçadas a primeiro percorrer o procedimento de mediação. Ao mesmo tempo, a abordagem livre da justiça é um dos direitos fundamentais concedidos por numerosas convenções internacionais e constituições nacionais e tal negação pode representar uma séria ameaça à justiça. Ressalta que a mediação involuntária pode ser útil, especialmente em países que não tiveram muita experiência com o

³⁴⁸ QUEK, Dorcas. Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265223347_Mandatory_Mediation_An_Oxymoron_Examining_the_Feasibility_of_Implementing_a_Court-Mandated_Mediation_Program>. Acesso em: 28 maio 2016.

³⁴⁹ Id., Ibid.

procedimento de mediação, e até mesmo a discussão pública que acompanha a introdução da mediação obrigatória pode ser um grande meio para a promoção da mediação.³⁵⁰

As taxas de voluntariedade da mediação têm sido baixas em muitos locais e regiões. No sistema de London County Court Central da Inglaterra, em que a mediação se realizou apenas com o consentimento das partes, apenas 160 mediações ocorreram fora dos 4.500 casos em que a mediação foi oferecida. Em contraste, após a Inglaterra introduzir as Regras de Processo Civil, que autorizava os tribunais a incentivar o uso de ADR (com sanções financeiras), o número de disputas comerciais referidos para a mediação aumentou 141%. Assim, os benefícios do procedimento de mediação não são aproveitados quando as partes deixam de participar dele voluntariamente.³⁵¹

Para Will Hardy, qualquer discussão sobre mediação obrigatória afeta somente aquelas disputas em que as partes não estão dispostas a participar da mediação. Mediação involuntária é fundamentalmente diferente da mediação voluntária. Alguns dos benefícios da mediação somente são válidos quando existe a voluntariedade. A mediação pode ser inadequada ou ineficaz para determinados tipos de litígios. Existem vários casos em que a mediação não é apropriada, tais como aqueles em que houve violência.³⁵²

O legislador brasileiro optou pela obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, visto que, conforme o artigo 334 do Código de Processo Civil e o artigo 27 da Lei de Mediação, não será possível, como vimos, o acatamento unilateral do desinteresse pela autocomposição.

Girolamo Monteleone, ao discorrer sobre a obrigatoriedade da mediação, indaga sobre a necessidade de obrigar as partes a se submeterem à mediação.³⁵³ Supervalorizar a mediação não poderá, em longo prazo, transformá-la em mais um método ineficaz à solução de conflitos, tal como a sociedade hoje vê a jurisdição?³⁵⁴

Situação diversa é o caso de obrigatoriedade contratual de as partes recorrerem previamente à mediação, antes de submeterem o litígio ao Judiciário ou à arbitragem, pois,

³⁵⁰ MARTIN, Stavos. Mandatory mediation strikes back, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>>. Acesso em: 28 maio 2016.

³⁵¹ QUEK, Dorcas. Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program cit.

³⁵² HARDY, Will. Mandatory mediation cit.

³⁵³ MONTELEONE, Girolano. La mediazione “forzata” cit.

³⁵⁴ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação cit., p. 191-192.

nesse caso, o princípio da autonomia da vontade está sendo aplicado, uma vez que as partes acordaram voluntariamente em introduzir a cláusula da mediação, ou seja, deram o seu consentimento prévio à sua inserção no contrato. Aqui, ainda, deve-se considerar que, no âmbito dos contratos de adesão ou em condições gerais, ditas cláusulas teriam que respeitar a legislação aplicável a essa matéria, principalmente porque o princípio da autonomia da vontade das partes sofre limitações nas diversas formas de contratação.³⁵⁵

Quando existir a obrigatoriedade de participar do processo de mediação, como ocorre no Brasil e em outros países, como a Itália, as partes devem ter a liberdade de optar pela continuidade ou não do processo.

Kazuo Watanabe, ao se manifestar a respeito da mediação determinada pelo juiz, afirma que é obrigatória quanto à tentativa, mas a conciliação é de inteira liberdade das partes. No entanto, o referido autor demonstrou a sua preocupação em seminário realizado em 2013, no Centro de Estudos Jurídicos do Conselho Nacional de Justiça, alegando que era mais favorável à mediação determinada pelo juiz no curso do processo, somente quando o magistrado vislumbrasse a possibilidade de as partes se entenderem diante de um terceiro imparcial, o mediador. Discorreu sobre o seu receio de que, se fosse dada a todas as causas ajuizadas a mesma necessidade de tentativa de mediação sem que houvesse uma indicação de que as partes queriam adotar essa solução amigável, haveria grande risco de essa tentativa obrigatória virar um formalismo desnecessário. Salientou que participou da reforma processual que introduziu modificação no artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, cujo objetivo era fazer com que o juiz fosse mais ativo antes do saneamento do processo e, assim, estabelecesse os pontos controvertidos, conversasse com as partes e buscasse a conciliação, ou seja, a modificação visava fazer com que o juiz se envolvesse mais nas técnicas de pacificação das partes. No entanto, na prática, muitos juízes, dependendo da mentalidade e da sua formação, transformaram essa oportunidade em mera formalidade, perguntando às partes se havia ou não possibilidade de acordo, e, à negativa, proferiam o despacho saneador, dando continuidade à instrução da causa. Para o jurista, a mediação destina-se à pacificação da sociedade, e não à solução de conflitos.³⁵⁶

A tendência de ordenamentos jurídicos que restringem a exigência de voluntariedade somente à obtenção do acordo, consagrando sistemas obrigatórios de

³⁵⁵ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 233.

³⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. *Revista CEJ*, Brasília, 22, p. 47 e 50, 2013. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2016.

mediação, aqueles cujas partes são forçadas a submeter-se ao procedimento de mediação, com caráter prévio a seu acesso aos tribunais ou à arbitragem, é criticada por Catia Cebola Marques.³⁵⁷

O sistema inglês não contempla a mediação obrigatória, segundo Neil Andrews,³⁵⁸ pois não requer que as partes envolvidas recorram primeiramente à mediação antes de permitir o exame judicial da controvérsia. Embora os juízes não se envolvam diretamente nas sessões de mediações, os tribunais estão preparados para induzir isso indiretamente, suspendendo o processo judicial para oportunizar a mediação, impondo altas custas, se uma das partes rejeita sugestões para uma tentativa de mediação, sem que apresente um motivo plausível. Por conseguinte, o aumento do número de mediações consolidou uma cultura de acordos, dando ênfase às ADRs e o processo judicial tornou-se um dos últimos recursos a serem utilizados pelas partes conflitantes na Inglaterra. A explicação para tal fato é de origem econômica, pois tanto o público em geral como as grandes empresas e departamentos governamentais não querem gastar grandes quantias em questões litigiosas, uma vez que os conflitos comerciais e outros litígios complexos exigem representação legal por advogados qualificados e isso consome altas quantias. Além do fator econômico que afeta a decisão de tentar fazer um acordo, submetendo-se ao procedimento de mediação ou arbitragem, a parte também objetiva evitar a incerteza, a demora e a publicidade envolvidas nos processos litigiosos. A escolha por vias não oficiais de solução de conflitos, tanto por motivos econômicos como por quaisquer outros, é apoiada e patrocinada pelo governo e pela atividade judicial. A proposta é de que o processo judicial seja considerado como última opção para os litígios na Inglaterra.

A obrigatoriedade da mediação confronta um dos principais princípios que a regem, ou seja, o princípio da autonomia da vontade ou voluntariedade, uma vez que se presume que a imposição proveniente da obrigatoriedade afronta a espontaneidade das partes.

Verificamos, porém, que nem tudo é obrigatório no regime de obrigatoriedade do procedimento de mediação do ordenamento brasileiro, pois a obrigatoriedade restringe-se

³⁵⁷ CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos cit., p. 233.

³⁵⁸ ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009. p. 30.

somente à tentativa de mediação, não obrigando qualquer das partes a firmar um acordo, podendo estas, iniciado o procedimento, rejeitá-lo em qualquer momento posterior.

Em razão da nossa tradição adversarial, os meios alternativos de solução de conflitos ainda são vistos como inidôneos a solucionar conflitos em nossa sociedade, por uma falha cultural, relacionada com a descrença de que os litígios possam ser solucionados com o consenso das partes, além de o costume da utilização do Poder Judiciário estar arraigado não somente nos operadores do direito, como também nos jurisdicionados.

Em decorrência, se a tentativa de mediação não fosse obrigatória, dificilmente haveria a utilização desse meio pelos jurisdicionados, pois a mudança de uma cultura adversarial para uma cultura de pacificação não se faz rapidamente, mas em doses lentas, pois interfere na transformação da mentalidade tradicional de todos os envolvidos.

Nesse sentido, comentam Durval Hale, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Trícia Navarro Xavier Cabral³⁵⁹ que, em países onde se usa a expressão “mediação obrigatória”, como a Argentina e a Itália, não se pode obrigar a nenhuma das partes a efetivamente engajar-se em mediação; o que é possível é tornar exequível a obrigatoriedade de comparecimento à primeira reunião de mediação. Dessa maneira, a prerrogativa do poder de coerção, prerrogativa exclusiva do poder estatal, somente deve ser utilizada para complementar a previsão, legal ou contratual, de comparecimento das partes à primeira reunião de mediação extrajudicial.

Na mediação, quando se ultrapassa o primeiro obstáculo, ou seja, a participação das partes e advogados na audiência de mediação, o procedimento poderá proporcionar uma aproximação das partes e dos advogados, restabelecendo o diálogo entre todos, com o aumento das chances de uma solução consensual da contenda e de uma melhor convivência no futuro.

Os operadores do direito devem estar imbuídos do espírito cooperativo preconizado pelo novo regime processual e se dispor a uma mudança de mentalidade, para assim caminharem rumo ao desconhecido mundo da mediação, tornando-o mais corriqueiro, mas não como mera formalidade procedimental, e sim como uma real forma

³⁵⁹ HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil* cit. p. 156.

de solução consensual de controvérsia, o que contribuirá para a transformação da cultura adversarial em cultura da pacificação.

4.2.1.2 Da necessidade da audiência de conciliação ou mediação

O Novo Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, inovou ao determinar a necessidade da audiência de conciliação ou mediação, quando se tratar de direitos que admitam transação, ou seja, que não sejam indisponíveis.

A audiência ocorrerá necessariamente na conformidade do *caput* do artigo 334. A única exceção à obrigatoriedade está prevista no § 4.º, I, e § 5.º, do mesmo artigo, o qual prescreve que a audiência não será realizada, se ambas as partes expressamente manifestarem desinteresse na composição consensual, devendo o autor indicar, já na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, que deverá ser apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência.

O § 8.º do artigo 334 do novo Código determina que o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. Esse dispositivo demonstra a obrigatoriedade da audiência de conciliação, uma vez que não há possibilidade de ser obstada unilateralmente por qualquer das partes.

Da leitura dos artigos 3.º e 27 da Lei n.º 13.140/2015 extrai-se a obrigatoriedade da audiência de mediação, uma vez que a redação deste último determina que o juiz designará audiência de mediação, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for caso de improcedência liminar do pedido. Denota-se que o termo “designará” é impositivo, não deixando chance ao magistrado de não atendê-lo, constituindo-se um poder-dever do magistrado.

Atente-se que a Lei de Mediação não repete a possibilidade de que ambas as partes possam se opor à audiência de mediação conforme prevista no Novo Código de Processo Civil (artigo 334, §§ 4.º e 5.º), e, em caso de incompatibilidade, a lei específica prevalecerá.

Quanto à opção estatista do Código de Processo Civil, de deixar para o Judiciário o encargo de promover conciliação e mediação prévias em todos os processos distribuídos, Carlos Alberto de Salles³⁶⁰ apresenta a sua crítica, afirmando que essa prática é inviabilizada em grande parte dos órgãos jurisdicionais. Salienta que a obrigatoriedade de as partes se submeterem a uma tentativa de solução amigável não precisaria ser colocada como uma etapa do processo judicial. Destaca que, além disso, para o juiz, em tese, a audiência é sempre obrigatória, devendo designá-la se estiverem presentes os requisitos da petição inicial e não for o caso de improcedência liminar. No entanto, a lei não estabelece qualquer sanção de cunho processual, como nulidade ou preclusão, e a matéria sequer é impugnável por recurso de agravo de instrumento, uma vez que não está contemplada nas hipóteses do artigo 1.015 do Código de Processo Civil. Com isso, a obrigatoriedade de uma tentativa de solução consensual que serviria para impulsionar os Mascos acaba fadada ao insucesso, quer pelo desuso, quer pelas disfunções geradas no desenvolvimento do processo, podendo inclusive contribuir com o aumento na demora de tramitação processual, ou, ainda, com a submissão das partes a mediadores e conciliados que não tenham o devido preparo para exercer essas funções.

4.2.1.3 A antinomia entre o Código de Processo Civil e a Lei de Mediação

O novo Código de Processo Civil contempla regras sobre a mediação judicial em vários de seus dispositivos e a Lei de Mediação, promulgada posteriormente, mas com vigência anterior ao Código, embora tenha dispositivos semelhantes, aponta diferenças evidentes. A indagação que se faz é: qual dessas normas deve prevalecer?

A resposta leva-nos a analisar a Lei de Introdução às Normas no Direito Brasileiro, Decreto-lei n.º 4.657/1942 atualizado pela Lei n.º 12.376/2010, que contempla vários critérios da hermenêutica jurídica.

O conflito aflorado em saber qual de duas normas válidas, dois princípios, ou de uma norma e um princípio geral de direito em sua aplicação prática a um caso particular deve prevalecer é denominado antinomia, ou seja, “é a presença de duas normas

³⁶⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro* cit. Vide também: MENDONÇA, Fernando Hideki. *Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar*. 2016. Tese de Láurea – USP, São Paulo.

conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso particular”.³⁶¹ É o que ocorre entre alguns dispositivos relativos à mediação judicial no novo Código e a Lei de Mediação.

No caso das antinomias, para solucioná-las, Norberto Bobbio³⁶² ensina que se utilizam dois critérios: cronológico e especialidade.

Pelo critério cronológico, também chamado de *lex posterior*, prevalece a lei sucessiva: *lex posterior derogat priori*, sendo regra geral do direito que a vontade sucessiva ab-rogue a anterior. Assim, se existirem dois atos emanados da mesma pessoa, será válido o que se realizou por último. A justificativa para esse critério é a presunção de que o legislador não se presta a fazer algo inútil e sem objetivos; assim, se devesse prevalecer a norma anterior, a lei sucessiva seria um ato inútil e sem objetivo.

Aplicando-se o critério cronológico, embora a Lei de Mediação n.º 13.140/2015 tenha sido publicada em 29 de junho de 2015, após a promulgação do Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, que ocorreu em 15 de março de 2015, resta verificar a data de entrada em vigor de ambos os ordenamentos, tendo sido a *vacatio legis* da Lei de Mediação de 180 dias e entrado em vigor em 26 de dezembro de 2015; a *vacatio legis* do Código de Processo Civil foi de um ano, ou seja, teve a sua vigência a partir de 16 de março de 2016.

Levando-se em conta a data de vigência das normas, o Código de Processo Civil é lei posterior à Lei de Mediação e, por indução, conclui-se que pelo critério cronológico é o Código que prevalecerá em caso da existência de alguma antinomia.

O critério da especialidade, *lex specialis*, baseia-se na existência de duas normas incompatíveis, uma geral e outra especial (ou excepcional), em que prevalece esta última: *lex specialis derogat generali*. Nesse critério, a razão é clara: lei especial é aquela que derroga uma lei mais geral, ou seja, subtrai uma parte da matéria da norma geral para submetê-la a uma regulamentação diversa, contrária ou contraditória. Esse processo de passagem da regra geral para a regra específica coaduna-se com o processo natural de diferenciação das categorias das normas. Nesse processo de especialização gradual, realizado por meio das leis especiais, é colocada em prática uma das regras fundamentais

³⁶¹ DINIZ, Maria Helena. *Teoria geral do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1, p. 85.

³⁶² BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 239-241.

de justiça, a do *suum cuique tribuere*. A lei especial deve prevalecer sobre a lei geral, pois representa o desenvolvimento de um ordenamento.

Por esse critério não há dúvida de que o Código de Processo Civil é lei geral, uma vez que trata de regras gerais de processo, dentre as quais também contempla regras sobre a mediação judicial em diversos dispositivos. Quanto à Lei de Mediação, é lei específica por possuir em sua definição todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes.³⁶³ Assim, pelo critério da especialidade, prevaleceria a Lei de Mediação.

