

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JÚLIA BONATO PERES

MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS:
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA UM
JUDICIÁRIO EM CRISE

CURITIBA

2014

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

JÚLIA BONATO PERES

MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS DE SOLUÇÃO DE LITÍGIOS:
MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO COMO INSTRUMENTOS PARA UM
JUDICIÁRIO EM CRISE

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade
Federal do Paraná como requisito parcial para
a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Elton Venturi.

CURITIBA

2014

AGRADECIMENTOS

São tantas as pessoas que me ajudaram a chegar ao fim desta jornada que é difícil agradecer a todas em apenas algumas linhas. Primeiramente, gostaria de agradecer a Deus, por iluminar os meus caminhos e ter permitido todas as oportunidades de minha vida e a superação das dificuldades.

Agradeço com especial carinho aos meus pais, Francisco e Margareth, e à minha irmã, Laura, por toda o incentivo aos estudos, o amor incondicional e a estrutura familiar que fizeram com que eu me tornasse quem eu sou hoje. Agradeço especialmente ao meu namorado, melhor amigo e companheiro Diogo, pelo apoio, compreensão, paciência e amor, por ter acreditado no meu trabalho e por estar sempre ao meu lado, em todos os momentos de minha vida.

Meus agradecimentos a todos os meus amigos, pela sua amizade e incentivo, com destaque para Alani, Alessandra e Gabriela, que fizeram parte da minha formação e que, com certeza, vão continuar presentes em minha vida para sempre. Às minhas velhas amigas Lais, Giovanna, Rafaella, Natali e Thalita, que fazem parte da minha história e junto comigo estão vivendo um sonho. E também aos meus amigos Fernando, Eduardo, Marcelene, Kátia, Mônica, Andréa, Aray e Anderson, pelos momentos de diversão.

Agradeço a esta Universidade e a todos os professores do curso, pelo ensinamento transmitido, que colaborou para todo o conhecimento por mim adquirido nesses anos de graduação. Meu mais sincero agradecimento ao meu orientador, professor Elton Venturi, pela orientação, confiança e empenho dedicado à elaboração deste trabalho. Ao professor Eduardo Talamini, que ministrou a disciplina de Meios Alternativos de Solução de Litígios, me inspirando para a escolha do tema deste trabalho. E ao professor Eroulths Cordiano Junior, pelos aprendizados com o Programa de Iniciação à Docência.

Finalmente, agradeço também a todos que participaram do meu Estágio nos Juizados Especiais Cíveis, Criminais e da Fazenda Pública, entre 2011 e 2013, o qual me fez ter paixão pelos métodos autocompositivos de solução de litígios, com ênfase para Camila Schulz, Renato Cabral, Rosane Barbarine, Marta Inoue, Monique Godke, Ana Carolina Ruiz, Smailey Behn, Suelen Florentino e Dra. Vanessa Bassani.

RESUMO

O objetivo desse trabalho consiste na análise dos Métodos Autocompositivos de Solução de Litígios como meios adequados de pacificação social, sendo utilizados como instrumentos para um Poder Judiciário em crise, com o intuito de garantir aos jurisdicionados uma tutela efetiva, eficaz e justa, em uma duração razoável e através de um processo de resultados. Ainda vige na nossa sociedade a ideia da cultura do litígio e da supremacia da Jurisdição Estatal, de que para solucionar uma controvérsia deve-se buscar o auxílio do Poder Judiciário Estatal sem sequer tentar o diálogo. Entretanto, quando o operador do direito impõe uma sentença heterocompositiva, aplicando abstratamente a técnica de subsunção, apenas examinando os fatos provados, para posteriormente indicar o direito aplicável ao caso concreto, é deixado de lado o principal componente do conflito: o ser humano. Além disso, o Poder Judiciário não tem conseguido atender de forma apropriada a enorme quantidade de demandas judiciais: o Estado tem fracassado na sua missão. Apesar da Jurisdição ser monopólio estatal, a solução dos conflitos e a pacificação social não o são. Perante o quadro caótico da Jurisdição Estatal atual, abarrotada de processos, delongada e custosa, os métodos autocompositivos aparecem como instrumentos de pacificação, auxiliando o Poder Estatal na concessão do acesso à Justiça. Diante disso, se torna imperiosa a análise sobre a utilização da Mediação e da Conciliação não mais como “meios alternativos de solução de conflitos”, mas como instrumentos para se repensar o sistema de Justiça nacional. O Brasil precisa de uma política de racionalização na prestação jurisdicional, para estabilizar uma cultura do consenso, através de uma política pública de estímulo à generalização e à propagação da Mediação e da Conciliação. É necessária uma transformação do Poder Judiciário, a fim de se tornar um centro de harmonização social, fortalecendo tanto a Justiça Consensual quanto a Jurisdição Estatal, de modo que ambos os sistemas coexistam cooperativamente, para fornecer à sociedade opções alternativas mas complementares para a melhor e mais eficaz solução dos seus conflitos.

PALAVRAS-CHAVES: Autocomposição; Mediação; Conciliação; litígios; solução; conflitos; Judiciário; crise; pacificação; Juizados Especiais.

ABSTRACT

The objective of this paper is an analysis of Consensual Alternative Dispute Resolution (ADR) Methods as appropriate means to social pacification, used like instruments to address the crisis in the Judicial System, in order to guarantee for the citizens an effective, efficient and equitable law protection, within a reasonable time lapse and through a process centered on results. The idea of litigation culture and supremacy of state jurisdiction still prevails in our society, in which to solve a dispute one should seek assistance of State Court, without even trying a dialogue. However, when the law operator enforces a judgment, applying the subsumption technique in theory, just examining proved facts and thereafter specifying the applicable law for the individual case, one has left aside the main component of the dispute: the human being. Additionally, the Judiciary is not complying with the enormous volume of judicial demands: the State has failed in its mission. Although Jurisdiction is government monopoly, dispute resolution and social pacification are not. Due to the chaotic situation in current Court system, crowded of cases files, time-consuming and costly, the consensus methods appear as instruments that will lead to the pacification of interests, helping to give people a right of access to justice. Therefore, it becomes imperative to analysis on the use of Mediation and Conciliation no more as "alternative means of dispute resolution", but as tools for rethinking the national justice system. Brazil needs a policy of streamlining the adjudication, to stabilize a culture of consensus, through a public policy of encouraging the widespread introduction and spread of Mediation and Conciliation. A transformation of the judiciary in order to become a center of social harmonization, strengthening both Consensual Justice and also State Jurisdiction, so that both systems coexist cooperatively to provide society alternatives but complementary options for the best and most effective solution to their conflict.

Key words: ADR, Alternative Dispute Resolution, Mediation, Conciliation, Litigation, Special Courts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	CONFLITOS E CONSENSOS: O ETERNO CICLO DA CONVIVÊNCIA HUMANA EM SOCIEDADE.....	10
2.1	A TRADIÇÃO DE CONFLITOS.....	10
2.2	O REPARO DA PAZ SOCIAL E DA BOA CONVIVÊNCIA: O CONFLITO COMO ALGO POSITIVO.....	14
2.3	MÉTODOS PARA SOLUCIONAR CONFLITOS: UMA VISÃO GERAL.....	15
2.4	MÉTODOS ADEQUADOS PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL.....	21
3	A AUTOCOMPOSIÇÃO: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO.....	23
3.1	RENÚNCIA, SUBMISSÃO E TRANSAÇÃO.....	25
3.2	A RELAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COM O PROCESSO JUDICIAL.....	27
3.3	O OBJETO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA.....	30
3.4	MÉTODOS PARA A OBTENÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: A NEGOCIAÇÃO, A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO.....	35
3.4.1	Negociação: a base para a Mediação e a Conciliação.....	37
3.4.2	Mediação: A mais adequada forma de agenciar a Cultura da Paz.....	40
3.4.2.1	Definição e Princípios Norteadores.....	40
3.4.2.2	O Papel do Mediador.....	44
3.4.2.3	O Procedimento da Mediação.....	47
3.4.2.4	A Mediação Extrajudicial e Judicial: Diferentes formas de utilização do método.....	52
3.4.2.5	Uma visão histórica da mediação.....	55
3.4.3	A Conciliação: A autocomposição efetivada institucionalmente pelo Poder Judiciário.....	57
3.4.3.1	Conceito, procedimento e função do conciliador.....	57
3.4.3.2	Conciliação Pré-Processual e Conciliação Processual.....	61
4	A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS PARA A SUA SOLUÇÃO.....	66
4.1	A SUPREMACIA DA JURISDIÇÃO ESTATAL.....	66