Na ocorrência sucessiva de lei geral e lei especial, importa uma antinomia total-parcial. Não se dá a supressão total da lei geral, mas apenas da parte que esteja em conflito com a lei especial.³⁶⁴

Nesse sentido, Hans Kelsen leciona que a derrogação de uma norma por outra não é um primado da lógica (mas sim jurídico-positivo), uma vez que decorre de uma terceira norma que determina, caso haja conflito, qual das normas prevalecerá.³⁶⁵ Essa terceira norma que dirime o conflito é a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro, Lei n.º 12.376/2010.³⁶⁶

Maria Helena Diniz³⁶⁷ menciona um terceiro critério: o hierárquico *lex superior derogat legi inferiori*, baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra. Esse critério servirá para solucionar conflitos de normas em diferentes níveis,

³⁶³ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011. p. 96. “Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta... A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na lei especial que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica.”

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Teoria geral do direito* cit., p. 242. No mesmo sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil cit., p. 51-53; e RODOVALHO, Thiago. *Mediação obrigatória?* 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/17620584/Mediação_obrigatória>. Acesso em: 7 maio 2016. Vide também: Fernanda Tartuce defende a tese do diálogo entre fontes; para a autora, em casos de dúvida quanto à aplicação de um ou outro instrumento normativo, o intérprete deverá conduzir sua conclusão rumo à resposta que mais se coadune com os princípios da mediação (TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis* cit., p. 271-273).

³⁶⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 160-162.

³⁶⁶ DUARTE, Zulmar. *A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação*. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 7 maio 2016.

³⁶⁷ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 433-434.

embora, às vezes, possa haver incerteza na decisão sobre qual das normas antinômicas é a superior. Salienta que desses critérios o mais sólido é o hierárquico, mas é preciso não olvidar que, havendo antinomia, ou mesmo lacuna de conflito, em casos excepcionais o valor *justum* deverá prevalecer entre duas normas incompatíveis, devendo-se seguir a mais justa e a mais favorável. Embora o Código de Processo Civil seja uma lei complementar e a Lei de Mediação seja uma lei ordinária,³⁶⁸ ambas são infraconstitucionais, não se aplicando o critério hierárquico.

Embora os critérios analisados possam solucionar os problemas de antinomias normativas, poderá haver situações em que surgem antinomias entre os próprios critérios, quando a um conflito de normas seriam aplicáveis dois critérios, que, contudo, não poderiam ser utilizados concomitantemente na solução da antinomia, pois a aplicação de um levaria à preferência de uma das normas, e a de outro resultaria na escolha da outra norma. Assim, se aplicarmos concomitantemente os critérios da especialidade e o cronológico entre a Lei de Mediação (norma anterior-especial) e o Código de Processo Civil (norma posterior-geral), seria a primeira preferida pelo critério da especialidade e a segunda pelo critério cronológico.

Nessa situação, deve-se socorrer a metacritérios para resolver a antinomia, a metarregra *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo a qual a regra da especialidade deverá prevalecer sobre a cronológica.³⁶⁹

Por conseguinte, partindo-se das premissas de que a lei especial derroga a lei geral, bem como o Novo Código de Processo Civil é lei geral e a Lei da Mediação é lei específica, nas incompatibilidades relativas à mediação existentes entre o Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação prevalecerá a Lei de Mediação (lei especial), somente na parte da lei geral que for incompatível com a lei específica.

Após examinarmos o tratamento das antinomias, abordaremos a mediação como técnica instrumental e seu entrelaçamento no nosso sistema jurisdicional.

³⁶⁸ Sobre a hierarquia das leis vide: GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 36.

³⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito* cit., p. 436. Vide Também: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993. p. 189.

4.3 A mediação como técnica instrumental de parajurisdição no sistema processual

A mediação extrajudicial efetuada em um Cejusc, cuja gestão é exercida por um juiz e está diretamente subordinada ao Poder Judiciário, ou até mesmo aquela realizada em uma Câmara Privada de Conciliação e Mediação, poderá ser homologada por sentença, passando a se constituir em título judicial passível de ser executado na conformidade com o inciso III do artigo 515 do Código de Processo Civil.

Os Cejusc são coordenados por juízes, aos quais cabem a fiscalização e a orientação dos servidores responsáveis pela triagem dos casos, o acompanhamento da capacitação e da atuação de conciliadores e mediadores, a sua seleção, com a inclusão e a exclusão do cadastro do respectivo Tribunal. É indispensável que os juízes e serventuários da justiça tenham uma capacitação específica, pois o sucesso do Cejusc depende da correta explicação sobre os métodos de solução de conflitos disponíveis, ou seja, judicial, extrajudicial: conciliação e mediação, possibilitando a escolha do meio mais adequado pelas partes. A pessoa responsável pela triagem dos casos deve conhecer com profundidade todos os métodos de solução de conflitos disponíveis e seus respectivos procedimentos a fim de prestar esclarecimentos às partes, as quais devem tomar uma decisão consciente a respeito do método a ser utilizado para a solução do conflito em que estão envolvidas, informando-lhes das vantagens e desvantagens de cada qual, indicando-lhes o mais adequado ao caso concreto, explicando-lhes como funcionará o procedimento escolhido, oportunizando uma opção consciente da técnica mais adequada ao seu conflito. Saliente-se que, embora a indicação do método seja feita pelo juiz, serventário ou técnico, a definição sempre caberá às partes.³⁷⁰

Nesse contexto, cabe uma abordagem sobre o princípio da cooperação que se encontra inserido no “novo” Código de Processo Civil e a atividade da mediação.

³⁷⁰ LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc*: Centro Judiciário de Solução de Conflitos cit., p. 26-27.

4.3.1 Princípio da cooperação e a atividade da mediação

O novo Código de Processo Civil enaltece o princípio da cooperação e o faz em seu artigo 6.º ao prescrever: “todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

No raciocínio de Humberto Theodoro Júnior,³⁷¹ essa cooperação é mais significativa entre a parte e o juiz, uma vez que as partes entre si têm interesses antagônicos em conflito, o que demonstra não ser razoável a cooperação com a parte adversa para facilitar-lhe o sucesso processual. Ressalta que o princípio da cooperação se manifesta com maior intensidade quando invocado como dever do juiz perante a parte, pois o sistema do processo projetado para ser justo pela Constituição exige que o juiz seja cooperativo e comprometido em proporcionar condições para a melhor tutela possível aos direitos lesados. A inafastabilidade do princípio da cooperação, sua relevância e a assistência do juiz para com as partes estão demonstradas no contraditório efetivo e na inviolabilidade do direito de defesa.

O processo deve ser orientado pelo diálogo e comunicação entre os sujeitos processuais, acrescido da oralidade e do aumento da atividade do juiz a fim de possibilitar uma melhor adequação das regras processuais, quando inadequadas, para a justa composição do litígio. A ideia de instrumentalidade deve ser prestigiada, evitando-se a supervalorização das regras técnicas em detrimento dos princípios fundamentais do direito processual, buscando a humanização do processo, para que a sociedade tenha um eficiente meio ético e técnico de pacificação social, dotado de efetividade, obtido por meio da cooperação entre todos os que participam do processo.³⁷²

Há uma semelhança no direito italiano, em que a busca da igualdade das partes no processo vai se difundindo no efetivo contraditório, o qual exige atribuição necessária de poderes de iniciativa oficiosa do juiz, ou seja, na colaboração dele com as partes.³⁷³ Quando se fala em processo justo no direito italiano, demonstra Luigi Paolo Comoglio que há previsão constitucional:

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio de cooperação cit., p. 64-65.

³⁷² GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, n. 172, p. 36-37, jun. 2009.

³⁷³ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999. p. 219.

[...] le garanzie minime (di per sé indispensabili e sufficienti), la cui contestuale presenza è il solo presidio che consenta ad ogni processo di potersi qualificare come giusto: cioè, in base al 2 comma dell'art. 111, il contraddittorio tra le parti, *in condizioni di parità, davanti a un giudice terzo e imparziale*, e la ragionevole durata (che la legge in ogni caso deve assicurare).³⁷⁴

Em outras palavras, Kazuo Watanabe,³⁷⁵ ao falar da participação da comunidade na administração da justiça na experiência dos Juizados Especiais Informais de Conciliação e Juizados Especiais de Pequenas Causas, salienta que a deformalização (mais informalidade) e delegalização (menos legalismo e mais equidade) têm constituído uma inovação naqueles Juizados transparecendo vantagens que se consubstanciam em maior celeridade e maior aderência da justiça à realidade social, e num sentido pedagógico propicia o espírito de “colaboração”.

Observa José Carlos Baptista Puoli que a busca da cooperação das partes para com a atividade judiciária vem sendo caracterizada nos sistemas modernos, para a melhoria qualitativa e quantitativa dos dados levados em consideração no momento do julgamento. Salienta que, na verdade, o diálogo cooperativo será condição fundamental para a verificação concreta do alcance dos princípios constitucionais do processo, entre eles o princípio do devido processo legal e o princípio do contraditório.³⁷⁶

Salienta Eduardo Talamini³⁷⁷ que a formulação teórica do dever de cooperação tem origem no direito civil, trata-se do reconhecimento da existência nas relações obrigacionais, dos deveres de conduta acessórios que impõe às partes a cooperação quanto à informação, esclarecimento, prevenção, auxílio. Também não é novidade no processo civil a ideia de cooperação, visto que havia sido doutrinariamente desenvolvida por processualistas de renome, como Barbosa Moreira.³⁷⁸ Consiste na colaboração entre todos os sujeitos do processo, seja do juiz como autoridade estatal, seja dos jurisdicionados, partes em posições antagônicas, para que a relação jurídica se desenvolva de forma dinâmica até se obter uma resposta jurisdicional.

³⁷⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p. 268.

³⁷⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna cit., p. 133.

³⁷⁶ PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil* cit., p. 47.

³⁷⁷ TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, set. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em: 22 maio 2017.

³⁷⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*. São Paulo: Saraiva, p. 39-47, 1994. (Temas de direito processual, 5.). Vide também: *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. São Paulo: Saraiva, p. 45-46, 1989. (Temas de direito processual, 4.)

No entanto, embora o artigo 6.º do “novo” Código de Processo Civil prescreva que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si, e entre esses sujeitos inclua-se o juiz, que se encontra na posição de autoridade estatal, não nos parece razoável cobrar colaboração das partes processuais, em razão de seus interesses antagônicos.

A despeito disso, no desenvolvimento da relação jurídica processual há a necessidade de efetiva participação não somente das partes, como também do juiz, uma vez que, “se o contraditório é segurança de participação, o sujeito imparcial do processo é abrangido pelas ideias norteadoras desse princípio”.³⁷⁹ Nesse sentido, verifica-se que, quando a lei determina que todos devem cooperar entre si, está-se também estabelecendo a participação ativa do juiz na função de assegurar às partes a real igualdade de tratamento e de oportunidades, que se reporta também ao princípio da igualdade.

Atualmente, o processo requer efetivo comportamento ético das partes, inclusive de terceiros, a fim de alcançar a verdade e obter uma solução justa, em um prazo razoável.

Portanto, ao discorrer sobre o princípio de cooperação, Fredie Didier Jr. afirma que o magistrado deve adotar uma postura de diálogo com todos os participantes do processo, pedindo esclarecimentos ou dando-lhes orientações quando for o caso.

Encara-se o processo como produto da atividade cooperativa: cada qual com as suas funções, mas todos com o objetivo comum, que é a prolação do ato final (decisão do magistrado sobre o objeto litigioso). Traz-se o magistrado ao debate processual: prestigiam-se o diálogo e o equilíbrio.³⁸⁰

Daniel Mitidiero,³⁸¹ por sua vez, discorre sobre processo cooperativo e parte da ideia de que o Estado tem o dever de propiciar condições para que a sociedade seja organizada de maneira livre, justa e solidária, e esse fundamento encontra-se no princípio da dignidade humana, em que os indivíduos, Estado e sociedade ocupam posições coordenadas, com previsão de deveres de conduta tanto para as partes como para o órgão jurisdicional, tais como deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio. O juiz tem um papel redimensionado, assumindo uma dupla posição, ou seja, mostra-se paritário na condução do processo, no diálogo processual, sendo, contudo, assimétrico quando

³⁷⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: _____; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Questões polêmicas. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52. p. 21.

³⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 76, set. 2006.

³⁸¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009. p. 102.

necessitar decidir a causa. Essa dupla posição do juiz e o esforço das posições jurídicas das partes conferem marca ao processo civil cooperativo, manifestando-se ao longo de todo o formalismo processual.

A cooperação exige que os sujeitos processuais concentrem e reúnam esforços objetivando uma tramitação eficiente da demanda. A exigência da maior eficiência na prestação jurisdicional e o dever de cooperação passam a impor um maior reconhecimento da possibilidade de flexibilização pelo juiz e pelas partes, em determinado caso concreto.³⁸² Segundo Carlos Alberto Álvaro de Oliveira,³⁸³ dentro da visão cooperativista, “não obstante a liberdade desfrutada pelo órgão judicial na valorização jurídica da realidade externa ao processo, as partes podem e devem aportar a sua cooperação a respeito”.

É nesse sentido que o princípio de cooperação vai influenciar o procedimento da mediação, o atendimento do artigo 334 do Código de Processo Civil e artigo 27 da Lei n.º 13.140/2015, ou seja, a designação da audiência de mediação pelo juiz, com o comparecimento das partes para uma tentativa de restabelecimento do diálogo entre elas, objetivando o consenso. Não se pode olvidar que a opção do autor pela realização ou não da audiência de conciliação ou mediação é requisito essencial da petição inicial conforme inciso VII do artigo 319 do Código de Processo Civil.

Após discorrermos sobre o princípio da cooperação, da mediação num sistema coordenado de parajurisdição, bem como sua técnica instrumental, passaremos à elaboração de um conceito de parajurisdição.

³⁸² REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 133, p. 13-14, abr. 2014.

³⁸³ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 64, n. 1 e 2, p. 172, 2003. Ainda: “a ideia de cooperação, além de implicar, sim, um juiz ativo, colocado no centro da controvérsia, importará senão o restabelecimento do caráter isonômico do processo pelo menos a busca de um ponto de equilíbrio. Esse objetivo impõe-se alcançado pelo fortalecimento dos poderes das partes, por sua participação mais ativa e leal no processo de formação da decisão, em consonância com uma visão não autoritária do papel do juiz e mais contemporânea quanto a divisão do trabalho entre o órgão judicial e as partes” (Idem, p. 187).

4.4 Conceito de parajurisdição no procedimento da mediação

No campo das ciências, as construções terminológicas são exigências para identificar um fenômeno, de modo que as pré-concepções de senso comum sejam investidas de uma linguagem técnica, a fim de que os significados possibilitem compreensões exegéticas. Assim, tanto ao conceituar como ao definir um termo, a elaboração perpassa por características e natureza específica do fenômeno observado.

Leonidas Hegenberg esclarece que “as palavras não são apenas coleções de coisas ou eventos, pois elas possuem um significado: palavras são símbolos”. E destaca ainda que “o significado de uma palavra não é algo que o homem ‘descobre’; o significado se associa a uma palavra por acordo entre os usuários de uma linguagem”, ou seja, tanto para o modo formal quanto para o uso, “a palavra possui significado na medida em que existam convenções que estabeleçam seu significado”. O estágio de desenvolvimento de determinada palavra no campo científico leva à sua definição técnica para fixar a convenção. Nesse sentido:

A definição não é verdadeira nem falsa – é apropriada ou não, conforme as convenções estabelecidas. Em muitos casos, a definição se assemelha a um enunciado de fato. Regras, exatamente como as propostas, podem ser aceitas ou não, observadas ou violadas, de modo que resultam meios para decidir se uma palavra foi ou deixou de ser “apropriadamente” utilizada.³⁸⁴

Explicando sobre a construção do significado de um termo, Maurício Godinho Delgado assevera que “definir um fenômeno consiste na atividade intelectual de apreender e desvelar seus elementos componentes e o nexos lógico que os mantém integrados”, e sintetiza pontuando que “definição é, pois, a declaração da estrutura essencial de determinado fenômeno, com os seus integrantes e o vínculo que os preserva unidos”.³⁸⁵

Na formação das palavras, são vários os tipos de derivação e, no caso do termo “parajurisdição”, sua composição é feita por justaposição, ou seja, através do processo em que se conserva a autonomia fonológica dos morfemas lexicais constituintes da nova palavra.³⁸⁶

³⁸⁴ HEGENBERG, Leonidas. *Definições: termos teóricos e significado*. São Paulo: Cultrix, 1974. p. 20.