4.2 O ACESSO À JUSTIÇA E OS ATUAIS PROBLEMAS PARA A EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL.....	68
4.3 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO	71
4.3.1 As mais diversas causas e consequências	71
4.3.2 A ineficácia dos processos destrutivos.....	77
4.3.3 Uma luz no fim do túnel.....	78
4.4 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO UMA SOLUÇÃO PARA A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO.....	80
4.4.1 Uma comparação entre a Jurisdição Estatal e a Justiça Consensual: Vantagens e Desvantagens no âmbito da Pacificação Social	80
4.4.2 A convivência harmônica entre a Heterocomposição e a Autocomposição	84
4.5 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS E PRÁTICAS NO TOCANTE À MEDIAÇÃO E À CONCILIAÇÃO	87
4.5.1 A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais.....	88
4.5.2 O Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil e a sua importância para uma mudança significativa na práxis do Processo Civil no tocante à autocomposição.....	91
4.5.3 Os Anteprojetos de Lei sobre a Mediação	95
4.5.3.1 O Projeto de Lei nº 4.827/1998 e o Substitutivo PLC 94/2002....	95
4.5.3.2 A união dos projetos: os diferentes tipos de mediação e as disposições quanto ao procedimento	96
4.5.3.3 O Sistema Multiportas, o Projeto de Lei do Senado nº 405/2013 e a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público 101	
4.6 PROJETOS E PROGRAMAS DESENVOLVIDOS EM ÂMBITO FEDERAL E NO PARANÁ.....	104
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	107
6 REFÊRENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como premissa o estudo do Direito Processual Civil, com base na resolução de conflitos e litígios. O objetivo é a análise dos métodos autocompositivos de solução de litígios, mais especificamente a Mediação e a Conciliação, como meios adequados de pacificação social, podendo ser utilizados pelo Poder Judiciário a fim de garantir aos cidadãos uma tutela efetiva, eficaz e justa, em um tempo razoável e através de um processo de resultados, de maneira a trazer benefícios para as partes, para o Estado e para a sociedade como um todo.

Em um primeiro momento, em uma perspectiva introdutória com ênfase sociológica e psicológica, o conflito na sociedade humana é tratado partindo-se da ideia de que todas as comunidades enfrentam conflitos em várias ocasiões, uma vez que as relações e a convivência humana pressupõem contraposições de vontades e interesses. O conflito é algo natural ao homem e à vida em sociedade, sendo um fenômeno social e inevitável. A coletividade contemporânea está inserida em uma cultura de conflitos, uma eterna luta dos homens contra os homens.

Mesmo o conflito sendo percebido, em geral, como algo anormal e negativo, que só traz perdas para todos os envolvidos, a partir da Teoria do Conflito, percebe-se um caráter positivo do conflito, visto como um fato real que pode ensejar transformações e aprendizagens, promovendo crescimento pessoal e aumentando o entendimento mútuo entre os indivíduos. Diante de um conflito, o ideal é buscar o seu acordo construtivo, uma vez que o convívio humano só é possível onde houver diálogo.

Este trabalho se debruça sobre os diferentes métodos para resolver um conflito, tendo como pressuposto o fato de que, se os indivíduos não respeitam as normas jurídicas previamente estipuladas no ordenamento jurídico-legal, a pacificação social fica prejudicada. Os conflitos podem ser solucionados pela sentença dada por um juiz perante o Poder Judiciário, mas também pode o ser pela força e pela argúcia, ou então pelo consenso. Prevê-se a existência de três possíveis desembocaduras dos litígios: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição. A partir desses meios de solução de conflitos pode-se afirmar a existência de uma ordem imposta ou adversarial e uma ordem consensual.

A utilização da Jurisdição Estatal como modo ordinário, tradicional e rotineiro de resolver conflitos é uma questão cultural, decorrente da cultura romano-germânica de um Estado intervencionista e soberano. No entanto, a Jurisdição nem sempre é a melhor forma de solucionar os litígios, seja porque a sentença é dada por um terceiro imparcial e alheio às verdadeiras vontades dos litigantes; ou então porque essa sentença não é a real solução do conflito, mas apenas a finalização do processo judicial; seja porque a decisão é “imposta” e na maioria das vezes não agrada a nenhuma das partes; porque a relação entre os envolvidos é delicada e pessoal; ou ainda porque o Poder Judiciário brasileiro não consegue atender a todas as demandas dentro de uma duração razoável do processo.

Apesar da Jurisdição ser monopólio estatal, a solução dos conflitos e a pacificação social não o são. A necessidade social valorizou os outros métodos, chamados de meios adequados para a pacificação social, afinal se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação se dê pelo Estado ou por outros meios, desde que sejam eficientes. Dessa forma, como instrumento de pacificação, como forma de auxiliar o Poder Estatal na concessão do acesso à Justiça e fornecer uma melhor solução para os conflitos, existem os métodos autocompositivos de solução dos litígios e dentre eles a Mediação e Conciliação.

No segundo capítulo, enfoca-se especificamente a autocomposição, seu conceito, características, seus sujeitos e sua forma, bem como os seus possíveis resultados: a renúncia, a submissão e a transação. Importante a distinção entre a autocomposição endoprocessual e a autocomposição extraprocessual e a questão divergente na doutrina sobre o objeto da autocomposição, com base nas discordâncias quanto as definições de objetos disponíveis e transigíveis e quanto a possibilidade de uma autocomposição no âmbito dos direitos metaindividuais e transindividuais. A autocomposição pode ser obtida a partir dos métodos da Negociação, da Mediação e da Conciliação, trabalhados individualmente.

Os meios autocompositivos para a solução dos conflitos são os mais eficazes para a pacificação social, tanto é que a solução pacífica das controvérsias, mesmo diante da supremacia da Jurisdição Estatal que se presencia, é o escopo dos atuais Estados Democráticos de Direito e de Bem-Estar Social, objetivando sempre a paz social. O Estado deve garantir aos seus jurisdicionados o acesso a uma ordem jurídica justa. Contudo, vive-se, atualmente, uma crise do Poder Judiciário, na qual o mesmo não consegue atender de forma apropriada a grande

quantidade de demandas judiciais. É perceptível, e este é o tema do terceiro e último capítulo, que o Estado tem fracassado na sua missão.

A ineficiência do sistema judicial, devido principalmente à grande procura e à falta de estrutura, é um problema de grandes proporções. Por isso a imprescindível necessidade de se buscar respostas, mas também soluções para um Judiciário que, atualmente, encontra-se falido. Os métodos alternativos autocompositivos de soluções de litígios estão sendo cada vez mais utilizados, tanto judicialmente quanto na via extrajudicial. Existem diversos projetos e pesquisas feitos pelos Tribunais de Justiça e pelo Conselho Nacional de Justiça visando aprimorar as técnicas e implementá-las com maior efetividade.

A Mediação e a Conciliação são garantidas na própria Legislação e estão sendo criadas cada vez mais leis a respeito, com dispositivos também no Novo Código de Processo Civil. Dessa forma, torna-se mister uma análise sobre a sua importância e utilização, para que possamos repensar o sistema de justiça nacional e não mais considerar a autocomposição, e mais especificamente a Mediação e a Conciliação, como meios “alternativos” de solução de conflitos, e sim como os verdadeiros meios adequados para a pacificação social.