³⁸⁵ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002. p. 47.

³⁸⁶ CARVALHO, José Augusto. *Gramática superior da língua portuguesa*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2007. p. 82-83.

O termo “parajurisdição”, nesta pesquisa, tem como conotação outro significado do que apenas duas realidades paralelas: jurisdição – fora da jurisdição. O investimento semântico para compreender o que seja “parajurisdição” no procedimento da mediação passa pela tarefa da sua específica definição, ou seja, o vocábulo “parajurisdição”, composto de duas palavras “para” e “jurisdição”, tem como acepção própria não uma realidade dicotômica ou dois espaços jurídicos distintos, e, sim, uma condição de complementaridade, a partir da base jurídico-legal na qual se situa a mediação no Brasil.

Cabe destacar que o prefixo “para” não se encontra como uma condição de divisão de dois fenômenos, nem como uma contradição. Ele amplia e complementa o campo da jurisdição tradicional, constituída sob a força do *imperium legis*, de que a jurisdição clássica de dizer o direito está conferida apenas ao juiz. A abertura para compreender a mediação como uma parajurisdição no sistema judicial decorre de lei na medida em que ela confere à atuação do mediador uma função – e a função também integra o ideário conceitual de jurisdição. Além disso, a mediação é uma atividade técnica, e a jurisdição também é considerada atividade estatal.

Segundo Celso Cunha e Luís F. Lindley Cintra,³⁸⁷ denomina-se

[...] *formação de palavras*, o conjunto de processos morfossintáticos que permitem a criação de unidades novas com base em morfemas lexicais. Utilizam-se, assim, para formar as palavras, os afixos de derivação ou os procedimentos de composição.

Quanto ao prefixo “para”, Evanildo Bechara explica que uma das fontes lexicais da língua portuguesa são empréstimos que podem vir de outra comunidade linguística da mesma língua histórica, tais como regionalismos, nomenclatura técnica e gírias, ou ainda de outras línguas estrangeiras, e, no caso, o prefixo “para” tem origem grega e se incorpora ao léxico da língua portuguesa.³⁸⁸

Um dos significados do prefixo “para” indica “proximidade”; “ao lado de”, “ao longo de”; elemento acessório, subsidiário; em outros: oposição: paramilitar, paragênese,

³⁸⁷ CUNHA, Celso; CINTRA, Luís F. Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001. p. 83.

³⁸⁸ BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009. p. 294. “[...] os prefixos assumem valor semântico que emprestam ao radical um novo significado, patenteando, assim, a sua natureza de elemento mórfico de significação externa subsidiária. Baseados nisto, a gramática antiga e vários autores modernos fazem da prefixação um processo de composição de palavras (Idem, p. 298). RIBEIRO, Julio. *Grammatica Portuguesa*. São Paulo: Typ. Jorge Seckler, 1881. p. 153.

paradoxo.³⁸⁹ Na formação da palavra por justaposição, os vocábulos que se combinam são colocados lado a lado, mantendo a sua autonomia fonética.³⁹⁰

Etimologicamente, a palavra “jurisdição”, que vem do latim *jurisdictio*, significa “dizer o direito”.³⁹¹ No termo parajurisdição, o prefixo “para” demonstra proximidade, ao lado de, ao longo de, que caminha paralela e complementarmente.

Moacyr Amaral Santos destaca que a jurisdição, embora dividida em competências, é una. A função do Estado é realizar a paz e a ordem jurídica. Além disso, o jurista declara que “a função jurisdicional é, assim, como um prolongamento da função legislativa, e a pressupõe”,³⁹² regendo eventuais composições de conflitos.

A jurisdição, como função estatal, nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco, tem conotações próprias, de imperatividade e inevitabilidade, ausentes nos outros meios de solução de conflitos.³⁹³ É por essa razão que afirmamos que os outros meios de solução de conflitos são parajurisdicionais.

Carlos Alberto de Salles,³⁹⁴ ao falar do conceito de jurisdição de forma ampla, afirma que jurisdição é poder, justificando que esse conceito se coaduna com a noção trifacetada de jurisdição como poder, função e atividade, feita pela doutrina de processo, explicando: poder de proferir decisões imperativamente, com a possibilidade de gerar o seu próprio cumprimento; função de pacificar conflitos, sendo a atividade do juiz estatal a realização das duas primeiras tarefas. Saliencia que atualmente ao direito processual

³⁸⁹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010. p. 1558. Macambira descreve o prefixo “para” como “perto de”, no sentido de semelhança, por exemplo, *parassíntese que quer dizer coisa perto de composição, isto é, semelhante à composição* (MACAMBIRA, José Rebouças. *Português estrutural*. São Paulo: Enio Matheus Guazzelli, 1978. p. 70).

³⁹⁰ KOCK, Ingedore Grunfeld Vilaça; SILVA, Maria Cecília Pérez de Souza. *Linguística aplicada ao português: morfologia*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1994. p. 34. A palavra “paraestatal” significa em inglês: *quase-public organization* (PINHO, Manoel Orlando de Moraes. *Dicionário de termos de negócio*. Português/Inglês. São Paulo: Atlas, 1995. p. 124).

³⁹¹ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1, p. 7.

³⁹² AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73 e 67.

³⁹³ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil* cit., p. 122. Segundo o autor: “Melhor seria se não fosse necessária tutela alguma às pessoas, se todos cumprissem suas obrigações e ninguém causasse danos nem se aventurasse em pretensões contrárias ao direito. Como esse ideal é utópico, faz-se necessário pacificar as pessoas de alguma forma eficiente, eliminando os conflitos que as envolvem e fazendo justiça. O processo estatal é um caminho possível, mas outros existem que, se bem ativados, podem ser de muita utilidade”.

³⁹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em processos administrativos* cit., p. 88-89.

colocou-se o desafio de englobar mecanismos não estatais para solucionar controvérsias, o que exige uma reformulação de um conceito de jurisdição mais amplo e mais extensivo de forma a abranger a arbitragem, os processos administrativos e os mecanismos consensuais de solução de conflitos.

Alguns dos mecanismos alternativos de solução de controvérsias se propõem a “substituir” a jurisdição estatal, enquanto outros se colocam como requisitos à prestação jurisdicional estatal, ou seja, apresentam-se como substitutos válidos a seu exercício ou lhe trazem uma completa inversão de objetivos, dando ênfase a soluções consensuais.³⁹⁵

O sentido contemporâneo da palavra jurisdição no entendimento de Rodolfo de Camargo Mancuso³⁹⁶ é de desconexão, ou, ao menos, não é acoplado necessariamente à noção de Estado, sinalizando para um plano mais largo e abrangente, em que há de se desenvolver esforços tanto para prevenir a formação de lides quanto para resolver em tempo razoável e com justiça aquelas convertidas em processos judiciais. Na visão contemporânea, o que interessa é que as lides possam ser compostas com justiça, mesmo fora e além da estrutura clássica de processo judicial.

Nessa linha de raciocínio, destaca Joel Dias Figueira Júnior³⁹⁷ que os operadores de direito precisam adequar as suas concepções jurídicas aos novos tempos e preparar os instrumentos de solução de conflitos para a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos, direcionando-os a um quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade do processo civil mediante a rápida e eficiente solução dos conflitos dos jurisdicionados. Ressalta que para a obtenção do êxito concreto na utilização de mecanismos menos ortodoxos, referindo-se aos meios alternativos, atualmente tratados como adequados, faz-se necessária a adaptação da mentalidade aos novos tempos e às exigências hodiernas, começando pela revisão do conceito de jurisdição.

Apesar de Scarpinella Bueno refletir sobre a ausência de algumas ou todas as características da jurisdição nos MascS, entre eles a mediação, afirma que tais meios

³⁹⁵ SALLES, Carlos Alberto de. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada cit., p. 780.

³⁹⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito* cit., p. 60.

³⁹⁷ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional* cit., p. 15.

representam, num contexto mais amplo, métodos de atingir uma das finalidades mais caras ao direito processual civil e do próprio Estado, que é a pacificação social.³⁹⁸

Nessa perspectiva, Carlos Alberto Carmona, ao defender a jurisdicionalidade da arbitragem, sustenta que o conceito de arbitragem deve receber novo enfoque para que se possa adequar a técnica à realidade e que a arbitragem, embora tenha origem contratual, se desenvolve com a garantia do devido processo, terminando com ato que assume a mesma função da sentença estatal.³⁹⁹

Segundo Carlos Alberto de Salles, o processo contemporâneo tende a apropriar-se de uma dupla finalidade, ou seja, a de propiciar condições para as partes chegarem a soluções de consenso e de produzir decisões imperativas. Essas finalidades têm como primeiro objetivo o consenso, o qual, não sendo possível, passa-se para a finalidade de proporcionar uma decisão.⁴⁰⁰

No mesmo sentido, Vicente Greco Filho resume: “poder-se-ia deixar como estabelecido que jurisdição é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”.⁴⁰¹

Nesse aspecto, enquanto a jurisdição tem o poder de produzir decisões imperativas, com o propósito de pôr fim ao litígio, a mediação, mesmo não dizendo o direito, exerce a função de pacificar.

Ada Pellegrini Grinover,⁴⁰² conferindo uma nova roupagem ao conceito de jurisdição, afirma que este compreende a justiça estatal, a justiça arbitral e a justiça consensual. Saliencia a processualista que o conceito clássico de jurisdição definido como poder, função e atividade, não contempla o exercício de poder na justiça consensual, em que o conflito é dirimido exclusivamente pelas partes; não há lide, pois não há resistência à pretensão, pois ambas as partes situam-se no mesmo plano para solucionar o conflito amigavelmente; tampouco há substitutividade, são as próprias partes que atuam e o

³⁹⁸ SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1, p. 46.

³⁹⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96* cit., p. 27.

⁴⁰⁰ SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em processos administrativos* cit., p. 90.

⁴⁰¹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro* cit., p. 181.

⁴⁰² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo* cit., p. 19-20.

terceiro, o facilitador, é um mero auxiliar que as ajuda no restabelecimento do diálogo e ao atingimento do consenso; inexistente também a inércia, uma vez que a lei autoriza o juiz a remeter, de ofício, as partes às vias conciliativas. A processualista salienta que no novo conceito de jurisdição é necessária a inserção da função de garantia, sobretudo em face do Estado Democrático de Direito e da moderna visão do princípio da separação de poderes. Essa função dá às partes a garantia para que possam atingir a tutela jurisdicional adequada pela via de acesso à justiça, garantia do próprio processo e do procedimento, pela observância das garantias constitucionais e legais, na busca da pacificação com justiça.

A nosso sentir, não se deve mudar o conceito de jurisdição, como proposto por Ada Pellegrini Grinover, mas deve-se utilizar a denominação “parajurisdição” quando o litígio é resolvido consensualmente entre as partes sem a potestade de uma decisão impositiva, mesmo quando o acordo é homologado por sentença, porque esse gênero de sentença funciona como simples chancela estatal.

Com o marco legal da mediação (Lei n.º 13.140/2015), esse método foi colocado na estrutura procedimental do processo civil, segundo o novo Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015), carregando, portanto, traços característicos da jurisdição, notadamente quanto à mediação judicial. No que tange à mediação extrajudicial, os consensuados, ainda, podem buscar no Poder Judiciário uma sentença homologatória do termo de acordo, revestindo-o de Poder Estatal. Logo, em quaisquer dos procedimentos de mediação (judicial e extrajudicial), há entrelaçamento de características jurisdicionais.

Como o traço característico da ciência é o registro de seu progresso, a natureza jurídica do processo, concebida ao longo do tempo por diversas teorias – entre elas, a teoria contratual, teoria do quase contrato, teoria da relação processual, teoria da situação processual, teoria da instituição, fenômeno jurídico complexo⁴⁰³ –, acaba por necessitar de desafiadoras reflexões na medida em que a lei processual civil entrelaça funções e atividades jurisdicionais entre a mediação e o processo judicial ou entre uma atividade técnica e a atividade estatal. Assim, por uma metodologia sistemática e dialética, “a ciência não se propõe a determinar, aqui, *como é* uma coisa, mas sim *como se relaciona* com o

⁴⁰³ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 39-41.

conjunto do direito, tema este que cada um pode conceber a seu critério”.⁴⁰⁴ Refletindo-se por outras palavras:

As formalidades processuais variam no tempo e no espaço, quer sob o ponto de vista do método escrito ou oral adotado; quer sob o ponto de vista do princípio inquisitório ou dispositivo; quer sob o ponto de vista da natureza pública ou privada do processo; etc. Mas, nessas formalidades, variáveis no tempo e no espaço, o que constitui a estrutura do processo é a ordem dialética.⁴⁰⁵

A nova realidade processual do sistema judicial brasileiro invoca uma atitude de estímulo, em regime de colaboração e corresponsabilidade entre o Estado e o usuário de serviços de acesso à justiça, a promoção, sempre que possível, da solução consensual dos conflitos. Isto é, segundo preceito contido nas normas fundamentais e da aplicação das normas processuais, do novo Código de Processo Civil, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial, e as partes, além de agirem de boa-fé, deverão cooperar entre si, no processo judicial, para que se obtenha decisão de mérito de caráter satisfativo.

Em contexto brasileiro, a mediação está toda revestida de uma disciplina de caráter processual, sendo identificada como um procedimento de técnicas de negociações necessário à constituição da relação jurídica processual e um requisito essencial da petição inicial para ajuizamento perante o Poder Judiciário (CPC, artigo 319, inciso VII).

O caráter parajurisdicional da mediação consiste no espírito de busca ampla por pacificação social, à semelhança da finalidade da função estatal de composição pacífica da lide, tendo em vista que – segundo Couture – “o direito se realiza sem imposição porque, na consciência do homem, existe uma experiência secular que lhe ensina que é bom cumprir o direito voluntariamente, antes que seja a isso obrigado pela força”.⁴⁰⁶ Para Couture:

É impossível esquecer, não obstante o canto das sireias publicísticas, que o processo é um instrumento da paz individual. Em primeiro lugar, antes de tudo, o processo foi feito para o indivíduo. Foi feito para afiançar seu direito e para assegurar sua tranquilidade. Sua projeção no Direito Público é uma

⁴⁰⁴ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil* cit., p. 42.

⁴⁰⁵ Id., *Ibid.*, p. 43.

⁴⁰⁶ Id., *Ibid.*, p. 56.

consequência, porque o Estado foi feito para o homem e não o homem para o Estado.⁴⁰⁷

Dizendo que o processo é composto de procedimentos, Moacyr Amaral Santos leciona que o “processo é um complexo de atos coordenados, tendente ao exercício da função jurisdicional, [...] destinada à composição da lide e recomposição da paz social”.⁴⁰⁸ A concretude do direito dá-se numa relação em que o procedimento viabiliza a efetividade real da participação das partes, como ocorre com a mediação. A realização do direito concreto entre as partes tanto pode originar-se de uma forma judicial estrita, como a sentença prolatada após todo o trâmite processual, quanto de um acordo realizado pelas próprias partes, na conciliação ou na mediação, ainda que homologado por sentença. Com efeito, “o destino do processo se liga, portanto, ao destino do direito e o destino do direito se liga ao destino do indivíduo”.⁴⁰⁹

A evolução do nosso ordenamento jurídico pôs em crise o conceito de jurisdição, considerado o instrumento de que o Estado se serve para exercer o poder jurisdicional. A sensível ampliação da importância dos mecanismos para a obtenção consensual de controvérsias, inclusive aquelas confiadas à autoridade judicial e aos seus auxiliares, embora judiciais, não podem ser consideradas propriamente de *jurisdicionais*, por lhes faltarem diversas características inerentes ao exercício desse poder. Outro fator que contribui para a crise do conceito de jurisdição é a legislação que rege a arbitragem (Lei n.º 9.307/1996) que fornece argumentos para que estudiosos lhe atribuam a condição de mecanismo jurisdicional de solução de conflitos. Também dão ênfase à crise do conceito de jurisdição os mecanismos de execução extrajudiciais, por força do Decreto-lei n.º 70/1966 e da Lei n.º 9.514/1997. Heitor Vitor Mendonça Sica explica que a autocomposição obtida pela atividade judicial está desprovida de várias características da função jurisdicional, tais como: a aplicação do direito no caso concreto, a substituição da vontade das partes e a imperatividade.⁴¹⁰

Complementando o pensamento de Heitor Vitor Mendonça Sica, o incentivo da promoção dos meios consensuais de solução de conflitos no Código de Processo Civil,

⁴⁰⁷ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil* cit., p. 76.

⁴⁰⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil* cit., p. 13.

⁴⁰⁹ COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao estudo do processo civil* cit., p. 73.

⁴¹⁰ SICA, Heitor Vitor Mendonça. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 434-435.

conforme o § 2.º do artigo 3.º da Lei n.º 13.105/2015, bem como a Lei da Mediação n.º 13.140/2015, não se encaixa no conceito de jurisdição, haja vista que, embora busque a mesma função social da jurisdição, não se trata de jurisdição, mas sim de parajurisdição.

Nesse sentido, destaca Silvia Barona Vilar, catedrática de direito processual da Universidade de Valência, que há uma nova perspectiva insuflada pelos meios extrajudiciais de solução de conflitos, que é plural, integrada, em que os tribunais e o processo judicial convivem com os meios complementares que permitem em certos casos prevenir os processos judiciais e, em outros, minimizá-los, podendo-se falar em sentido positivo, em uma ideia de justiça compartilhada,⁴¹¹ a qual ora denominamos parajurisdição.

A mediação, embora esteja imbricada no Judiciário, quer seja pré-processual, quando realizada em um Cejusc e o acordo é homologado por meio de uma sentença, quer seja endoprocessual, quando provém de um processo judicial e posteriormente o conflito é resolvido no procedimento de mediação e o termo de acordo retorna somente para ser homologado por sentença exarada por um juiz, desenvolve-se em atividade parajurisdicional.

A relevância prática em estabelecer que a mediação se insere no Judiciário como um procedimento de parajurisdição contribui para a manutenção do conceito de jurisdição, visto que esse meio de solução de conflitos não se coaduna com a atividade jurisdicional, mas é realizado dentro e sob o controle e coordenação do Judiciário, ou seja, é parajurisdicional.

Portanto, o conceito de parajurisdição contribui para estabelecer a diferenciação entre o que é atividade jurisdicional e o que não é, ou seja, a mediação constitui-se de um procedimento que não se insere no conceito de jurisdição por falta de características jurisdicionais, visto prevalecer o princípio da voluntariedade das partes, além de faltar-lhe imperatividade e inexistir a aplicação do direito ao caso concreto.

Propomos o seguinte conceito: parajurisdição é um critério vinculativo entre os meios consensuais de solução de conflitos e a jurisdição, consistindo numa distribuição de funções e atividades técnicas coordenadas em prol de resoluções pacíficas de conflitos e numa forma procedimental, coordenada em atos essenciais e necessários a serem

⁴¹¹ BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso cit., p. 41.

realizados pelas partes, mediadores e juízes, em regime de cooperação e de corresponsabilidade para a satisfativa e justa realização do direito por meio de amplo acesso à justiça.

Em continuidade, analisaremos o entrelaçamento jurisdicional e parajurisdicional pela mediação.

4.4.1 Efetividade jurídica: entrelaçamento jurisdicional e parajurisdicional pela mediação

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, a propagação de órgãos, métodos e instâncias de julgamento fora e além do Judiciário estatal não se traduz em uma terceirização ou privatização da justiça, mas deve ser encarada como uma expansão da própria distribuição de justiça, numa releitura do próprio conceito de jurisdição, explicando que a própria conotação majestática como monopólio estatal deve ser alterada em direção ao ideal de *justa composição do conflito*, num tempo razoável e sob uma nova equação custo-benefício, independentemente da instância que a realizar. A Constituição Federal brasileira prevê em seu artigo 3.º, inciso I, como meta para uma democracia participativa, a de *construir uma sociedade livre, justa e solidária*, e, não se pode alcançar esse ideal, se ao jurisdicionado se oferta um processo lento, oneroso e de imprevisível desfecho. Ainda, para que se alcance o desejável pluralismo, conforme o parágrafo único do artigo 1.º da Constituição Federal, deve-se entender por “jurisdição” não só aquela restrita aos órgãos judiciais do Estado, mas também aquela praticada por outras instâncias, que visem a justa composição do conflito.⁴¹²

É nesse sentido que afirmamos que paralelamente à jurisdição, numa condição de complementaridade, há a parajurisdição, destituída de dar efetividade ao ordenamento judicial, mas cumpre um dos escopos que lhe é inerente, a pacificação social. A atividade parajurisdicional vem auxiliar o Poder Estatal a cumprir um dos principais escopos da atividade jurisdicional, consubstanciada na pacificação dos conflitos existentes entre os indivíduos da sociedade, ou seja, ela atua conjuntamente com as partes interessadas com o

⁴¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito* cit., p. 259-260.

intuito de eliminar a crise existente entre as mesmas, seu objetivo é contribuir para eliminação dos problemas, o que corrobora na diminuição de processos.

Fredie Didier Jr. denomina equivalentes jurisdicionais as formas não jurisdicionais de solução de conflitos em que não há exercício da jurisdição estatal.⁴¹³ O reconhecimento de equivalência da jurisdição feita pelo autor corrobora a denominação de parajurisdição como é vista por nós. Entendemos que o termo parajurisdição é mais apropriado, porquanto sua atuação constitui uma atividade complementar à atividade jurisdicional.

Segundo Carlos Alberto de Salles,⁴¹⁴ quando as partes resolvem consensualmente uma disputa pendente entre elas, podem chegar a uma solução mais adequada do que aquela proveniente da adjudicação de um juiz ou árbitro. Aliás, é crescente a consciência dos atributos da solução consensual, visto que podem ser alcançadas com maior imediatidade, com custo menor para os interessados e para o sistema judicial, além de permitir uma maior abrangência do conjunto de pendências eventualmente existentes entre as partes.

O Código de Processo Civil, na parte geral, em seu artigo 3.º, prescreve que: “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”; no § 2.º do mesmo artigo: “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos”; e no § 3: “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”. Esse artigo demonstra que a intenção do legislador foi estimular o uso da mediação e o fez no Capítulo I do Título Único do Livro I da Parte Geral do Código ao estabelecer as normas fundamentais e a aplicação das normas processuais, ou seja, convalida a mediação como um meio consensual a ser estimulado pelos operadores do direito, exteriorizando a sua vontade em ver enaltecidas formas alternativas àquela adversarial praticada pelos ordenamentos jurídicos anteriores.

⁴¹³ DIDIER JR., Fredie. *Tutela processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005. p. 70.

⁴¹⁴ SALLES, Carlos Alberto de. Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 205-206.

A interpenetração da mediação no Judiciário é o que explica a parajurisdição, pois na etimologia da palavra interpenetração significa “ação de interpenetrar-se”; “penetração recíproca”.⁴¹⁵ Assim, no nosso entender, a mediação encontra-se interpenetrada na jurisdição e no particular e é por essa razão que ousamos denominar de parajurisdição, pois esta caminha paralelamente e de modo complementar àquela sempre no intuito de resolver os conflitos, além de dar sentido ao conceito existente de jurisdição.

O entrelaçamento da jurisdição e parajurisdição evidencia-se na interpenetração da mediação entre o jurisdicional e o não jurisdicional, o que também se encontra demonstrado na Seção V do Capítulo III do Código de Processo Civil, que coloca os conciliadores e mediadores judiciais como auxiliares da justiça (artigos 165 a 175) e nos artigos 4.º a 13 da Lei n.º 13.140/2010, que dispõem sobre os mediadores extrajudiciais e judiciais.

Outra evidência se vê quando o legislador determina a criação, pelos tribunais, dos Cejuscs, responsabilizando-os pela realização das sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição, pois está interpenetrando o jurisdicional e a mediação (parajurisdicional), pois coloca os mediadores como auxiliares da justiça.

A mesma incumbência é determinada pela Lei n.º 13.140, de 26 de junho de 2015, que dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública ao estabelecer em seu artigo 24 que:

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Também a Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010, do CNJ, que implantou a Política Pública de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses, determina na Seção II, artigo 8.º:

⁴¹⁵ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa* cit., p. 1175.

Art. 8.º. Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação do cidadão.

§ 1.º As sessões de conciliação e mediação pré-processuais deverão ser realizadas nos Centros, podendo, as sessões de conciliação e mediação judiciais, excepcionalmente, serem realizadas nos próprios Juízos, Juizados ou Varas designadas, desde que o sejam por conciliadores e mediadores cadastrados pelo tribunal (inciso VII do art. 7.º) e supervisionados pelo Juiz Coordenador do Centro (art. 9).

Esses centros já funcionam e os mediadores são capacitados em conformidade com a Resolução n.º 125/2010 do CNJ e cadastrados no tribunal, mas não são funcionários do Estado, trabalham como voluntários, sem remuneração e se encarregam de mediar os conflitos e muitas vezes o solucionam, e a ata firmada pelas partes conflitantes e o mediador é enviada para o Judiciário para a homologação do juiz, demonstrando o entrelaçamento da jurisdição e da parajurisdição, pois a solução foi alcançada na esfera da parajurisdição e enviada posteriormente para o Judiciário, para a obtenção de uma homologação.

Ao dispor sobre os mediadores na Subseção I – Disposições Comuns, da Lei n.º 13.140/2010, que envolve tanto os mediadores extrajudiciais quanto os judiciais, em seu artigo 8.º dispõe que: “O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal”.

Essa equiparação do mediador, seja extrajudicial ou judicial, a servidor público demonstra a sua responsabilidade perante o Judiciário, ou seja, no caso do mediador extrajudicial prestando serviço voluntário, para o Estado, mas sem vínculo com este, respondendo por processo administrativo, conforme se depreende do artigo 173, inciso II, §§ 1.º e 2.º, do Código de Processo Civil, e também respondendo pelos ditames da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da administração pública federal, o que evidencia a interpenetração existente entre o jurisdicional e o parajurisdicional.

Ao tratar dos mediadores judiciais, a Lei n.º 13.140/2010, em seu artigo 11, prescreve que poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da

Educação e que tenha se capacitado como mediadora, em conformidade com os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

A lei de mediação também entrelaça o direito material quando incide na ordem do fenômeno e determina que pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação (art. 3.º da Lei n.º 13.140/2015) e entrelaça o direito processual quando o utiliza como instrumento, criando os centros judiciários de solução consensual de conflitos (art. 24 da Lei n.º 13.140/2015), os quais funcionam sob a supervisão estatal.

Ao dispor sobre o procedimento de mediação, o artigo 20 e parágrafo único da Lei n.º 13.140/2010 determinam que o procedimento de mediação será encerrado com a lavratura de um termo final quando for celebrado um acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de um consenso. Na hipótese de celebração de acordo, esse termo final constitui título executivo extrajudicial e, quando for homologado judicialmente, constituirá título executivo judicial, nos moldes do artigo 784, inciso IV, do Código de Processo Civil. Também nesse exemplo verifica-se a interpenetração do jurisdicional e do parajurisdicional no procedimento de mediação.

Outro entrelaçamento constata-se entre o artigo 27 da Lei n.º 13.140/2015 e o inciso IV do artigo 319 do Código de Processo Civil, pois, se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

Todos esses entrelaçamentos da mediação com a jurisdição demonstram que esse meio de solução de conflitos não está inserido no conceito de jurisdição e justifica a utilidade prática do conceito de parajurisdição ora proposto.

4.5 Propostas de alteração legislativa

A crise do ensino do Direito nas faculdades responsáveis pela formação dos juristas necessita ser combatida por meio do treinamento adequado do profissional para sua atuação no mercado de trabalho, pois não basta a memorização das normas, torna-se

necessário o domínio de diversas áreas do conhecimento como a Sociologia, Economia, Antropologia, Psicologia entre outras, no intuito de “conhecer profundamente o meio circundante, as contingências humanas, ter sensibilidade para exercer a pacificação social e encontrar estratégias válidas para a solução dos conflitos”, viabilizando “o desenvolvimento da capacidade crítica” e de outras searas como “a intuição, a criatividade, a tolerância e o espírito de solidariedade”.⁴¹⁶

A justiça concretiza-se quando há convicção. Ao analisar o caso concreto, o juiz deve ponderar o seu julgamento, aplicando a jurisprudência consolidada quando realmente entender cabível a posição jurídica nela inserta ou promovendo a interpretação justa da lei, segundo a sua concepção. O juiz não pode, sob o pretexto de cumprir metas, inverter o caráter instrumental do procedimento para transformá-lo em objeto principal da prestação jurisdicional, pois jamais o meio pode ser considerado o fim, o ser humano não pode ser considerado meio para o alcance de metas de produtividade, que apenas beneficia os juízes em suas promoções ou os órgãos de fiscalização em seus monitoramentos, como o Conselho Nacional de Justiça.⁴¹⁷ Acrescente-se que o juiz deverá, de todas as formas, priorizar a composição amigável para o atendimento do escopo social da jurisdição que é a pacificação dos conflitos, utilizando-se meios que lhes são colocados à disposição pela lei codificada e pela Lei da Mediação.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o processualista da atualidade necessita atentar à indispensável visão orgânica da interação entre o social, o político e o jurídico, bem como estar informado dos conceitos e sugestões que outras ciências possam lhe fornecer para conhecer a vivência do processo como instrumento, avaliar a sua potencialidade na condução de resultados, apreender as suas deficiências e ter disposição para o seu aperfeiçoamento. A percepção de todos os escopos da jurisdição como expressão do poder político e do harmonioso convívio social constitui fator de primeira grandeza para o encontro de soluções adequadas, seja no aspecto teórico, ou prático, em casos particulares ou até mesmo no âmbito legislativo. As pressões externas sofridas pelo direito processual levam o processualista a querer que o processo ofereça à população

⁴¹⁶ NALINI, José Renato. A crise do direito e o resgate da ética. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 11, n. 113. p. 9-18. jan. 1999. p. 12. Vide também BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A ética na magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional. *RIDB*, ano 3, n. 8, p. 5471, 2014.

⁴¹⁷ BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A ética na magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional cit., p. 5473.

resultados jurídicos substanciais, mediante escolhas que melhor convenham à realização dos objetivos eleitos pela sociedade política.⁴¹⁸

No nosso entendimento, para o alcance desses objetivos, seriam necessárias algumas modificações na legislação vigente, razão pela qual elaboramos as seguintes propostas:

4.5.1 Proposta de supressão

No Brasil, a conciliação é o método de solução de conflitos, que se dá por intermédio de um terceiro facilitador, para facilitar, incentivar e auxiliar as partes a chegar a uma autocomposição. O conciliador, após examinar os aspectos objetivos do conflito, sugere opções para a sua solução, estimulando as partes à celebração do acordo. O método da conciliação é mais utilizado para o tratamento de conflitos oriundos de problemas superficiais, que não envolvem relacionamento entre as partes, em que a solução não repercutirá no futuro da vida dos envolvidos.⁴¹⁹

A mediação é conceituada como método consensual de solução de conflitos, em que o terceiro facilitador auxilia as partes conflitantes no restabelecimento do diálogo. O mediador, mediante a aplicação de técnicas apropriadas, investiga os seus reais interesses, fazendo com que as partes criem opções, até a escolha da melhor, ou seja, as próprias partes chegam à solução do conflito. Trata-se de um processo cooperativo que analisa as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, podendo resultar em um acordo viável. Por esse ângulo, todos os conflitos interpessoais podem ser mediados, e, se não culminar em um acordo, ao menos os envolvidos terão esclarecido o conflito e aprendido a dialogar entre si de forma respeitosa e produtiva. Na mediação, o objetivo não é a obtenção do acordo, mas sim o

⁴¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo* cit., p. 183-184.

⁴¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades cit.

restabelecimento do diálogo entre as partes, permitindo que melhorem o relacionamento, para que elas próprias cheguem à solução de seus problemas.⁴²⁰

Essa distinção entre conciliação e mediação é feita no Brasil e na Comunidade Europeia, visto que nos Estados Unidos a conciliação está compreendida como uma das técnicas da mediação, e, na Itália, a conciliação é o produto ou o resultado da mediação.

A diferenciação entre conciliação e mediação, como analisada no item 3.3.4, relaciona-se com o tipo de conflito, ou seja, a primeira destina-se à resolução de conflitos, em que não haverá uma relação continuada entre as partes, e a segunda é igualmente voltada à resolução de conflitos mas não existirá tal relação.