2 CONFLITOS E CONSENSOS: O ETERNO CICLO DA CONVIVÊNCIA HUMANA EM SOCIEDADE

2.1 A TRADIÇÃO DE CONFLITOS

A vida em sociedade almeja sempre a harmonia, com os seus cidadãos convivendo tranqüilamente, balizando a sua própria liberdade a fim de não atingir a liberdade dos outros. A convivência humana saudável, consagrando igualmente o direito de todos, é um escopo para os indivíduos e os Estados, mas ainda é um ideal para se alcançar. A harmonia é o anseio e deveria ser a regra, mas o conflito existe, podendo eternizar-se ou desfazer-se retornando à harmonia. Todas as sociedades e as comunidades enfrentam conflitos em distintas ocasiões: em um ambiente de relações humanas, apreendem-se contraposições de ideias, vontades e interesses. A partir da declaração de vontade de um indivíduo, pode-se sobrevir duas situações: o medo, o respeito, a coação ou então uma disputa de interesses. A situação de medo, respeito ou coação resulta na submissão de uma vontade a outra, enquanto que, havendo uma discordância de interesses surge o *conflito*.

Os conflitos são “processos ou estados em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”¹. De forma muito semelhante, Dean PRUITT e Jeffrey RUBIN sustentam que “o conflito significa a percepção da divergência de interesses, ou a crença das partes de que suas aspirações atuais não podem satisfazer-se simultânea ou conjuntamente”². É um fenômeno social e inevitável, conatural ao homem, nascendo com a vida em sociedade.³

¹ YARN, Douglas H. **Dictionary of Conflict Resolution**. 1999. p. 113. Nas palavras de Lewis Coser, os conflitos envolvem a luta entre essas pessoas quanto a valores, posição ou recursos. (COSER, Lewis. **Continuities in the Study of Social Conflict**. 1967).

² PRUITT, Dean; RUBIN, Jeffrey. **Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement**. 1986. p. 4.

³ BIANCHI, Roberto. **Mediación Prejudicial y Conciliación**. 1996. p. 13. A própria Bíblia, livro religioso de valor sagrado para o Cristianismo, em uma de suas passagens mais famosas, narra a sabedoria do Rei Salomão ao julgar um conflito de difícil resolução. Segundo a estória, duas mulheres se apresentaram diante do Rei afirmando serem mães de uma mesma criança. As duas mulheres moravam sob o mesmo teto e deram à luz dois bebês em datas muito próximas, mas uma das crianças faleceu e a sua mãe trocou os bebês, afirmando que a criança viva era seu filho e a criança morta era filho da outra mulher. Pediam ao monarca de Israel para que decidisse a lide da forma mais justa possível. Salomão, então, pediu aos seus servos que lhe trouxessem uma espada e

As insatisfações, enquanto estados de espírito qualificados pelo descontentamento motivado por conjunturas fáticas antagônicas aos interesses do indivíduo,⁴ podem produzir os conflitos. Em uma análise sociológica, o conflito pode ser latente, emergente ou manifesto. De acordo com Christopher MOORE, os conflitos latentes são tensões básicas não plenamente progredidas e polarizadas, sendo que as partes podem nem mesmo perceber a existência do conflito ou de sua possibilidade. Nos conflitos emergentes, as partes admitem o dissenso, muitas vezes evidente, contudo, não há ainda a tentativa de obtenção de uma resolução. Por sua vez, nos conflitos ditos manifestos, as partes estão envolvidas em uma disputa dinâmica e inicia-se uma negociação, podendo inclusive chegar-se a um impasse.⁵

Para o Direito Processual, é mister a doutrina defendida por CARNELUTTI acerca do conceito de *conflictos de interesses*, como “o posicionamento antagônico de duas ou mais pessoas em face de um mesmo bem da vida”⁶. O interesse é a posição do indivíduo mais adequada ao cumprimento de uma necessidade. O conflito, dessa forma, surge no momento em que a situação apropriada à satisfação de uma necessidade rejeita ou restringe a de outra necessidade. Quando o indivíduo condescende-se com a sua insatisfação, o conflito de interesses não chega a ter alguma importância jurídica; no entanto, se umas das partes realiza uma manifestação assinalada por uma “exigência de submissão do interesse alheio ao interesse próprio”⁷, a fim de alcançar o bem da vida objeto do conflito, está-se praticada a sua *pretensão*⁸. Mas, para se configurar um conflito de interesses, a pretensão apenas não é suficiente, pois é crível que não haja empecilho algum atalhando a satisfação do interesse. Por isso, é indispensável a presença da

que dividissem o menino vivo em duas partes, dando metade da criança para cada uma das mulheres. Como era de se esperar, a falsa mãe concordou que o menino não deveria ser de nenhuma das duas, e sim dividido, enquanto a verdadeira mãe suplicou ao Rei que desse o menino inteiro a outra mulher, mas que de modo algum o matasse. Diante disso, Salomão, satisfeito com a atitude das partes envolvidas, devolveu o filho a sua verdadeira mãe, dando por solucionado o conflito. (**Bíblia Sagrada**, I Reis 3, 16 – 28).

⁴ DELFINO, Lúcio. **Insatisfações, Lides, Pretensões e Resistências**. 2007. p. 2.

⁵ *Tradução feita pela autora*. MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos**. 1995. p. 47 e 48.

⁶ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. T. I. 1936. p. 44.

⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. 1999. p. 80.

⁸ Para Jaime Guasp, no Direito Processual, ação é o direito de formular pretensões, processo é a instituição destinada a satisfazer pretensões e pretensão é “uma declaração de vontade pela qual se solicita uma atuação de um órgão jurisdicional frente a uma pessoa determinada e distinta do autor da declaração”. A pretensão é um ato e o verdadeiro objeto do processo. (**Derecho Procesual Civil**. 3a. ed., Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977. p. 217).

resistência à pretensão, consolidando a pretensão alheia; estamos diante do conceito de *lide*, enquanto “conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão resistida”⁹. Ou, em outras palavras, a *lide* inicia-se no momento em que uma pessoa ou organização realiza uma reclamação ou demanda contra outra, que a rebate.

Mesmo CARNELUTTI definindo processo enquanto “operação mediante a qual se obtém a composição da *lide*”¹⁰, a abstração de *lide* não é um conceito essencialmente processual e tampouco um sinônimo de *processo*. Não é toda a *lide* que irá resultar em um processo. Nas palavras de CHIOVENDA, processo é o “complexo dos atos coordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por ela), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”¹¹. Ou seja, conflito e disputa judicial são definições distintas.

Um conflito se mostra necessário para a articulação de uma demanda. Um conflito, todavia, pode existir sem que uma demanda seja proposta. Assim, apesar de uma disputa não poder existir sem um conflito, um conflito pode existir sem uma disputa.¹²

O *conflito de interesses*, trazido por Carnelutti, e o *conflito latente* e o *conflito emergente*, definidos por Moore, se correlacionam, uma vez que não há comportamentos para a realização do interesse. A *lide* só se apresentará se acontecer uma conduta visível de aspiração e outra, antagônica, a aversão, caracterizando um *conflito manifesto*.¹³

RUBIN¹⁴ e KRIESBERG¹⁵ consideram a existência de uma progressiva escalada nos conflitos, devido ao círculo vicioso de ação e reação: a reação sempre será mais ríspida em relação à ação anterior, gerando novos pontos de pendências, e assim sucessivamente. Esse quadro de *espirais de conflitos*¹⁶ pressupõe que os

⁹ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. 1999. p. 78.

¹⁰ CARNELUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. T. I. 1936. p. 371.

¹¹ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. Vol. I. 2000. p. 56.

¹² YARN, Douglas H. **Dictionary of Conflict Resolution**. 1999. p. 153.

¹³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 18.

¹⁴ PRUITT, Dean; RUBIN, Jeffrey. **Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement**. 1986.

¹⁵ KRIESBERG, Louis. **Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution**. 1998.

¹⁶ Seguindo a dialética hegeliana, é possível uma “conciliação dos contrários nas coisas e no espírito”. Os contrários são o verso e o anteverso de uma mesma realidade. A tese é um novo pensamento formulado com base em outros pensamentos anteriores, e que se apresenta justamente para ser questionada e impugnada. Formulada a tese, temos a antítese, contradita ao pensamento anterior e que tenta questionar os pontos fracos da tese, provocando um confronto ou uma crise. São duas formas de pensar que se opõe e que faz surgir uma tensão. A solução da tensão, ou do conflito, está em um terceiro pensamento formulado que acomoda o que há de melhor entre os outros dois

pretextos primitivos são secundarizados em detrimento dessas novas querelas surgidas, o que resulta em uma exacerbação progressiva do problema.