Na aplicação prática das técnicas negociais no Brasil, a conciliação e a mediação se confundem, sendo desnecessária a sua distinção, pois o objetivo final é o acordo, ou seja, o consenso entre as partes, razão pela qual propomos nesta tese a supressão dos §§ 2.º e 3.º do artigo 165 do Código de Processo Civil, visto que a conciliação é uma das técnicas negociais da mediação.

Sendo o consenso o objetivo final do meio de solução do conflito, independe a diferenciação entre conciliação e mediação, pois esta última denominação é mais ampla e engloba a primeira.

A supressão dos §§ 2.º e 3.º do artigo 165 do Código de Processo Civil que diferenciam as atividades do conciliador e do mediador levará o exegeta a uma compreensão mais ampla da mediação que abrange a conciliação como uma de suas técnicas negociais quando trata de disputas relativas a interesses mais simples que não terão repercussão futura, ou seja, as partes resolvem o problema ali na presença do terceiro facilitador e o relacionamento entre elas concluir-se-á com o termo do acordo e o seu cumprimento.

Essa supressão simplificará a compreensão da mediação e acabará com quaisquer dúvidas na aplicação das diversas técnicas negociais da justiça conciliativa.

⁴²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades cit.

4.5.2 Proposta de aperfeiçoamento

Uma das propostas de aperfeiçoamento da Lei de Mediação é a formação do mediador que deverá, além de atender as normas estabelecidas pela Resolução n.º 125 do Conselho Nacional de Justiça, receber ensinamentos de Sociologia, Psicologia e Antropologia com o objetivo de ampliar a sua capacidade de compreensão dos conflitos e poder contribuir na sua resolução.

Tendo em vista a não necessidade da formação jurídica para ser mediador, também será fundamental o ensinamento jurídico para os profissionais que não tenham esse conhecimento, ou seja, para o bom desempenho do mediador, este deverá ter um amplo conhecimento interdisciplinar abrangente das áreas mencionadas.

4.5.2.1 Proposta de aperfeiçoamento do § 5.º do artigo 167 do Código de Processo Civil

O § 5.º do artigo 167 do Código de Processo Civil:

“Os mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem as suas funções”.

Esse dispositivo inibe a atuação do operador do direito, pois o impede, de forma muito ampla, de exercer a advocacia, razão pela qual nossa proposta é aperfeiçoar a prescrição legal, restringindo a sua atuação para aquelas partes que estão em processo de mediação, ou seja, o advogado não poderia exercer a advocacia em processo que envolva as partes que participaram do processo de mediação, em que o profissional do direito atuou como mediador.

Além disso, o advogado que atuar como mediador, em consonância com o artigo 172 do mesmo Código, fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes, o que já limita a sua atuação.

A proposta de redação para tal dispositivo é:

O § 5.º do artigo 167 do Código de Processo Civil:

“Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia em processos que envolvam as partes que participaram da sessão de mediação, no prazo estipulado no artigo 172 desta lei”.

4.5.2.2 Proposta de aperfeiçoamento: “sessão”, em vez de “audiência”

Outra proposta de aperfeiçoamento refere-se à denominação da audiência de conciliação ou mediação para “sessão de mediação”, pois, uma vez que não é necessária a participação do juiz e é realizada por terceiros cadastrados no tribunal na conformidade do *caput* do artigo 167, de maneira mais informal, há a necessidade de diferenciá-la da audiência judicial, pois esta é mais solene e sempre presidida por um juiz.

O artigo 319 do Código de Processo Civil refere-se aos requisitos da petição inicial e o inciso VII deverá ter a seguinte redação:

Art. 319. A petição inicial indicará:

[...]

VII – a opção do autor pela realização ou não de sessão de mediação.

O artigo 334 teria a seguinte redação:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará sessão de mediação, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

§ 1.º O mediador, onde houver, atuará necessariamente na sessão de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

[...]

§ 3.º A intimação do autor para a sessão será feita na pessoa do advogado.

§ 4.º A sessão não será realizada:

[...]

§ 5.º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da sessão.

§ 6.º Havendo litisconsórcio, o desinteresse na realização da sessão de mediação deve ser manifestado por todos os litisconsortes.

§ 7.º A sessão de mediação pode realizar-se por meio eletrônico, nos termos da lei.

§ 8.º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à sessão de mediação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado.

[...]

§ 12. A pauta das sessões de mediação será organizada de modo a respeitar o intervalo mínimo de 20 (vinte) minutos entre o início de uma e o início da seguinte.

4.5.2.3 Proposta de aperfeiçoamento do artigo 24 da Lei n.º 13.140/2015

Sugere-se também o aperfeiçoamento do artigo 24 da Lei n.º 13.140/2015, com a supressão das palavras “audiência” e “conciliação”, cujo teor teria a seguinte redação:

Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões de mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

4.5.3 Proposta de supressão das palavras “conciliação” e “conciliadores” dos artigos que compõem a Seção V do CPC

Caso acolhidas as propostas feitas nos itens 4.5.1 e 4.5.2, necessária a supressão das palavras “conciliação” e “conciliadores” dos artigos que compõem a Seção V do Código de Processo Civil, Lei n.º 13.105/2015, os quais teriam a seguinte redação:

Seção V

Dos Mediadores Judiciais

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões de mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1.º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 166. A mediação é informada pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

§ 1.º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes.

§ 2.º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o mediador, assim como os membros de sua equipe, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da mediação.

§ 3.º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

§ 4.º A mediação será regida conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

Art. 167. Os mediadores e as câmaras privadas de mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1.º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

§ 2.º Efetivado o registro, que poderá ser precedido de concurso público, o tribunal remeterá ao diretor do foro da comarca, seção ou subseção judiciária onde atuará o mediador os dados necessários para que seu nome passe a constar da respectiva lista, a ser observada na distribuição alternada e aleatória, respeitado o princípio da igualdade dentro da mesma área de atuação profissional.

§ 3.º Do credenciamento das câmaras e do cadastro de mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos de que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes.

§ 4.º Os dados colhidos na forma do § 3.º serão classificados sistematicamente pelo tribunal, que os publicará, ao menos anualmente, para conhecimento da população e para fins estatísticos e de avaliação da mediação, das câmaras privadas de mediação, dos mediadores.

§ 5.º Os mediadores judiciais cadastrados na forma do *caput*, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia em processos que envolvam as partes que participaram da sessão de mediação, no prazo estipulado no artigo 172 desta lei.

§ 6.º O tribunal poderá optar pela criação de quadro próprio de mediadores, a ser preenchido por concurso público de provas e títulos, observadas as disposições deste Capítulo.

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o mediador ou a câmara privada de mediação.

§ 1.º O mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2.º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

§ 3.º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador.

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6.º, o mediador receberá pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1.º A mediação pode ser realizada como trabalho voluntário, observadas a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

§ 2.º Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas câmaras privadas de mediação, com o fim de atender aos processos em que deferida gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento.

Art. 170. No caso de impedimento, o mediador o comunicará imediatamente, de preferência por meio eletrônico, e devolverá os autos ao juiz do processo ou ao coordenador do centro judiciário de solução de conflitos, devendo este realizar nova distribuição.

Parágrafo único. Se a causa de impedimento for apurada quando já iniciado o procedimento, a atividade será interrompida, lavrando-se ata com relatório do ocorrido e solicitação de distribuição para novo mediador.

Art. 171. No caso de impossibilidade temporária do exercício da função, o mediador informará o fato ao centro, preferencialmente por meio eletrônico, para que, durante o período em que perdurar a impossibilidade, não haja novas distribuições.

Art. 172. O mediador fica impedido, pelo prazo de 1 (um) ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 173. Será excluído do cadastro de mediadores aquele que:

I – agir com dolo ou culpa na condução da mediação sob sua responsabilidade ou violar qualquer dos deveres decorrentes do art. 166, §§ 1.º e 2.º;

II – atuar em procedimento de mediação, apesar de impedido ou suspeito.

§ 1.º Os casos previstos neste artigo serão apurados em processo administrativo.

§ 2.º O juiz do processo ou o juiz coordenador do centro de mediação, se houver, verificando atuação inadequada do mediador, poderá afastá-lo de suas atividades por até 180 (cento e oitenta) dias, por decisão fundamentada, informando o fato imediatamente ao tribunal para instauração do respectivo processo administrativo.

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I – dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II – avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III – promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de mediação.

CONCLUSÃO

Em nosso ordenamento jurídico, o instituto da mediação resulta de uma adaptação instrumental de técnicas negociais que decorre da implantação de política pública no sistema jurisdicional que, entre outros objetivos, faz parte da busca por sistema que contemple variadas alternativas para solução de conflitos.

Entretanto, a praxe brasileira é a da justiça adversarial, cuja cultura está “calcada” em procedimentos elaborados para determinar um “vencedor da disputa”, sendo necessária a mudança de tal mentalidade, a ser desenvolvida com a participação não somente dos operadores do direito, como também de toda a sociedade, pois não será apenas a aplicação das técnicas negociais que trará resultados eficazes para a redução de conflitos.

A mediação, como meio adequado de solução de conflitos, pode desempenhar papel relevante no sistema jurisdicional, no que diz respeito à participação das partes na obtenção do “resultado”, corroborando a busca da pacificação social e economia processual.

Ao longo do desenvolvimento da tese, foram analisados aspectos da construção teórica da mediação nos Estados Unidos, em que se verificou que o custo-benefício de tal modo de solução de controvérsias faz com que a mediação seja amplamente utilizada. A “preferência” dos usuários norte-americanos pela mediação é, pois, de cunho nitidamente econômico, sendo a escolha da mediação modo de evitar a utilização do sistema judicial, por ser este extremamente oneroso e demorado.

Na comparação da mediação entre a realidade norte-americana e a brasileira, conclui-se que as causas e o modo de utilização do instituto são totalmente diversas. Embora esteja presente, em ambas, a “meta” da redução de ações judiciais, aquela se compõe de uma justiça privativa cuja teoria foi construída ao longo dos anos, com a participação popular que visa resolver diretamente os seus litígios, enquanto esta se encontra imbricada no Judiciário, imposta legislativamente em confronto com a mentalidade adversarial dos seus usuários e dos próprios operadores do direito.

A aplicação das ADRs por países da União Europeia é feita por importação e interpretação das técnicas negociais experimentadas nos Estados Unidos, em atendimento às Diretivas impostas pelo Conselho da Europa que tenta readaptá-las, divulgá-las e, de certa forma, impô-las aos seus Estados-Membros, os quais efetuam uma adaptação dessas técnicas negociais da mediação dentro dos seus espaços jurídicos, praticando a mediação para os assuntos transfronteiriços, e cada qual concomitantemente tenta utilizá-las para assuntos internos, com as suas próprias especificidades, haja vista que cada Estado elabora sua legislação interna.

No Brasil, a forma direta de legislar sem a devida vivência do instituto da mediação coloca-a como uma “imposição” aos jurisdicionados que estão arraigados ao costume do sistema adversarial, o que é totalmente distinto do movimento norte-americano, em que o instituto da mediação nasceu da vivência de práticas locais, cujos experimentos evoluíram constantemente até chegar a uma uniformização, quando então foram criadas as normas.

Há argumentos favoráveis à obrigatoriedade da mediação: endoprocessual, por exemplo, a sua eficiência na questão de desafogar os tribunais, o que tem provocado a resistência dos advogados que, no geral, ainda criticam o instituto mesmo sem utilizá-lo.

Algumas das vantagens da mediação, que devem ser colocadas em primeiro lugar, estão ligadas à liberdade de aceitação voluntária do processo de mediação, como a boa vontade e a abordagem do *slogan* do ganha-ganha, em que inexistente um perdedor, pois o resultado decorre de consenso, diferente do processo judicial, em que se tem o ganha-perde, ou seja, para que um saia vencedor o outro terá que perder.

O legislador brasileiro optou pela obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação, conforme o artigo 334 do Código de Processo Civil e o artigo 27 da Lei de Mediação, não sendo possível o acatamento unilateral do desinteresse pela autocomposição.

A obrigatoriedade da mediação confronta um dos princípios básicos que a regem, qual seja a ideia de autonomia da vontade (ou voluntariedade), que visa prestigiar a espontaneidade da busca por consenso, o que fica prejudicado pela “escolha” de nosso legislador.

De qualquer modo, verificou-se a necessidade de os operadores do direito estarem imbuídos do espírito cooperativo preconizado pelo novo regime processual e se disporem a uma mudança de cultura e mentalidade, o que pode propiciar melhores resultados para a mediação, encarando-a não como mera formalidade procedimental, e sim como uma real forma de solução consensual de controvérsia, que em muito pode contribuir para a pacificação dos conflitos.

A despeito do anteriormente exposto, desde que haja essa mentalidade “cooperativa” (das partes e de seus advogados), o disposto no artigo 334 do Código de Processo Civil e no artigo 27 da Lei n.º 13.140/2015, com o comparecimento das partes para uma tentativa de restabelecimento do diálogo entre elas, pode trazer resultados úteis ao sistema processual.

No campo das ciências, as construções terminológicas são exigências para identificar um fenômeno, de modo que as pré-concepções de senso comum sejam investidas de uma linguagem técnica e também os significados possam possibilitar compreensões exegéticas. Assim, tanto conceituar como definir um termo, a elaboração perpassa por características e natureza específicas do fenômeno observado.

Procurou-se conceituar o termo “parajurisdição”, que se compõe de dois vocábulos, “para” e “jurisdição”, cujo significado não traz uma realidade dicotômica de dois espaços distintos, e sim de complementaridade, visto que na base jurídico-legal em que se encontra a mediação no Brasil a “parajurisdição” vem complementar a jurisdição, auxiliando-a na solução de litígios.

Nesse contexto, ao longo do desenvolvimento da tese, verificou-se que o incentivo ao uso dos meios consensuais de solução de conflitos no Código de Processo Civil, conforme o § 2.º do artigo 3.º da Lei n.º 13.105/2015, bem como a Lei da Mediação n.º 13.140/2015, não se encaixam no conceito de jurisdição, haja vista que, embora também busque pacificação, não o faz por intermédio da imposição de uma solução.

Independentemente disto, por escolha do legislador, verifica-se que a mediação está imbricada no Judiciário, quer seja preprocessual, quando realizada em um Cejusc, quer seja de modo endoprocessual, quando efetuada no âmbito de um processo judicial.

A relevância prática em estabelecer que a mediação se insira no Judiciário como um procedimento de parajurisdição contribui para evitar confusões quanto ao conceito de jurisdição, ou seja, ao desenvolver o conceito de parajurisdição, a tese procura contribuir para que fique devidamente estabelecida a diferenciação teórica entre o que é atividade jurisdicional e o que não é. Nesse âmbito, a mediação constitui-se de um procedimento que não se insere no conceito de jurisdição em vista da diferente metodologia utilizada em face da ideia de prevalência do princípio da voluntariedade das partes, em contraponto à sentença de mérito dotada de imperatividade e que visa impor a aplicação do direito ao caso concreto.

Por isso a tese propõe o seguinte conceito: parajurisdição é um critério vinculativo entre os meios consensuais de solução de conflitos e a jurisdição, consistindo numa distribuição de funções e atividades técnicas coordenadas em prol de resoluções pacíficas de conflitos e numa forma procedimental, coordenada em atos essenciais e necessários a serem realizados pelas partes, mediadores e juízes, em regime de cooperação e de corresponsabilidade para a satisfativa e justa realização do direito por meio de amplo acesso à justiça.

São várias as evidências de entrelaçamento entre a jurisdição e a parajurisdição e, nesse sentido, afirmamos que paralelamente à jurisdição, numa condição de complementaridade, há a parajurisdição, que é destituída de dar efetividade ao ordenamento judicial, mas cumpre um dos escopos que lhe é inerente, a pacificação social.

A atividade parajurisdicional vem auxiliar o Poder Estatal a cumprir um dos principais escopos da atividade jurisdicional, consubstanciada na pacificação dos conflitos existentes entre os indivíduos da sociedade, ou seja, ela atua conjuntamente com as partes interessadas com o intuito de eliminar o conflito existente entre elas, e seu objetivo é contribuir para a eliminação dos problemas, o que resulta na diminuição de processos.