Maria de Nazareth SERPA¹⁷, Lia SAMPAIO e Adolfo BRAGA NETO¹⁸ citam a “espiral de Rummel”, proposta por Rudolph RUMMEL, que analisa o conflito pela sua potencialidade, disposições e poderes das manifestações, atingindo cinco momentos distintos, muito semelhante à divisão proposta por Moore: o conflito, primeiramente, é latente, ou seja, a potencialidade e manifestação ainda não existem; o conflito inicia-se quando as partes demonstram o seu ponto de vista; ocorre o “balanceamento do poder” com a defesa dos juízos e atitudes e o concludente choque; posteriormente há o “equilíbrio de poder”, atingido pela parte mais forte e poderosa; após temos a quebra desse equilíbrio, desestabilizando e desestruturando toda a relação.

Para DURKHEIM, o conflito é uma “anormalidade que rompe com a coesão típica da solidariedade mecânica das sociedades simples”. Contudo, não é possível que “a vida social seja sem lutas”¹⁹, lutas estas definidas por WEBER justamente como aquelas ações que “se orientam pelo propósito de impor a própria vontade contra a resistência do ou dos parceiros”²⁰. Os conflitos não são acontecimentos individuais, mas sim metaindividuais e sociais. A coletividade em que estamos inseridos projeta-se como uma *cultura de conflitos*, sendo comumente imputado ao Estado o encargo de oferecer uma decisão²¹. É fato perceptível que, desde os primórdios da História da Humanidade, os homens lutam entre si²². A grande questão é: como chegar à convivência harmônica?

pontos de vista: é a síntese, uma proposição superior que consiste na fusão dos pontos positivos da tese e da antítese. Ou seja, a tese opõe-se a uma antítese, e o conflito destas vai formar uma síntese. As contradições são solucionadas pela negação da negação. A síntese, no entanto, será uma nova tese, que terá a sua antítese e uma nova síntese, e assim sucessivamente. (HOUGATE, Stephen. **An Introduction to Hegel**. In: Freedom, Truth and History. Oxford: Blackwell. 2005).

¹⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999. p. 26-30.

¹⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007. p. 30-31.

¹⁹ DURKHEIM, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. 1995. p. 106-107.

²⁰ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 1. 1994. p. 13.

²¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 19.

²² WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 1. 1994. p. 13.

²² CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013, p. 19.

²² A teoria do contratualismo, tendo como adeptos Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, explica que, antes da elaboração do contrato social, prevalecia a inexistência de uma ordem social estruturada, um estado de natureza e de anarquia. Imperava o que Hobbes chama de uma “guerra de todos contra todos” (*bellum omnia omnes*). (HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. In: Hobbes. 1983. p. 106.). Em outro contexto histórico e filosófico, Karl Marx e Friedrich Engels afirmam que “a história de toda a sociedade até

2.2 O REPARO DA PAZ SOCIAL E DA BOA CONVIVÊNCIA: O CONFLITO COMO ALGO POSITIVO

Em geral, o conflito é tratado como um elemento negativo nas relações sociais, havendo a possibilidade de produzir prejuízos aos envolvidos. Todavia, não devemos apenas nos ater ao conflito como nocivo, negativo, anormal ou disfuncional, ele é um fato real a partir do qual podem sobrevir transformações e consequências positivas, inclusive com o crescimento pessoal. É com Max WEBER que o conflito se despatologiza, deixando de ser visto como um estado anormal ou negativo e sim como uma ação cotidiana e histórica²³. SIMMEL, da mesma forma, vê o conflito como uma sociação, a mais vívida das interações, composta por elementos negativos e positivos e que visa solucionar os dualismos. A positividade dos antagonismos leva Simmel a considerar o conflito como fator de progresso.²⁴

O conflito é uma ocasião favorável ao desenvolvimento individual e aprendizagem, redundando na maior aproximação entre as partes, na fortificação das ligações sociais e na amortização das crises principiantes, ao aumentar a compreensão e o entendimento mútuo²⁵. A percepção do conflito de forma positiva é um dos frutos da moderna Teoria do Conflito, que o abrange como um acontecimento natural na relação vivencial²⁶; dessa forma, diante de um conflito, o ideal é procurar auxiliar o seu acordo construtivo.

Em uma disputa, os envolvidos podem dissolver as disparidades de diversas formas e adotar diversas posturas²⁷. Mas talvez possamos afirmar que os indivíduos normalmente recorrem primeiramente ao *consenso* para depois partir para um recurso heterocompositivo, mais caro e mais intrincado. A História do Ser Humano está baseada na comunicação entre os indivíduos de uma dada comunidade, visto

nossos dias é a história da luta de classes. (...) opressores e oprimidos sempre estiveram em constante oposição; empenhados numa luta sem trégua (...)” (ENGELS, Friedrich, MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. 2002. p. 23-24). Auguste Comte, por sua vez, afirma que o caos social é resultado de um confronto de concepções de mundo, dos diferentes modos de organizar o Estado e da incompatibilidade da expressão dos desacordos (COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva**. In: Comte. 1983. p. 17).

²³ WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. v. 1. 1994.

²⁴ SIMMEL, Georg. **A Natureza Sociológica do Conflito**. In: Moraes Filho, Evaristo (Org.). *Simmel*. 1983. p. 121-134.

²⁵ UZQUEDA, Ana, FREDIANI, Paolo. **La Conciliazione: Guida per la Soluzione Negoziabile Delle Controversie**. 2004. p. 1.

²⁶ AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 29.

²⁷ Tema específico do próximo ponto.

que a comunicação é a convivência, e a sociedade fundamenta-se no consenso espontâneo dos seus cidadãos, no sentido de acordo e compreensão, e principalmente na dialética cooperação/conflito. O confronto e a manipulação deram lugar à cooperação.

E é o que percebe-se dentro das relações privadas, por exemplo, nas quais as pessoas físicas e jurídicas tentam, o tempo todo, negociar, conciliar interesses, obter o seu direito que não foi inteiramente reconhecido. A paz social é o escopo do Estado de Bem-Estar Social, e nesse sentido, não se objetiva apenas a ausência de violência e litígios, como também a efetivação dos direitos humanos. O bem-estar da cidadania e das relações intersubjetivas só é possível em um estado de paz, e a paz não permanecerá por completo onde houver controvérsias nas relações jurídicas.

O próprio preâmbulo da Constituição Federal de 1988 traz como objetivos do Estado Democrático “assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”, sociedade esta que constitui-se na harmonia social e que empenha-se para uma solução pacífica das controvérsias²⁸. O diálogo sempre existirá na sociedade humana, mesmo se o Poder Público tentar dominar ilimitadamente as relações sociais, pois são os acordos de vontades, naturais e vinculados à condição humana, que tornam o convívio possível.

2.3 MÉTODOS PARA SOLUCIONAR CONFLITOS: UMA VISÃO GERAL

Se um indivíduo é titular de um direito, seguindo a ordem jurídica²⁹, ou haverá a satisfação do mesmo com o exercício desse direito sem qualquer obstáculo, ou então, ocorrerá a insatisfação com o não exercício desse direito devido a empecilhos colocados à sua pretensão. Esses impedimentos da satisfação provêm da oposição de um outro indivíduo ou da própria regulação jurídica, quando

²⁸ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: edição administrativa do texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. 2010. p.12.

²⁹ “A existência do direito regulador da cooperação entre pessoas e capaz de atribuição de bens a elas não é, porém, suficiente para evitar ou eliminar os conflitos que podem surgir entre elas” (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 26).

o Estado proíbe a realização do direito, mesmo não havendo conflitos com outras pessoas. A pacificação social, portanto, é dificultada pela resistência dos indivíduos, mas também pelo próprio Estado, que em seu ordenamento jurídico determina balizas à cabal e natural consumação do direito.³⁰

A princípio, os indivíduos, voluntariamente, obedecem aos seus encargos. Quando não ocorre o cumprimento espontâneo das normas jurídicas, o apaziguamento social fica prejudicado e, por natureza, as pessoas procuram encontrar recursos amigáveis, definindo sozinhas os seus conflitos. No entanto, a sociedade não vive sem o direito³¹, o qual possui uma *função ordenadora*, ao instituir a colaboração entre as pessoas e reconciliar os conflitos que forem constatados. A ordem jurídica tem por escopo justamente conciliar as relações sociais intersubjetivas de forma equitativa, através do *controle social*³².

Vislumbrando a História através dos séculos, percebe-se que existem várias formas de os homens resolverem suas controvérsias, sejam as de ordem psicológica, sejam as de ordem sociológica, buscando sempre a harmonia imprescindível para viver em sociedade. Os contornos da composição dos conflitos seguem o caminhar das mudanças sociais. Alguns conflitos são definidos pelo Poder Judiciário, por meio da *sentença* dada por um juiz; outros são decididos com base na *força e argúcia*; e há ainda os solucionados por meio do *consenso*, seja pelo diálogo das próprias partes, seja com a ajuda de um terceiro³³. O meio judiciário de solução de litígios não é o único e muito menos o mais importante, na verdade, este é o último modo de solução de conflitos. Segundo Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, o conflito pode ser resolvido pelos próprios litigantes ou por terceiros alheios, existindo três possíveis desembocaduras do litígio: a *autotutela*, a *autocomposição* e a *heterocomposição*;³⁴ nesta última, encontram-se o processo (ou tutela jurisdicional) e a arbitragem.

³⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 15.

³¹ “*Ubi societas ibi jus*”, nas palavras de Antônio Carlos Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. (CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 25).

³² Definido como o “conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios” (Idem. *Ibidem*).

³³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 23.

³⁴ *Tradução pela autora*. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 12-13. “*Producido el litigio, o conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, cabe que se solvete por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de um tercero*”.

Na autotutela, também chamada de autodefesa, no sentido de defesa própria, uma das partes atribui a renúncia do interesse da outra, geralmente empregando ou ameaçando empregar a força, astúcia ou esperteza³⁵. Caracteriza-se pela imposição da decisão por uma das partes à outra, sendo, de modo geral, um método precário, aleatório³⁶ e parcial³⁷. Uma sociedade que permite sem restrições a autotutela é primitiva, caracterizada pela razão do sujeito mais forte, mais astuto ou mais ousado, havendo a propagação da violência e a falta de domínio dos cidadãos, pois o responsável pela solução do conflito é apenas um dos envolvidos e o método utilizado para isso é a imposição, com a ausência de um juiz. Em um Estado Democrático de Direito, a autotutela é vedada, sendo crime o exercício arbitrário das próprias razões (artigo 345 do Código Penal), com exceção das situações de urgência, como a legítima defesa, o desforço imediato, o penhor legal, a retenção por benfeitorias, a greve e o poder de polícia da Administração Pública para inibir atividades ilícitas.

A autocomposição incide quando uma das partes do conflito, ou ambas, tendo o alvitre sobre o seu direito, permite a abnegação de seu interesse, de maneira unilateral ou bilateral, total ou parcial; é a solução do litígio pelos próprios litigantes de maneira altruísta, com a renúncia ou reconhecimento³⁸. É “o meio mais autêntico e genuíno de solução de conflitos, pois emana da própria natureza humana o querer-viver-em-paz”³⁹. A harmonia social é um escopo, e por isso, a solução amigável é sempre apostada tanto por causa da natureza humana quanto pela falha do Estado. Os dois envolvidos são responsáveis pela solução e o método utilizado é o consenso.

Por vezes, é possível uma autocomposição apenas com a presteza das partes, em outras é necessário o subsídio de um terceiro que irá promover, assistenciar e incitar a saída consensual. Nas conjunturas nas quais o estrago é tamanho a ponto de tornar praticamente impossível o diálogo entre os envolvidos, ou o acordo é remoto, existem meios que possibilitam o alcance da autocomposição, podendo se dar com o auxílio de um terceiro imparcial ou apenas com a participação

³⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 23-24.

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 27.

³⁷ *Tradução pela autora*. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 13.

³⁸ “O bien uno de los litigantes consiente el sacrificio de su propio interés. (...) tenga lugar antes ou después de surgido el proceso” (Idem. Ibidem).

³⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 6.

das partes, estimulando e provocando o diálogo. São incentivos que se propõem à conquista do consenso, produtos da própria essência humana, de suas aspirações e interesses, de seu comportamento e de suas respostas ao posicionamento oposto, são eventos cotidianos que possuem implicações jurídicas, e que, por esse motivo, englobam o sistema de solução de conflitos. Os métodos de autocomposição tentam solucionar não apenas os conflitos manifestos (*lide*), na concepção já trazida de Moore e Carnelutti, mas também os latentes e emergentes, que acabam por aparecer no transcurso do diálogo⁴⁰. Tanto na autotutela quanto na autocomposição, a solução do conflito é parcial, pois condicionada à pretensão e à presteza de uma ou de ambas as partes envolvidas.⁴¹

A heterocomposição engloba o processo e a arbitragem, nos quais um terceiro imparcial é responsável pela solução e o método utilizado, assim como na autotutela, é a imposição. O terceiro é escolhido de forma estranha à pretensão das partes e toma a sua decisão com base em um ato de autoridade e poder e utilizando como justificativa uma norma igualitária e não os interesses das partes. Ao final do processo judicial e da arbitragem, uma parte vencerá e a outra perderá.

A arbitragem, totalmente desvinculada de qualquer órgão estatal,

é um mecanismo privado de solução de conflitos [referentes a direitos patrimoniais e disponíveis sujeitos a transação⁴²] mediante o qual um terceiro [chamado de árbitro] escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão [na forma de uma sentença arbitral], que deverá ser cumprida pelas partes.⁴³

Nos casos em que for necessário o uso da força ou de meios coercitivos para impor os direitos devidos, a solução do conflito deve se dar de acordo com a Lei, por meio de um processo instruído pela Lei, uma vez que, segundo a Constituição Federal da República, em seu artigo 5º, inciso LIX, ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O processo, ou tutela jurisdicional, é a solução imparcial, privilégio exclusivo do Estado e meio ordinário para resolver os litígios; “um método de trabalho referente ao exercício da

⁴⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013.. p. 7.

⁴¹ *Tradução pela autora*. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 13.

⁴² SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2008. p. 19

⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2004. p. 51.

jurisdição pelo juiz”⁴⁴, por meio do qual a jurisdição estatal delibera autoritariamente e inflige suas disposições.

O Estado (...) impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição. Pela jurisdição, (...) os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (...); a elas que não podem mais agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional. E como a jurisdição se exerce através do processo, pode-se provisoriamente conceituar este como instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.⁴⁵

O objetivo mor da jurisdição e de todo o direito processual deveria ser sempre a pacificação com justiça. “É para a pacificação que o Estado cria leis e órgãos jurisdicionais, sempre visando satisfazer os valores humanos, eliminar os conflitos sociais e fazer do processo um meio efetivo para a realização da justiça e do bem comum”⁴⁶. A jurisdição estatal é o meio habitual para a resolução dos conflitos, tendo em vista que “quando falha a prestação espontânea, substituir-se-lhe-á a realização mediante o processo”⁴⁷, porém não é o único apto para isso e talvez possamos até mesmo dizer que seja o menos apto.

Embora a categorização de Alcalá Zamora y Castillo seja a clássica e mais utilizada atualmente, existem divergências doutrinárias quanto ao assunto, como os argumentos levantados por Cipriano GÓMEZ LARA e José Ovalle FAVELA, que consideram que a mediação e a conciliação são um método heterocompositivo, devido a presença de um terceiro imparcial, o qual não possui como função decidir a lide, mas sim facilitar o consenso⁴⁸. Outras classificações também são difundidas no Direito Processual, como a de Willian URY, Jeanne BRETT e Stephen GOLDBERG, para os quais as três formas de resolver os conflitos são a conciliação pelo *interesse* (as coisas pelas quais as pessoas se importam ou desejam, sendo a solução menos

⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 2001. p. 24.

⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 29

⁴⁶ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 31.

⁴⁷ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**. 1969. p. 4.