Quanto às propostas de alteração legislativa, entendemos que a diferenciação entre conciliação e mediação relaciona-se com o tipo de conflito, ou seja, a primeira destina-se à resolução de conflitos, em que não haverá uma relação continuada entre as partes, e a segunda é igualmente voltada à resolução de conflitos, mas não existirá tal relação. No entanto, na aplicação prática das técnicas negociais em nosso ordenamento, a conciliação e a mediação se confundem, sendo desnecessária a sua distinção, pois o

objetivo final é o acordo, ou seja, o consenso entre as partes, razão pela qual propomos nesta tese a supressão dos §§ 1.º e 2.º do artigo 165 do Código de Processo Civil, visto que a conciliação é uma das técnicas negociais da mediação.

Ressaltamos que a supressão dos §§ 1.º e 2.º do artigo 165 do Código de Processo Civil, que diferenciam as atividades do conciliador e do mediador, levará o operador do direito a uma compreensão mais ampla da mediação que abrange a conciliação como uma de suas técnicas negociais, quando trata de disputas relativas a interesses mais simples que não terão repercussão futura, ou seja, as partes resolvem o problema ali na presença do terceiro facilitador e o relacionamento entre elas concluir-se-á com o termo do acordo e o seu cumprimento. Essa supressão simplificará a compreensão da mediação e acabará com quaisquer dúvidas sobre a aplicação das diversas técnicas negociais da justiça conciliativa.

Também o § 5.º do artigo 167 do Código de Processo Civil necessita de aperfeiçoamento, uma vez que esse dispositivo inibe a atuação do operador do direito como mediador, pois o impede, de forma muito ampla, de exercer a advocacia, razão pela qual nossa proposta é aperfeiçoar a prescrição legal, restringindo a atuação do mediador para aquelas partes que estão em processo de mediação, ou seja, o advogado mediador não poderia exercer a advocacia em processo que envolva aquelas partes que participaram do processo de mediação, dentro do prazo previsto no artigo 172, ou seja, pelo prazo de um ano.

Outra proposta de aperfeiçoamento refere-se à denominação da audiência de conciliação ou mediação para “sessão de mediação”, pois, uma vez que não é necessária a participação do juiz e é realizada por terceiros cadastrados no tribunal na conformidade do *caput* do artigo 167 do Código de Processo Civil, de maneira mais informal, há a necessidade de diferenciá-la da audiência judicial, visto que esta é mais solene e sempre presidida por um juiz.

As demais sugestões de aperfeiçoamento se referem a adaptações para a eliminação das palavras “conciliação” e “conciliador”, tanto dos artigos que compõem a Seção V do Código de Processo Civil quanto do artigo 24 da Lei de Mediação.

Essas são as reflexões consideradas pertinentes para embasar o aperfeiçoamento do instituto da mediação como um procedimento parajurisdicional em nosso sistema

judicial, que contribui com um dos escopos da jurisdição, ou seja, a pacificação social e concomitantemente colabora com a preservação do conceito de jurisdição.

REFERÊNCIAS

AHRENS, Enrique. *Historia del derecho*. Buenos Aires: Editorial Impulso, [1945].

ALASTRUEY, Raquel. Court-Orderer mediación in Spain. In: BROWN, Kevin; RAYÓN, Maria Concepción (Coord.). *Mediación: experiencias en España y elrededor del mundo*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. 2016. p. 121-126.

ALESSANDRO, Pietro D'. L'eccessiva durata del processo civile. *Judicium*, 14 out 2015. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/656/P.%20D'Alessandro.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2016.

ALEXANDER, Nadja. Global trends in mediation. *ADR Bulletin*, v. 6, n. 3, p. 1, 2003. Disponível em: <<http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1239&context=adr>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

ALSINA, Hugo. *Tratado teórico práctico de derecho procesal, civil y comercial*. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 1957. t. 2.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

AMORIM, José Roberto Neves; MARTINS, Sandro Gilbert. *Direito processual civil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

ANDRADE, Juliana Loss de. Reconocimiento y eficacia de los acuerdos de mediación mercantil internacional. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; ANDRADE, Juliana Loss de. *Contemporary tendencies in mediation*. Madrid: Dykinson, 2015. p. 167-187.

ANDREWS, Neil. *O moderno processo civil, formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra*. São Paulo: RT, 2009.

AZEVEDO, Luiz Carlos de; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Lições de história do processo civil romano*. São Paulo: RT, 1996.

BACRE, Aldo. *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986. t. 1.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle constitution brésilienne*. São Paulo: Saraiva, p. 39-47, 1994. (Temas de direito processual, 5.)

_____. Notas sobre alguns fatores extrajurídicos no julgamento colegiado. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 75, p. 7-23, jul.-set. 1994.

_____. *O futuro da justiça: alguns mitos*. São Paulo: Saraiva, 2004. (Temas de direito processual, 8.)

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. *O problema da duração dos processos: premissas para uma discussão séria*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 267-377. (Temas de direito processual, 9.)

_____. *Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo*. São Paulo: Saraiva, p. 45-46, 1989. (Temas de direito processual, 4.)

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. 5. ed. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A ética na magistratura: ponderações sobre normas e circunstâncias que interferem na prestação jurisdicional. *RIDB*, ano 3, n. 8, p. 5429-5476, 2014.

BARONA VILAR, Silvia. Justicia integral y tutela sin proceso. In: PEREZAGUA, Juan F. Herrero (Dir.). *Las transformaciones del proceso civil*. Navarra: Aranzadi, 2016. p. 19-43.

BECHARA, Evanildo. *Moderna gramática portuguesa*. 37. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Breves notas sobre jurisdição e ação. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 537-555.

_____. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Os elementos objetivos da demanda examinados à luz do contraditório. In: _____; CRUZ E TUCCI, José Rogério (Org.). *Causa de pedir e pedido no processo civil*. Questões polêmicas. São Paulo: RT, 2002. p. 13-52.

BEER, Veronica. O avanço da mediação na Itália. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4049, 2 ago. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30577>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

BELLOSO MARTÍN, Nuria. Un reto para la mediación. El diseño para su Código deontológico. In: PINHO, Humberto Dalla Bernardino de; ANDRADE, Juliana Loss de. *Contemporary tendencies in mediation*. Madrid: Editoria Dykinson, 2015. p. 31-66.

BENETI, Sidnei Agostinho. Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade. *Revista do Instituto dos Advogados*, n. 9, p. 121, jan.-jun. 2002.

BESSO, Chiara. La mediazione italiana: definizioni e tipologie. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 250-251. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Bauru: Edipro, 2011.

_____. *Teoria geral do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

BOVE, Mauro. Le sanzioni per la mancata cooperazione in mediazione. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/249/Bove%20II.pdf>>. Acesso em: 2 maio 2016.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 63-70.

_____. Reflexões sobre a conciliação e a mediação de conflitos. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 487-508.

BULLOCK, Stephen G.; GALLAGHER, Linda Rose. Surveying the state of the mediative art: a guide to institutionalizing mediation in Louisiana. *Louisiana Law Review*, v. 57, p. 890, 1997.

BUSH, Robert A. Baruch; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: the transformative approach to conflict*. San Francisco: Jossey-Bass, 2005.

_____; FOLGER, Joseph P. *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. San Francisco: Jossey-Bass, 1994.

CANÁRIO, Pedro. EUA optam por mediação para resolver conflitos. *Consultor Jurídico*, jul./2011. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2011-jul-02/mediacao-privada-primeira-opcao-resolver-conflitos-eua>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

CAPONI, Remo. La giustizia civile alla prova della mediazione. Disponível em: <file:///E:/Media%20C3%A7%C3%A3o%20Italiana/R._Caponi_La_giustizia_civile_alla_pr ova.pdf>. Acesso em: 20 maio 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 74, p. 82-97, abr.-jun. 1994.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAREY, Teresa V. Credentialing for Mediators – To Be or Not to Be? v. 30 *University San Francisco Law Review*, v. 30, p. 635-636, 1996.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARPI, Federico. L'accesso alla Corte di Cassazione italiana e alle Corti Supreme dei Paesi Europei. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 37, v. 204, p. 198, fev. 2012.

CARVALHO, Jorge Morais. A consagração legal da mediação em Portugal. *Julgar*, n. 15, 2011. Disponível em: <<http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%20C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017.

CARVALHO, José Augusto. *Gramática superior da língua portuguesa*. Vitória: Universidade Federal do Espírito Santo, 2007.

CEBOLA, Catia Marques. *La mediación*. Un nuevo instrumento de la administración de la justicia para la solución de conflictos. 2011. Tesis (Doctoral) – Universidad de Salamanca, Salamanca.

_____. Regulamentar a mediação: um olhar sobre a nova lei de mediação em Portugal. *Revista Brasileira de Direito*, n. 11; n. 2, p. 53-65. dez. 2015. p. 57. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5379218.pdf>>. Acesso em 12 out. 2017.

CHASE, Oscar G. Civil litigation delay in Italy and the United States. *The American Journal of Comparative Law*, v. 36, n. 1, p. 42, Winter 1988.

CHIARLONI, Sergio. Uma perspectiva comparada da crise na justiça civil e dos seus possíveis remédios. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil – REDP*, v. 8, p. 769-796, 2011.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Buenos Aires: Valetta Ediciones, v. 1 e 2, 2005.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COBAS COBIELLA, María Elena. Resolución extrajudicial de conflictos en la era de la modernización de la justicia. Algunas reflexiones sobre la mediación. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.) *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 17-45.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Accesso alle corti e garanzie costituzionali. In: YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La durata ragionabile del processo e le forme alternative di tutela. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, anno 62 (seconda serie), n. 3, p. 591-619, magg.-giugno 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Justiça em números 2017: ano-base 2016. Brasília: CNJ, 2017.

_____. *Manual de mediação judicial: de acordo com a Lei 13.140/15 (Lei da mediação), a Lei 13.105/15 (Novo Código de Processo Civil) e a Emenda 2 da Resolução 125/10*. Brasília: CNJ – Conselho Nacional de Justiça, 2016.

CONSOLO, Claudio. *Le tutele*. Spiegazioni di diritto processuale civile. 4. ed. Bologna: Cisalpino, 2000. t. 1.

CORDÓN, Faustino. *Introducción al derecho procesal*. 3. ed. Pamplona: Eunsa, 1998.

COSER, Lewis. *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*. Buenos Aires: Amorrortu, 1970. Disponível em: <<file:///C:/Users/Usuario/Dropbox/ARTIGOS%20-%20MEDIA%C3%87%C3%83O/Nuevos-aportes-a-la-teor%C3%ADa-del-conflicto-social-%20-%20L%20Coser.pdf>>. Acesso em: 11 mar. 2017.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Argentina: Puntotex, 2010. v. 1.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

CROOK, Jason A. *¿Que es la resolución alternativa de disputas (ADR)?*. Londres: Chartered Institute of Arbitrators, 2011.

CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). *Garantia do processo sem dilações indevidas. Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Tempo e processo*. São Paulo: RT, 1997.

CUNHA, Celso; CINTRA, Luís F. Lindley. *Nova gramática do português contemporâneo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do Estado*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.

DEMARCHI, Juliana. Técnica de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo. (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008. p. 49-62.

DIDIER JR., Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2006.

_____. *Tutela processual civil: tutela jurisdicional individual e coletiva*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. v. 1.

_____. *Instituições de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. v. 1.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria geral do direito*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v. 1.

DI IORIO, Alfredo. *Lineamientos de la teoría general del derecho procesal: propuesta de un derecho jurisdiccional*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

DIRECTIVA 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia. Jornal Oficial da União Europeia, 20 maio 2008, p. L. 136/3. Disponível em: <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/mhb_MA_27840.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

DITTRICH, Lotario. Il procedimento di mediazione nel D. Lgs. N. 28 del 4 marzo 2010. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/33/mediazione%20Dittich.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

DUARTE, Zulmar. A difícil conciliação entre o Novo CPC e a Lei de Mediação. 2015. Disponível em: <<http://jota.uol.com.br/a-a-dificil-conciliacao-entre-o-novo-cpc-e-a-lei-de-mediacao>>. Acesso em: 7 maio 2016.

DUPLÁ MARÍN, Maria Teresa (Coord.). *El régimen jurídico de la mediación familiar en España*. Santiago de Compostela: Andavira, 2012.

ESPINA BARRIO, Ángel Baldomero. *Conflicto y cooperación: antropología en Castilla y León e Iberoamérica*, VIII. Salamanca: Diputación de Salamanca, 2005.

_____. Culturas locales iberoamericanas, comunicación e interculturalidad. In: _____. (Coord.). *Conocimiento local, comunicación e interculturalidad*. Recife: Massangana, 2006.

ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. ¿Es la resolución alternativa de conflictos la solución para todos los problemas del sistema judicial español?. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 99-121.

EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice. Bruxelas: CEPEJ, 2012.

FABRETTI, Daniel. Conciliação e mediação em juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 71-82.

FACCHINI NETO, Eugênio. MACEDO, Elaine Harzheim; Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. *Revista de Direito Brasileiro*. a. 5, v. 10, p. 106-149. 2015.

FALCÓN, Enrique M. *Sistemas alternativos de resolver conflictos jurídicos: negociación, mediación, conciliación*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2012.

FALECH, Diego; TARTUCE, Fernanda. Introdução histórica e modelos de mediação. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

FARIA, José Eduardo. O Judiciário e o desenvolvimento socioeconômico. In: _____. (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 2010.

FENECH, Miguel. *Derecho procesal civil*. 2. ed. Madrid: Ageda, 1986.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1993.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 5. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: legislação nacional e estrangeira e o monopólio jurisdicional*. São Paulo: LTr, 1999.

FILNER, Barbara; JENKINS, Michael. Performance based evaluation of mediators: the San Diego Mediation Experience. *University San Francisco Law Review*, v. 647, p. 659, 1996.

FIGURELLI, José Osmir; MALHADAS JUNIOR, Marcos Julio Olivé; MORAES, Daniel Lopes. *Psicologia na mediação: inovando a gestão de conflitos interpessoais e organizacionais*. São Paulo: LTr, 2004.

FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 2006. p. 21-32.

FISS, Owen M. Against Settlement. *Yale Law Journal*, v. 93, p. 1073, HeinOnline – 93 Yale L.J. 1073 1983-1984.

_____. *Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade*. Coordenação da tradução de Carlos Alberto de Salles. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____. The history of an idea. *Fordham Law Review*. v. 78, p. 1273-1280, 2009. p. 1277. Disponível em: <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4507&context=flr>>. Acesso em: 12 out. 2017.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Conflitos de justiça e limites da mediação para a difusão da cultura da paz. In: SALLES, Carlos Alberto (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 509-534.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____. Negociação. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUZO, Antonio Cezar. (Coord.) *Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 211-225.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Princípio constitucional da tutela jurisdicional sem dilações indevidas e o julgamento antecipadíssimo da lide. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 7, n. 45, p. 105-106, jan.-fev. 2007.

GALANTER, Marc. A settlement judge, not a trial judge: judicial mediation in the United States. *Journal of Law & Society*, v. 12, n. I, p. 1-18, spring 1985. p. 2-3. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1410244>>. Acesso em: 11 out. 2017.

GENTRY, Deborah B. Mediator attitudes and preferences concerning mediator certification. San Francisco, *Mediation Quarterly*, v. 11, p. 353-359, 1994.

_____. The certification movement: past, present and future. *Mediation Quarterly*, San Francisco, v. 11, p. 288, 1994.

GHIRCA, Maia Francesca. Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie nel quadro della riforma del diritto societario. *Studi di diritto processuale civile in onore di Giuseppe Tarzia*. Milano: Giuffrè, 2005. t. 3, p. 2007-2036.

GLASER, Tania. Sara Cobb, empowerment and mediation: a narrative perspective. *Negotiation Journal* v. 9, n. 3, p. 245-255, July 1993. Summary by Tanya Glaser. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/conflict/transform/cobb.htm>>. Acesso em: 13 out. 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GOUVEIA, Lúcio Grassi de. A função legitimadora do princípio da cooperação intersubjetiva no processo civil brasileiro. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 14, n. 172, p. 32-53, jun. 2009.

GOUVEIA, Mariana França; GAROUPA, Nuno; MAGALHÃES, Pedro (Coord.). *O sistema judiciário: justiça econômica em Portugal*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2012. v. 1.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

GRECO, Leonardo. Novas perspectivas da efetividade e do garantismo processual. In: RODRIGUES, Walter dos Santos; SOUZA, Marcia Cristina Xavier (Coord.). *O novo Código de Processo Civil. O projeto do CPC e o desafio das garantias fundamentais*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 1-45.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A crise do Poder Judiciário. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 34, p. 11, dez. 1990.

_____. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 60-83, abr.-jun. 1987.

_____. *Ensaio sobre a processualidade: fundamentos para uma nova teoria geral do processo*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

_____. O minissistema brasileiro de justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 16 out. 2017.

_____. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: _____; LAGRASTA NETO, Caetano; WATANABE, Kazuo (Coord.). *Mediação e gerenciamento do processo*. Revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Os métodos consensuais de solução de conflitos no Novo Código de Processo Civil. *Prodireito – Direito Processual Civil*. v. 1, p. 51-53. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/1/art20160105-01.pdf>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

GUASP, Jaime. *Derecho procesal civil*. 4. ed. Madrid: Civitas, 1998.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *O marco legal da mediação no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2015.

HANSEN, Toran. The Narrative Approach to Mediation. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/hansenT.cfm>>. Acesso em: 21 out. 2017.

HARDY, Will. Mandatory mediation. Disponível em: <<http://willhardy.com.au/legal-essays/mandatory-mediation/view/>>. Disponível em: 29 maio 2016.

HARGES, Bobby Marzine. Mediator qualifications: the trend toward professionalization. *Brigham Young University Law Review*, v. 687, p. 695, 1997.

HAZARD JR., Geoffrey C. Costo e durata del processo in Italia e in U.S.A. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 32, n. 3, p. 271-272, 1986.

HEGENBERG, Leonidas. *Definições: termos teóricos e significado*. São Paulo: Cultrix, 1974.

HILL, Flávia Pereira. A nova lei de mediação italiana. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 6, p. 294-321. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/issue/view/594>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

KOCK, Ingedore Grunfeld Vilaça; SILVA, Maria Cecília Pérez de Souza. *Linguística aplicada ao português: morfologia*. 7. ed. São Paulo: Cortez, 1994.

KOLB, Deborah M. *The mediators*. Cambridge-Massachusetts: The Mit-Press, 1983.

LACERDA, Galeno. Dos juizados de pequenas causas. *Revista Ajuris*, n. 27, p. 7-8, mar. 1983.

LAGRASTA, Valeria Ferioli (Coord.). *Guia Prático de Funcionamento do Cejusc: Centro Judiciário de Solução de Conflitos*. 2. ed. São Paulo: IPAM, 2016.

LANDE, John; WOHL, Rachel. Listening to experienced users. Improving quality and use of commercial mediation. *Dispute resolution magazine*. Spring, 2007. p. 18-21.

LEONEL, Ricardo de Barros. Revisitando a teoria geral dos recursos: o efeito suspensivo. In: NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2006. v. 9, p. 466-526.

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

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LIVRO VERDE. Sobre os modos alternativos de resolução dos litígios em matéria civil e comercial. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 19 abr. 2002, COM(2002) 196 final.

LOIČ, Cadiet. I modi alternativi di regolamento dei conflitti in Francia tra tradizione e modernità. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Milano: Giuffrè, ano 60, n. 4, p. 1169-1194, 2006.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. A contribuição dos meios alternativos para a solução das controvérsias. In: SALLES, Carlos Alberto de (Coord.). *As grandes transformações do processo civil brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 599-626.

_____. *Prestação jurisdicional pelo Estado e meios alternativos de solução de controvérsias: convivência e formas de pacificação social. Uma sugestão de integração*. 2006. Tese (Doutorado) – USP, São Paulo.

LUCARELLI, Paola. La mediazione obbligatoria fra ordine del giudice e principio de effettività: verso una riduzione certa e significativa dei processi pendenti. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/570/Lucarelli.pdf>>. Acesso em: 18 maio 2016.

LUGO, Andrea. *Manuale de diritto processuale civile*. 16. ed. Milano: Giuffrè, 2006.

LUNELLI, Carlos Alberto; CASTILLO, Armando Meraz. Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: una opción para las cuestiones ambientales. *Opinión Jurídica*, Medellín: Universidad de Medellín, v. 13, n. 26, p. 17-32. jul.-dic. 2014.

MACAMBIRA, José Rebouças. *Português estrutural*. São Paulo: Enio Matheus Guazzelli, 1978.

MACEDO, Elaine Harzheim; FACCHINI NETO, Eugênio. Fuga da jurisdição? Reflexões sobre a busca de alternativas à jurisdição. *Revista de Direito Brasileira*, ano 5, v. 10, p. 106-149. 2015.

MACIEIRA, Jorge. Balanço sobre o novo processo Civil. Mediação de conflitos. Lisboa, 2016. Disponível em: <www.macieira-law.pt/downloads/novoCPC_mediacao.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

MAGALHÃES, Luisa Maria Alves Machado. A evolução do regime jurídico da mediação em Portugal: os antecedentes normativos de maior relevo até a Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. *Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política*, Porto, n. 9, p. 155-193, 2017.

_____. *Mediação. Alguns aspectos no contexto da Lei n.º 29/2013 de 19 de abril. A mediabilidade dos litígios e a transacção*. 2013. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Coimbra e da Faculdade de Direito da Universidade Lusófona do Porto, Porto.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça*. São Paulo: RT, 2011.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito*. 2. ed. São Paulo: RT, 2014.

MANDRIOLI, Crisanto. *Diritto processuale civile*. Nozioni introduttive e disposizioni generali. 30. ed. Torino: G. Giappichelli, 2000.

MARCATO, Antonio Carlos. Algumas considerações sobre a crise da justiça. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 21-42.

_____. Considerações sobre a tutela jurisdicional diferenciada. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 59, 1.º out. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3350>>. Acesso em: 18 fev. 2017.

MARCOS GONZÁLEZ, María. El proceso judicial y la mediación en obligaciones civiles y mercantiles. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 123-151.

_____. *Retos de la justicia en España*. Algunas aportaciones de derecho comparado. Lisboa: Juruá, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 6. ed. São Paulo: RT, 2012.

MARTÍN DIZ, Fernando. *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2009.

MARTINS, Daniel Valério. *Intraculturalidade nas comunidades indígenas da região metropolitana de Fortaleza-CE Brasil: caminho para o desenvolvimento e sobreculturalidade*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2016. p. 255-263. (Colección Victor 396.)

MARTIN, Stavos. Mandatory mediation strikes back, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.mediate.com/articles/SvatosM1.cfm>>. Acesso em: 28 maio 2016.

MEJIAS GOMEZ, Juan Francisco. *La mediación como forma de tutela judicial efetiva*. Madrid: El Derecho y Quantor, 2009.

MENDONÇA, Fernando Hideki. *Entrando em consenso sobre a obrigatoriedade da audiência de conciliação ou mediação preliminar*. 2016. Tese de Láurea – USP, São Paulo.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil*. São Paulo: RT, 2009.

MNOOKIN, Robert H.; ROSS, Lee. Introdução. In: ARROW, Kenneth et al. (Coord.). *Barreiras para resolução de conflitos*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 31-59.

MONTELEONE, Girolano. *Diritto processuale civile*. 2. ed. Milano: Cedam, 2000.

_____. La mediazione “forzata”. *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/38/Monteleone,%20mediazione%20forzata.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2016.

MONTERO AROCA, Juan. Las materias de libre disposición en el arbitraje y en la mediación. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.). *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 47-61.

MONTESANO, Luigi; ARIETA, Giovanni. *Diritto processuale Civile*. Le disposizioni generali. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1999.

MONTORO, André Franco. *Estudos de filosofia do direito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MUÑOZ, Helena Soletto. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*, Rio de Janeiro, v. 3, p. 66-88, jan.-jun. 2009.

NALINI, José Renato. A crise do direito e o resgate da ética. *LEX: Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e Tribunais Regionais Federais*, São Paulo, v. 11, n. 113. p. 9-18. jan. 1999.

_____. Os três eixos da reforma do Judiciário. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 24, n. 75, p. 67-72, abr. 2004.

NOLAN-HALEY, Jacqueline M. The merger of law and mediation: lessons from equity jurisprudence and Roscoe Pound. *Cardozo Journal of Dispute Resolution*, v. 6, p. 57-58, 2004.

OLIVA SANTOS, Andrés de la; DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio; VEGAS TORRES, Jaime. *Curso de derecho procesal civil I*. 3. ed. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Coimbra, v. 64, n. 1 e 2, p. 179-203, 2003.

ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco. La mediación concursal empresarial encuanto paradigma de las posibilidades de los mecanismos ADR. Estudio crítico de su régimen jurídico en el ordenamiento jurídico español. In: _____; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 261-291.

PARDO IRANZO, Virginia. La finalización del procedimiento de mediación y la realización forzosa del acuerdo: principais cuestiones controvertidas. In: _____ (Dir.). *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 137-150.

PAREDES PÉREZ, José Ignacio. La mediación en el consumo transfronterizo. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 291-304.

PAUMGARTTEN, Michele. O futuro da mediação italiana após a decisão da Corte Constitucional da República. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 404-416. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/18068/13322>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

_____; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. L'esperienza italo-brasiliana nell'uso della mediazione in risposta alla crisi dell monopolio statale di soluzione di conflitti e la garanzia di accesso alla giustizia. *Diritto.it*. 2012. Disponível em: <www.diritto.it/docs/33346-1-esperienza-italo-brasiliana-nell-uso-della-mediazione-in-risposta-alla-cri-si-del-monopolio-statale-di-soluzione-di-conflitti-e-la-garanzia-di-accesso-alla-giustizia>. Acesso em: 20 mar. 2016.

PEDROSO, Pedro. Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça – uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Centro de Estudos Sociais, Observatório Permanente da Justiça Portuguesa Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. p. 1-43. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/171.pdf>>. Acesso em: 1.º out. 2017.

PEÑA YAÑEZ, Maria Ángeles et al. La mediación en el ámbito familiar: cauce para resolución pacífica de los conflictos. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 134-186.

PEREIRA, Adelyne Maria Mendes; LIMA, Luciana Dias de; MACHADO, Cristiani Vieira; FREIRE, José Manuel. Descentralização e regionalização em saúde na Espanha: trajetórias, características e condicionantes. *Saúde Debate*, Rio de Janeiro, v. 39, número especial, p. 11-27, dez. 2015.

PERROT, Roger. O processo civil francês na véspera do século XXI. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 23, n. 91, p. 203-212, jul.-set. 1998.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 1-32.

_____; _____. Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, v. 11, p. 191-192, 2013. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/18068/13322>>. Acesso em: 9 maio 2016.

PINHO, Manoel Orlando de Moraes. *Dicionário de termos de negócio*. Português/Inglês. São Paulo: Atlas, 1995.

POLI, Roberto. Giusto processo e oggetto del giudizio di appello. *Rivista di Diritto Processuale*, Milano, v. 65 (seconda serie), p. 51-52, 2010.

PRESS, Sharon. Institutionalization: savior or saboteur of mediation? *Florida State University Law Review*, v. 24, n. 4, p. 903-917, summer 1997.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3. ed. Napoli: Jovene, 1999.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. *Responsabilidade civil do promotor de justiça na tutela dos interesses coletivos*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.

QUEK, Dorcas. Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program. *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2010. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/265223347_Mandatory_Mediation_An_Oxymoron_Examining_the_Feasibility_of_Implementing_a_Court-Mandated_Mediation_Program>. Acesso em: 28 maio 2016.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

REDENTI, Enrico; VELLANI, Mario. *Lineamenti di diritto processuale civile*. Milano: Giuffrè, 2005.

REDONDO, Bruno Garcia. Princípio da cooperação e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, v. 133, p. 9-14, abr. 2014.

RE, Edward D. Sovraccarico, lentezza e costi del processo in U.S.A. *Rivista di Diritto Processuale*. Padova, anno XXXII, n. 3, p. 311-312, 1986.

REGLA, Josep Aguiló. *El arte de la mediación*. Argumentación, negociación y mediación. Madrid: Trotta, 2015.

RESOLUÇÃO n.º 125, de 29 de novembro de 2010, CNJ. Disponível: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 22 maio 2017.

RIBEIRO, Julio. *Grammatica Portugueza*. São Paulo: Typ. Jorge Seckler, 1881.

RISKIN, Leonard. Understanding mediators' orientations, strategies, and techniques: a grid for the perplexed. *Harvard Negotiation Law Review*, v. 7, p. 7-51, 1996.

RODOVALHO, Thiago. Mediação obrigatória? 2015. Disponível em: <https://www.academia.edu/17620584/Mediação_obrigatória>. Acesso em: 7 maio 2016.

RODRIGUES, Viviane Siqueira. Preocupações com uma eficiente administração da justiça e novas tendências processuais para uma razoável duração do processo. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 741-757.

RODRIGUEZ, Carmen Callejo; JURISTO, Marina Tatud. La mediación en asuntos civiles. In: ARANA MUÑOZ, Jaime Rodríguez; RODRÍGUEZ, Mercedes de Prada (Dir.). *La mediación presente, pasado y futuro de una institución jurídica*. Coruña: Netbiblo, 2010. p. 117-133.

SACCARO, Francesca; POLIDORI, Rachele. Inquadramento della mediazione nell'ambito delle Alternative Dispute Resolutions. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/675/Saccaro%20Polidori.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. A indisponibilidade e a solução consensual de controvérsia. In: GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. (Coord.), *Justiça federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos*. Brasília: Gazeta Jurídica, p. 209-227, 2014.

_____. *Arbitragem em processos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. Mecanismos alternativos de solução de controvérsias e acesso à justiça: a inafastabilidade da tutela jurisdicional recolocada. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo e constituição: estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006. p. 779-792.

_____. *Nos braços do Leviatã: os caminhos da consensualidade e o Judiciário brasileiro*. São Paulo: USP, 2017. No prelo.

_____. Prefácio. In: TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília: Gazeta Jurídica, p.vii-ix, 2016.

_____. Processo: procedimento dotado de normatividade: uma proposta de unificação conceitual. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 201-217.

SANCHIS CRESPO, Carolina. La mediación como alternativa en la gestión de conflictividad de las comunidades de vecinos. In: PARDO IRANZO, Virginia (Dir.). *La mediación: algunas cuestiones de actualidad*. Valencia: Tirant lo Blanc, 2015. p. 97-135.

SANDULLI, Piero. Il diritto alla tutela giurisdizionale alla luce della dichiarazione universale del diritto dell'uomo del 10 dicembre 1948. *Rivista Diritto Processuale*, Milano, anno 74, seconda serie, n. 2, p. 389-390, 2009.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de direito processual civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. v. 1.

SCARPINELLA BUENO, Cassio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 1.

SHAW, Dana. *Mediation certification: an analysis of the aspects of mediator certification and an outlook on the trend of formulating qualifications for mediators*. Ohio: University of Toledo, 1998.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Congestionamento viário e congestionamento judiciário: reflexões sobre a garantia de acesso individual ao Poder Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 39, v. 236, p. 13-26, out. 2014.

_____. Velhos e novos institutos fundamentais do direito processual civil. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 430-466.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SOUZA, Artur Cesar de. O princípio da cooperação no Projeto do novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 19, n. 225, p. 65-80, nov. 2013.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 8, n. 16, jul.-dez. 2006, p. 20-45. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16>>. Acesso em: 23 nov. 2018.

SPIEGELMAN, Paul J. Certifying Mediators: using selection criteria to include the qualified lessons from the San Diego Experience. *University of San Francisco School of Law Review*, v. 30, p. 677 e 679, spring 1996.

SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José. Otro modelo de justicia: la resolución de conflictos por medios alternativos al sistema adversarial. In: ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusco; URIARTE RICOTE, Maite. *Justicia en tiempo de crisis*. Bilbao: Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, 2015. p. 71-97.

TAKAHASHI, Bruno. *Desequilíbrio de poder e conciliação: o papel do conciliador em conflitos previdenciários*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

TALAMINI, Eduardo. Cooperação no novo CPC (primeira parte): os deveres do juiz, set. 2015. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI226236,41046-Cooperacao+no+novo+CPC+primeira+parte+os+deveres+do+juiz>>. Acesso em: 22 maio 2017.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 3. ed. São Paulo: Método, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A arbitragem como meio de solução de controvérsias. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 5-16, nov.-dez. 1999.

_____. *Curso de direito processual civil*. 50. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 1.

_____. Juiz e partes dentro de um processo fundado no princípio de cooperação. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 102, p. 62-74, set. 2011.

_____. *Processo de execução*. 20. ed. São Paulo: Leud, 2000.

TISCINI, Roberta. Il procedimento de mediazione per la conciliazione delle controversie civili e commerciali. *Judicium*. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/157/Tiscini.pdf>> Acesso em: 2 maio 2016.