⁴⁸ FAVELA, José Ovalle. **Teoria General Del Proceso**. México: Oxford University Press. 5ª ed. 2003 e LARA, Cipriano Gómez. **Teoria General Del Proceso**. México: Oxford University Press. 9ª ed. 2003.

custosa por gerar maior satisfação, melhor relação e com menos custo), pelos *direitos* (determinar quem está correto, com base em um padrão considerado pelas partes como legítimo ou justo) e pelo *poder* (definir quem é mais poderoso, em relação à habilidade de coerção para obrigar alguém a fazer algo que normalmente não faria).⁴⁹

Karl SLAIKEU explica que, em um litígio, as partes podem assumir as seguintes atitudes: evitar o conflito, ou seja, “esperar para ver”, na expectativa de que o mesmo se resolva naturalmente; colaborar, através da negociação entre as partes ou da mediação por um terceiro não-parte; recorrer a uma autoridade que tomará uma decisão vinculante, seja um superior ou ainda fazendo uso do litígio judicial⁵⁰; e finalmente, se utilizar de jogos unilaterais de poder, por meio de violência física, força, greves, etc⁵¹.⁵²

A partir dos meios de solução dos conflitos, podemos falar em duas ordens: a ordem imposta (ou modelos adversariais) e a ordem consensual. Na ordem imposta, assinalada pela coerção aumentada e maior probabilidade de um resultado distributivo, está a imposição unilateral que se traduz na autotutela, enquanto tomada de decisão coercitiva extralegal caracterizada pelo poder, envolvendo a ação direta não-violenta e a violência; e a heterocomposição, no qual se discutem fatos e direitos. Na ordem consensual, no qual se encontra a autocomposição, a metodologia e a deliberação final são ajustadas pelas partes, sempre visando satisfazer os interesses de ambas⁵³. Contudo, não podemos esquecer que todos os meios de resolver conflitos visam a restauração da paz social, ou ainda, a consumação da Justiça, com a recuperação da ordem jurídica turbada pelo conflito.

⁴⁹ BRETT, Jeanne M. URY, William L. GOLDBERG, Stephen B. **Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict**. 1995. p. 5.

⁵⁰ *Tradução pela autora*. “Litígio é o conflito juridicamente transcendente, que constituirá o ponto de partida ou causa determinante de um processo, de uma autocomposição ou de uma autotutela”. (CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 18).

⁵¹ SLAIKEU, Karl A. **No Final das Contas: Um Manual Prático para Mediação de Conflitos**. 2004. p. 24.

⁵² É semelhante a opinião de Christopher MOORE, segundo o qual quem está envolvido em um conflito pode optar pelas seguintes opções: evitar o conflito, discussão informal, negociação, mediação, decisão administrativa, arbitragem, decisão judicial, decisão legislativa, ação direta não violenta e violência. (MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos**. 1995. p. 30).

⁵³ Se discutem interesses, e se traduz na tomada de decisão particular feita pelas partes, como a evitação do conflito, a negociação e a mediação e conciliação, estes últimos objeto deste trabalho.

2.4 MÉTODOS ADEQUADOS PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

Os meios ditos alternativos de solução de conflitos, distintos da clássica Jurisdição Estatal, são os mais eficazes para a pacificação social. A expressão “meios alternativos de solução de conflitos”, ou ADR (*Alternative Dispute Resolutions*), nas palavras de Mauro CAPPELLETTI, possui uma

acepção estritamente técnica, relativa sobretudo aos expedientes extrajudiciais ou não judiciais, (mas podendo também serem judiciais) destinados a resolver conflitos. (...) que têm emergido como alternativas aos tipos ordinários, ou tradicionais de procedimento⁵⁴.

A utilização da expressão “meios alternativos” ou ainda “*equivalentes jurisdicionais*”, em contrapartida a um meio ordinário e tradicional, é uma questão cultural. No mundo ocidental, o modo habitual e rotineiro de resolver os conflitos, promovendo a pacificação social, tem sido por meio do exercício da Jurisdição pelo Juiz Estatal, seguindo um procedimento definido minuciosamente em Lei. É a decorrência de uma cultura na qual o Estado é eminentemente intervencionista e soberano, herança das famílias romano-germânicas: o Estado intervém no conflito, substituindo as partes e conduzindo a solução⁵⁵. Porém, não pode-se olvidar que apenas a Jurisdição é monopólio estatal, e não a solução dos conflitos e a pacificação social.

Foi a necessidade social que valorizou os outros métodos de pacificação social, vistos como alternativos, afinal “se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado ou por outros meios, desde que eficientes”⁵⁶. Pode-se afirmar, inclusive, que a expressão “alternativos” talvez não seja a mais correta, uma vez que todos os meios de solução de conflitos devam se complementar, sem que um seja mais importante que o outro. Até mesmo porque a Jurisdição Estatal não é nem o meio mais antigo (tanto que em Roma era chamado de mecanismo extraordinário de solução de conflitos) e exhibe-se tão

⁵⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. 1994. p. 82.

⁵⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 80 – 81.

⁵⁶ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 31 – 32.

somente como uma possibilidade segura de resolver conflitos, mas não a exclusiva, e por vezes, nem a mais competente.

Para Petrônio CALMON⁵⁷, o ideal é a utilização do termo “*meios adequados para a pacificação social*”, sem dar prioridade para nenhum dos métodos ou classificar em métodos melhores e piores. O importante é uma interação entre os meios para melhor realizar a pacificação social. Para cada tipo de conflito, as próprias partes envolvidas podem decidir qual será o método mais adequado para a sua solução. Não existem meios alternativos à Jurisdição Estatal, e sim formas alternativas e mais adequadas, de acordo com a escolha do indivíduo para demandar pelos seus direitos, a fim de se encontrar a Justiça. A legitimidade desses meios adequados de solução de conflitos, que não são a solução estatal jurisdicional, baseia-se no Princípio da Liberdade, direito fundamental das pessoas físicas e jurídicas públicas e privadas.

A Constituição oferece um modo estatal de solução de conflitos, mas não significa que as pessoas estão proibidas de solucionar seus conflitos de outra forma. O direito fundamental de acesso ao Judiciário não é uma obrigação, por isso os meios alternativos são legítimos para a resolução dos litígios. Dentre os meios adequados para a pacificação social, conforme já foi visto, há métodos heterocompositivos e autocompositivos: enquanto aqueles exigem a participação e o auxílio de um terceiro que dita as regras e proclama a sentença, nestes o conflito é resolvido por obra das próprias partes envolvidas, que se autocompõem, negociando harmoniosamente e cooperativamente. Embora os conceitos de autocomposição e heterocomposição se contrapõem, existe entre eles uma relação de complementaridade e harmonia.

⁵⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 84.

3 A AUTOCOMPOSIÇÃO: PRINCÍPIOS E FUNDAMENTOS DA MEDIAÇÃO E DA CONCILIAÇÃO

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO⁵⁸ alega que a palavra *autocomposição* foi proposta por Carnelutti, em seu livro “*Sistema di Diritto Processuale Civile*”, como uma solução de conflito realizada por obra dos próprios envolvidos no conflito, através de uma decisão consensual, e cujo fundamento jurídico é o altruísmo, enquanto atitude de dispor independentemente da motivação interior. A justiça consensual caracteriza-se pela informalização dos procedimentos, com a correspondência de informações entre as partes e a reconstrução do quadro geral do conflito. Os litigiosos aproximam-se e resolvem a solução conflituosa, dialogando sobre pretensões, interesses, dúvidas e paixões, em um processo de troca e consenso, sem precisar demarcar formal e previamente o conteúdo da mesma através das leis processuais.

Além do altruísmo, a espontaneidade é outro requisito essencial da autocomposição, pois a desigualdade social e econômica das partes pode resultar em injustiças no acordo. A carência de espontaneidade na composição suscita uma autocomposição resignada ou sob coação, enquanto a ausência de altruísmo motiva uma autocomposição falsa ou aparente. O vício no consentimento, por dolo ou engano, pode originar erro e deve causar a nulidade do acordo.⁵⁹

A autocomposição tem uma identidade funcional com a atividade jurisdicional, ambas visando eliminar o processo, pondo fim ao litígio, seguindo os princípios da indivisibilidade e da interpretação restritiva⁶⁰. A Constituição do Império, de 1824, promulgada dois anos após a Independência do Brasil, já dispunha a obrigatoriedade da tentativa de conciliação, em seu artigo 161, segundo o qual “sem se fazer constar que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará processo algum, e, sem se demonstrar que se tentou uma solução amigável, ninguém será admitido em juízo”⁶¹.