TOMMASEO, Ferruccio. *Lezioni di diritto processuale civile*. Milano: Cedam, 2005. v. 1.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 5. ed. São Paulo. Método. 2017.

VERDI, Giovanni. Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata. *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, anno 76, seconda serie, n. 3, p. 505-529, 2011.

_____. *Profili del processo civile*. Parte generale. 5. ed. Napoli: Jovene, 1999.

VÉSCOVI, Enrique. *Teoría general del proceso*. 2. ed. Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999.

VIGORITI, Vincenzo. Costo e durata del processo civile: spunti per una riflessione. *Rivista di Diritto Civile*, Padova, anno 32, n. 3, p. 319, 1986.

_____. Notas sobre o custo e a duração do processo civil na Italia. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 43, p. 142-148, jul.-set. 1986.

WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis: Habitus, 2001. v. 1.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. In: _____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel (Coord.). *Participação e processo*. São Paulo: RT, 1988. p. 128-135.

_____. Cultura da sentença e cultura da pacificação. In: YARSHELL, Flávio Luiz; ZANOIDE DE MORAES, Maurício. (Org.) *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

_____. Filosofia e características básicas do Juizado Especial de Pequenas Causas. In: WATANABE, Kazuo. (Coord.) *Juizado Especial de Pequenas Causas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

_____. Mediação como política pública social e judiciária. *Revista do Advogado*, São Paulo, ano 34, n. 123, p. 35-39. ago. 2014.

_____. Modalidade de mediação. *Revista CEJ*, Brasília, 22, p. 47 e 50, 2013. Disponível em: <<http://daleth.cjf.jus.br/revista/seriecadernos/vol22/artigo04.pdf>>. Acesso em: 7 maio 2016.

_____. Política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses: utilização dos meios alternativos de resolução de controvérsias. In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 556-561.

WELSH, Nancy. Stepping back through the looking glass: real conversations with real disputants about institutionalized mediation and its value. *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, v. 19, p. 671, 2004.

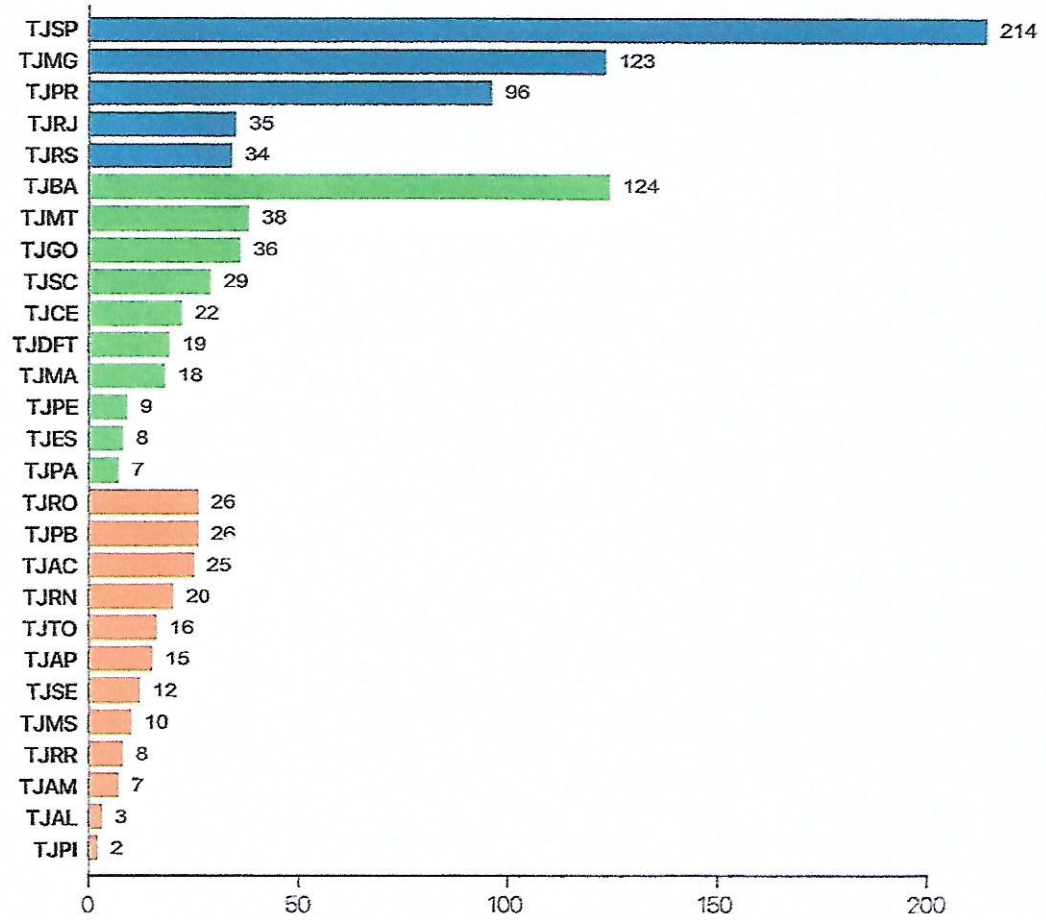
ZINGALES, Ignazio. La fase di mediazione obbligatoria nel quadro delle garanzie costituzionali. *Judicium*. Il processo civile in Italia e in Europa. Disponível em: <<http://www.judicium.it/admin/saggi/176/Zingales.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2016.

ZUFELATO, Camilo. Reflexões acerca da sindicabilidade de certas decisões administrativas e a noção de inafastabilidade da tutela jurisdicional no contexto atual das

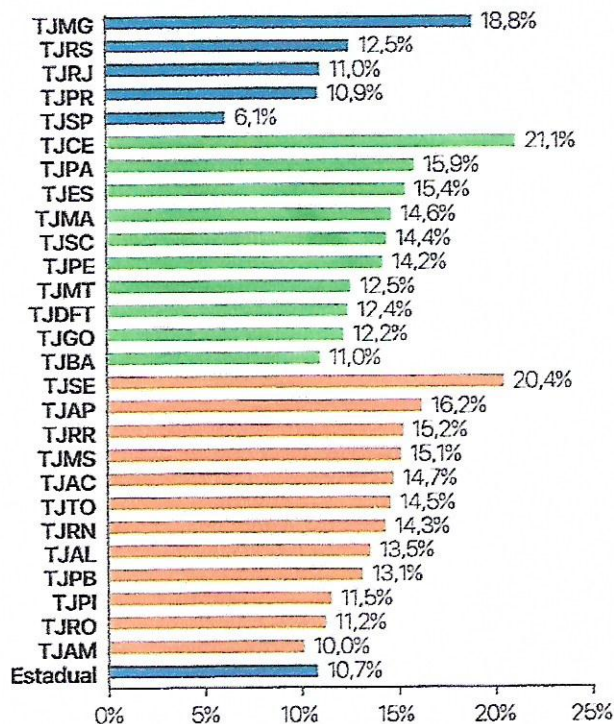
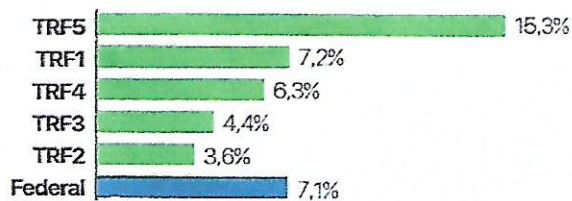
competências estatais. In: _____; YARSHELL, Flávio Luiz. (Org.). *40 anos da teoria geral do processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 166-200.

ANEXO I

Gráfico 1 - Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejus), por tribunal, em 2017⁴²¹

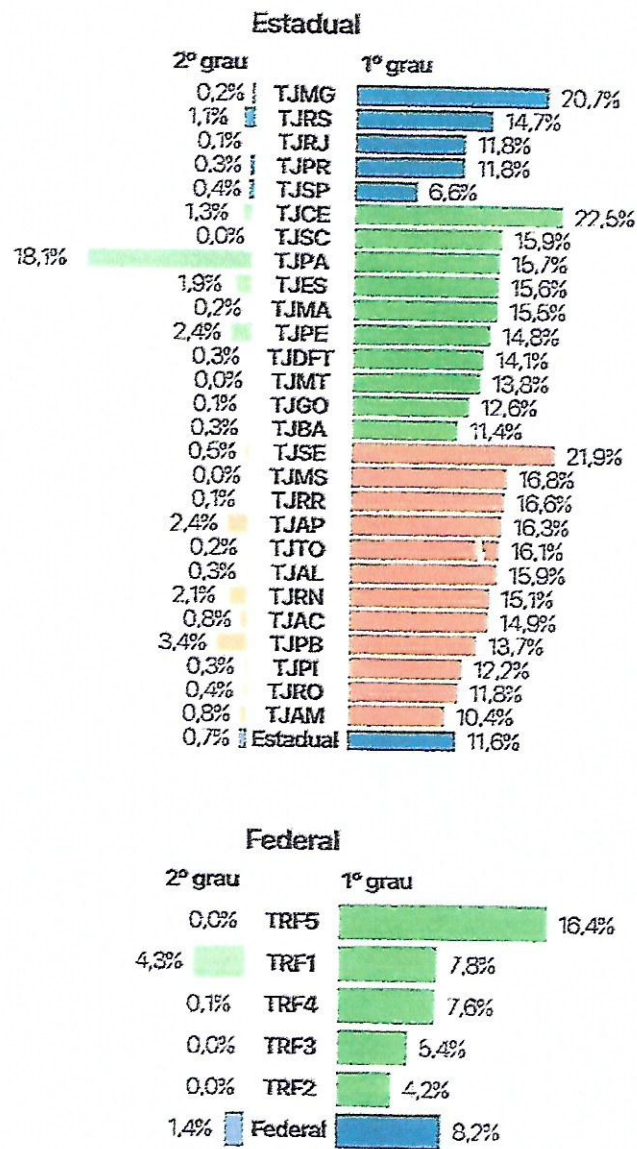


⁴²¹ *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2018, p. 138.

Gráfico 2 - Índice de conciliação, por tribunal estadual, em 2017⁴²²Gráfico 3 - Índice de conciliação, por tribunal federal, em 2017⁴²³

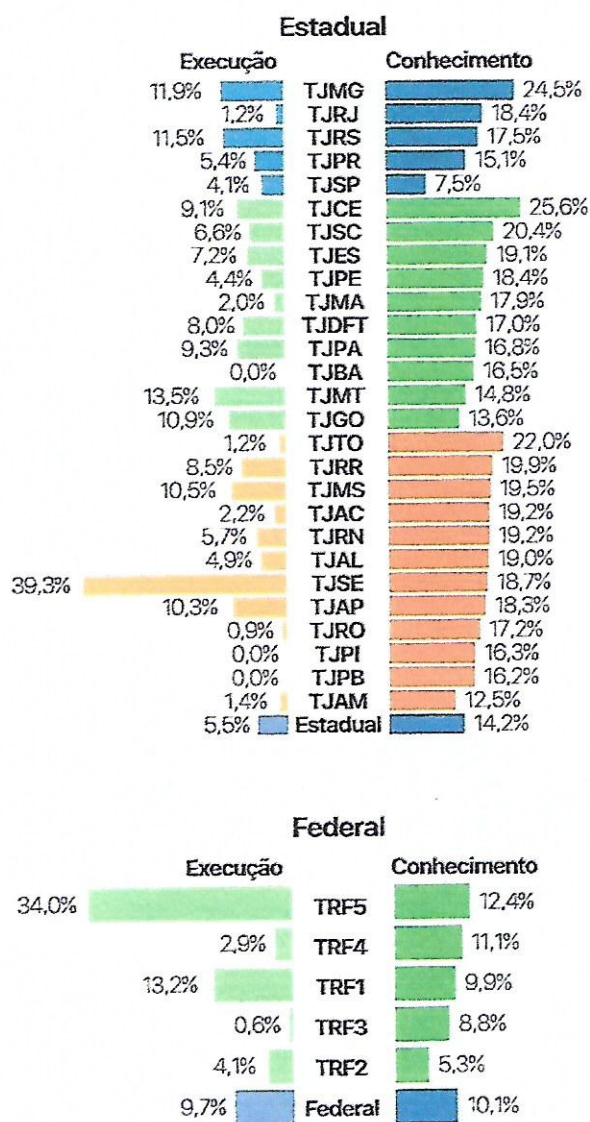
⁴²² *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2018, p. 139.

⁴²³ *Id.*, *Ibid.*, p. 139

Gráfico 4 - Índice de conciliação por grau de jurisdição, por tribunal⁴²⁴

⁴²⁴ *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2018, p. 140.

Gráfico 5 - Índice de conciliação nas fases de execução e conhecimento, por tribunal
425



⁴²⁵ *Justiça em números*. Brasília: CNJ, 2018, p. 141.

ANEXO II

Judicial mediation in civil and commercial cases in 2010⁴²⁶

Court annexed mediation - 22 States/entities -	Private mediator - 26 States/entities-	Public authority -9 States/entities -	Judge -13 States/entities -
Belgium	Albania	Bosnia and Herzegovina	Albania
Croatia	Belgium	Finland	Croatia
Denmark	Bosnia and Herzegovina	Germany	Denmark
Finland	Bulgaria	Hungary	Finland
Germany	Croatia	Malta	Germany
Greece	Estonia	Montenegro	Iceland
Hungary	Finland	Portugal	Italy
Ireland	France	Serbia	Lithuania
Lithuania	Germany	Spain	Monaco
Malta	Hungary		Norway
Monaco	Ireland		Russian Federation
Netherlands	Italy		Serbia
Romania	Lithuania		Sweden
Russian Federation	Luxembourg		
Serbia	Netherlands		
Slovenia	Norway		
Spain	Poland		
Sweden	Romania		
Switzerland	Russian Federation		
Turkey	Serbia		
UK-England and Wales	Slovakia		
UK-Northern Ireland	Slovenia		
	Sweden		
	The FYROMacedonia		
	UK-England and Wales		
	UK-Northern Ireland		

A mediação endoprocessual é largamente proporcionada em matéria civil e comercial, com a participação de 36 países. Os países que não oferecem mediação em matéria civil e comercial são: Andorra, Armenia, Áustria, Azerbaijan, Cyprus, Czech Republic, Georgia, Republic of Moldova, San Marino, Ukraine e UK-Scotland.

⁴²⁶ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice. Bruxelas: CEPEJ, 2012. p. 133

Judicial mediation in family cases in 2010⁴²⁷

Court annexed Mediation - 20 States/entities -	Private mediator -25 States/entities -	Public authority -14 States/entities -	Judge -14 States/entities -
Belgium	Albania	Bosnia and Herzegovina	Albania
Croatia	Belgium	Croatia	Croatia
Denmark	Bosnia and Herzegovina	Denmark	Denmark
Finland	Bulgaria	Finland	Finland
France	Estonia	Germany	Germany
Germany	Finland	Hungary	Iceland
Hungary	France	Ireland	Italy
Lithuania	Germany	Lithuania	Lithuania
Malta	Hungary	Montenegro	Monaco
Monaco	Ireland	Norway	Norway
Netherlands	Lithuania	Portugal	Russian Federation
Romania	Luxembourg	Serbia	Serbia
Russian Federation	Malta	Spain	Sweden
Serbia	Netherlands	UK-England and Wales	UK-England and Wales
Slovenia	Norway		
Spain	Poland		
Sweden	Romania		
Switzerland	Russian Federation		
UK-England and Wales	Serbia		
UK-Northern Ireland	Slovakia		
	Slovenia		
	Sweden		
	The FYROMacedonia		
	UK-England and Wales		
	UK-Northern Ireland		

A mediação em casos de família foi aderida por muitos países, respectivamente 34 países e 30 entidades.

⁴²⁷ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice. Bruxelas: CEPEJ, 2012. p. 134

Judicial mediation in administrative cases in 2010⁴²⁸

Court annexed Mediation - 8 States/entities -	Private mediator -12 States/entities	Public authority - 2 States/entities -	Judge -6 States/entities-
Croatia	Albania	Croatia	Albania
Germany	Bulgaria	Switzerland	Croatia
Monaco	Estonia		Germany
Netherlands	France		Iceland
Norway	Germany		Monaco
Serbia	Netherlands		Norway
Spain	Norway		
Turkey	Poland		
	Portugal		
	The FYROMacedonia		
	UK-England and Wales		
	UK-Northern Ireland		

⁴²⁸ EUROPEAN JUDICIAL SYSTEMS. Efficiency and quality of justice. Bruxelles: CEPEJ, 2012. p. 135.