⁵⁸ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Processo, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 71.

⁵⁹ Idem. p. 79.

⁶⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 48-49.

⁶¹ BRASIL. **Constituição Federal (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 23 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

Apesar disso, esta é uma seara ainda pouco desenvolvida, visto que, historicamente, era proibida a realização da autocomposição em certas áreas jurídicas, por exemplo, no Direito Penal. Contudo, devido a semelhança dos seus resultados com os de uma sentença judicial, caracterizado ambos pela superação da incerteza característica das lides, implicando na decisão do litígio e na produção de uma nova e certa situação jurídica, a sua importância para a sociedade é tamanha que deve ser estudada pelos mais diversos ramos do Direito e até mesmo pelas ciências não-jurídicas, como a psicologia, a sociologia e a economia. Contemporaneamente, os procedimentos tradicionais da força, do poder e da autoridade estão dando lugar para os métodos negociais e não-adversariais, uma vez que aumentou-se a consciência da necessidade do consentimento das partes envolvidas em litígios, de forma a construir uma solução construtiva e duradoura.

Os sujeitos da autocomposição são os titulares dos direitos e deveres relacionados ao litígio em discussão, que devem possuir capacidade jurídica, mais especificamente, a capacidade para transacionar. No caso de pessoas jurídicas envolvidas, os seus procuradores ou representantes legais devem possuir poderes específicos para a transação. Todos os entes despersonalizados devem ser identificados por seus representantes ou gestores. Os menores incapazes também podem participar de uma autocomposição, desde que devidamente assistidos por seus pais. No caso de síndicos de condomínios, presidentes de associações e diretores de sociedades anônimas, é preciso a autorização por assembleia-geral ou do órgão colegiado. O Poder Público também pode realizar uma autocomposição, desde que de acordo com a regra segundo a qual o Estado somente pode fazer o que a lei lhe determina.⁶²

Diante do silêncio da Lei, e seguindo o artigo 107 do Código Civil, de acordo com o qual a validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a Lei expressamente exigir⁶³, pode-se concluir que não há uma forma única para a autocomposição. Ou seja, se o acordo envolver um bem imóvel, deverá conter a Escritura Pública e o Registro. Já quanto aos demais direitos, pode ser realizada por escrito ou oralmente; a obrigação assumida poderá ser exercida

⁶² CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 53-54.

⁶³ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

imediatamente, ou poderá constar seu termo em uma ata de audiência, podendo também estar sujeita à homologação, entre outros.

3.1 RENÚNCIA, SUBMISSÃO E TRANSAÇÃO

A autocomposição pode ser unilateral ou bilateral, dependendo se apenas uma das partes ou ambas possuem a atitude de altruísmo. Quando unilateral, o consenso revela-se pela renúncia ou pela submissão, chegando-se a uma solução para a controvérsia. A renúncia ocorre quando aquele que possui a pretensão abdica-se dela e do direito material pretendido por ela, mesmo sem a concordância da outra parte, se diferindo da desistência, pois na primeira o processo é extinto com julgamento de mérito, enquanto na segunda uma sentença terminativa põe fim ao processo, sendo possível a parte iniciar um novo processo com o mesmo objeto. Já a submissão se dá quando a outra parte abandona a sua resistência e reconhece o direito pretendido sobre o qual se funda a ação, mesmo sem a concordância da primeira parte.

Por outro lado, a autocomposição bilateral desponta-se pela transação, ou seja, a combinação na qual ocorrem concessões mútuas parciais de direito de cada envolvido⁶⁴. Nas palavras de Manoel Ignacio Carvalho de MENDONÇA⁶⁵, transação vem do termo jurídico alemão *Au\$-einandersetzung*, o qual significa “qualquer acomodação entre as partes sobre um direito litigioso ou incerto que ela tende a fixar”. Em um sentido estrito, é “um ato jurídico bilateral, pelo qual, fazendo recíprocas concessões, as partes extinguem obrigações também recíprocas”. A reciprocidade faz parte da essência da transação, bem como a existência de dúvida, litígio ou contestação dos direitos em questão⁶⁶. O benefício da transação está em justamente desviar-se dos riscos da demanda, “de modo que, [as partes] receosas

⁶⁴ Para Cintra, Grinover e Dinamarco, “são três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão), b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão) e c) transação (concessões recíprocas)”. In: CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 27.

⁶⁵ MENDONÇA, Manoel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações**. v. 1. 1956. p. 461.

⁶⁶ BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. 1931. p. 137.

de tudo perder, ou das delongas da lide, decidem abrir mão, reciprocamente, de algumas vantagens potenciais em troca da tranquilidade que não têm”⁶⁷.

A transação é como um contrato bilateral entre as partes, no qual acordam todas as pendências e as “regras” que passarão a valer entre elas. O acordo é fruto de uma livre deliberação entre as partes, uma conversa de forma amistosa. É como um negócio jurídico pelo qual duas partes pactuam direitos e obrigações, com o objetivo de cessar ou prevenir o conflito. Por vezes, o conflito não chega a existir. A transação é a manifestação de vontade entre ambas as partes, geradora de novos direitos e obrigações. É o meio termo entre a renúncia e o reconhecimento, entre a abdicação da pretensão material e a abdicação da oposição a essa pretensão. Um dos indivíduos conflitantes abandona parte do direito material que pretende, enquanto o outro abandona parte de sua resistência, aceitando uma parte da pretensão que resta. Nunca poderá ser decidido por benfeitorias a apenas uma das partes, excluindo o caráter de reciprocidade, pois a renúncia ou o reconhecimento total são doação ou remissão, mera liberalidade, mas não é transação⁶⁸. A autonomia é exercida por ambas as partes, e não só por uma, como na autotutela.

A natureza jurídica da transação é um assunto polêmico na doutrina, refletindo na legislação. O Código Civil de 1916 classificava-a dentro do grupo de modos de extinção das obrigações, diferentemente da maioria dos outros países, que estudam a transação na matéria de contratos. Atualmente, no Código Civil de 2002, a transação, por influência do Direito Comparado, é tratada como uma das espécies de contrato, mediante o qual pode-se estabelecer a extinção das obrigações, mas pode-se também estabelecer uma nova obrigação, ou ampliar e reduzir a obrigação já existente, ou modificar sua forma e valor. A matéria é tratada no Capítulo XIX, iniciando com o artigo 840 que dispõe que “é lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas”.⁶⁹

⁶⁷ RODRIGUES, Silvio. **Transação**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 277.

⁶⁸ MENDONÇA. Manoel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações**. v. 1. 1956. p. 462.

⁶⁹ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

3.2 A RELAÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO COM O PROCESSO JUDICIAL

A autocomposição também é classificada segundo a sua relação com o processo, podendo ser extraprocessual ou endoprocessual⁷⁰. Se intraprocessual ocorre no decorrer do processo judicial, e pode ter o auxílio do juiz ou ser decidido apenas entre as partes. Já a autocomposição extraprocessual pode ser pré-processual, pós-processual ou não relacionar-se em princípio com um processo. Se pré-processual irá incidir antes de ser conjeturado o processo ou na sua iminência, podendo ser discutido posteriormente a sua eficácia em juízo. Será pós-processual quando a composição ocorre depois de uma sentença de mérito resultado de um processo judicial, mas que possui alguma falha em sua execução, necessitando de um posterior acordo entre os envolvidos. Pode advir também fora do processo, enquanto ele se desenvolve, transformando-se em endoprocessual com a homologação judicial.⁷¹

A lei processual civil admite as três formas de autocomposição na sua forma endoprocessual, dando-lhes a eficácia de pôr fim ao processo e cabendo ao juiz apenas reconhecer a composição em sentença. Dessa forma, dispõe o artigo 269 do Código de Processo Civil que haverá resolução de mérito quando o réu reconhecer a procedência do pedido (submissão), quando as partes transigirem (transação) ou ainda quando o autor renunciar ao direito sobre que se funda a ação (renúncia).⁷²

Efetivada a autocomposição, resolve-se o conflito de interesses, descaracteriza-se a pretensão e a resistência, não há mais lide ou sequer a necessidade de atuação jurisdicional por parte do Estado. Se havia um processo judicial em andamento, a autocomposição bem sucedida e homologada judicialmente consente que o juiz promova a sua extinção automática. Na autocomposição, a solução do litígio foi executada pelas próprias partes envolvidas, com base nos seus próprios interesses, após calcular as perdas e benfeitorias, as conveniências e conformidades. Essa decisão é autônoma em relação ao direito

⁷⁰ Tradução pela autora. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Processo, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 81.

⁷¹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 34.

⁷² BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

material aplicável à situação ou à veracidade dos fatos⁷³. A autocomposição, nesse sentido, possui um papel pacificador, muito mais do que a sentença dada monocraticamente pelo juiz, que quase sempre deixa uma das partes, ou até mesmo ambas, insatisfeitas com o resultado do processo.

Nesse caso, a solução não é produzida pelo juiz, como ocorre na Jurisdição, na qual o juiz realiza uma cognição plena, ponderando as provas e analisando os fatos trazidos por ambas as partes à luz dos ditames do Direito. Pelo contrário, na autocomposição, o juiz apenas homologa o acordo feito, aferindo se está de acordo com as normas vigentes; se possui os requisitos do ato jurídico⁷⁴; se o conteúdo do acordo está em concordância com as finalidades jurídicas, sociais e políticas da Jurisdição; e se foi respeitada a liberdade de todos os envolvidos, com equidade, igualdade e sem vícios de consentimento de vontade, tais como erro, dolo, fraude, coação e simulação⁷⁵. Ao homologar a composição, o juiz não decide o mérito, apenas reconhece-a segundo o Direito, permitindo que possua os mesmos efeitos jurídicos de uma sentença de mérito.

Em toda a autocomposição, prevalece a livre manifestação da vontade, ou seja, as partes envolvidas devem agir com real e total liberdade e autonomia de vontade. Quem resolve o mérito são as próprias partes, cuja decisão recai no disposto no artigo 269 do Código de Processo Civil, resolvendo o mérito do processo e a lide. A sentença que homologa a autocomposição faz coisa julgada material, sendo imutável e definitiva, concedendo ao acordo a mesma segurança que à sentença judicial. Portanto, é também exigível, carecendo ser cumprida prontamente, ou então, objeto de um Processo de Execução⁷⁶. Se estiver homologada, a autocomposição torna-se um título executivo judicial e permite a execução judicial: é o que dispõe o artigo 475-N do Código de Processo Civil, segundo o qual “são títulos executivos judiciais a sentença homologatória de conciliação e de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo”⁷⁷.

⁷³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 67-68.

⁷⁴ De acordo com o artigo 104 do Código Civil, são requisitos do ato jurídico agentes capazes; objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e a forma prescrita e não defesa em Lei. (BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

⁷⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 68.

⁷⁶ Idem. p. 70.

⁷⁷ BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm.

Já se for uma autocomposição extrajudicial, será executava desde que presente os mesmos requisitos de um contrato e, tendo os efeitos de um contrato, deve respeitar o princípio do *pacta sunt servanda*, segundo o qual os acordos devem ser cumpridos. Dessa forma, se for levada à juízo com a indicação de que uma das partes não está cumprido o acordado, cabe ação de exigência do cumprimento do contrato, uma vez que o juiz tem que zelar para que um contrato firmado seja cumprido.

A Lei nº 9.099 de 1995, conhecida como Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, determina, em seu artigo 57, que as partes podem requerer a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza e valor, valendo a sentença como título executivo judicial, sem necessidade de processo contencioso⁷⁸. Vale também como título extrajudicial, mesmo não homologado em juízo, o acordo celebrado entre as partes por instrumento escrito, assinado por ambas e referendado pelo órgão competente do Ministério Público, conforme dispõe o parágrafo único do mesmo artigo. É título executivo extrajudicial ainda o contrato assinado pelas partes e por um advogado, ou por duas testemunhas, ou assinado em cartório como instrumento público. Essas possibilidades aumentaram a eficácia dos acordos amigáveis, desde que com obrigações líquidas, certas e exigíveis, e permitiu a sua execução forçada em caso de não cumprimento voluntário, bem como a homologação de acordos com objetos mais abrangentes que o próprio objeto do processo e reconhecendo acordos obtidos por outros mecanismos, como a negociação e a mediação, além da transação e da conciliação.

As partes podem decidir revogar a autocomposição, por meio de um novo acordo ou através de uma sentença judicial, quando apresentar algum dos vícios dos negócios jurídicos. Se a autocomposição for homologada judicialmente, a forma de invalidá-la seria, segundo a maioria da doutrina⁷⁹, através da ação anulatória, prevista no artigo 486 do Código de Processo Civil⁸⁰. Sendo assim, por se tratar de um ato das partes, que possui sentença meramente homologatória, e por não ter sido praticado por um órgão judicial, seria possível, através da ação anulatória,

⁷⁸ BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm.

⁷⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 55-56.

⁸⁰ Segundo o qual “os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil” (BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm).

anular a autocomposição, obtendo-se uma declaração de nulidade. Entretanto, José Carlos Barbosa MOREIRA⁸¹, integrando a doutrina minoritária, defende que o procedimento para este caso deve ser o da ação rescisória, seguindo o artigo 485, inciso VIII, do Código de Processo Civil.⁸²

Os métodos de autocomposição enquadram-se no ramo do direito processual que preocupa-se com os aspectos jurídicos do conflito, a chamada *lide*, e os institutos que visam solucioná-lo. A maior finalidade do direito processual é, justamente, a solução dos conflitos emanados da crise do direito material. O artigo 269, incisos II, III e IV do Código de Processo Civil, como já foi visto, percebe a autocomposição como um fenômeno processual, sendo um dos modos de resolver o processo. CARNELLUTI a considera um equivalente jurisdicional⁸³, junto com a arbitragem e a mediação, enquanto ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO a considera uma excludente processual, juntamente com a jurisdição e a autotutela, um meio para a solução dos conflitos⁸⁴. Petrónio CALMON⁸⁵ resolve esse problema ao afirmar que a autocomposição põe fim ao conflito, e a sentença homologatória põe fim ao processo. A autocomposição é um negócio jurídico, de acordo com os requisitos de existência, validade e eficácia, prevalecendo a livre manifestação da vontade, o objeto lícito e a capacidade das partes.

3.30 OBJETO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: A DISCUSSÃO DOUTRINÁRIA

O objeto sobre o qual pode versar a autocomposição é motivo de discordâncias por parte da doutrina. Questões como “é possível a autocomposição no âmbito do Direito Penal?”, “pode a autocomposição tratar de direitos metaindividuais e difusos ou apenas de direitos disponíveis e individuais?”, e “qual é

⁸¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. 1999. p. 113.

⁸² Segundo o qual “a sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: VIII – houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença”. (BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm).

⁸³ CARNELLUTI, Francesco. **Teoría General Del Derecho**. 1950. p. 75-84.

⁸⁴ *Tradução pela autora*. CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991. p. 72.

⁸⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 51.

a esfera de atuação da justiça consensual?” ainda não têm uma resposta definitiva, causando grandes discussões entre os autores do assunto.

Conforme já visto, a autocomposição é o acordo caracterizado pela concessão e, na visão de Petrônio CALMON⁸⁶, em tese, poderia “versar sobre qualquer bem da vida”. Ou seja, o proprietário de um bem, que possui poderes de usar, fruir, reivindicar e principalmente dispor, é dotado também do direito de abdicar dessa titularidade. A partir dessa premissa, só seria possível a transação sobre um bem quando se tem o direito de dispor sobre ele, de forma total ou parcial. “A disposição faz parte da própria essência da autocomposição”⁸⁷. O Código Civil, em seu artigo 841, determina que “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”⁸⁸.

Em um primeiro momento, a autocomposição pode ser admitida quando não verse sobre direitos tão interiormente ligados ao modo de ser do indivíduo, ou seja, os direitos de personalidade, como vida, incolumidade física, liberdade, honra, propriedade intelectual, intimidade, entre outros. Quando o direito for dessa ordem, os sujeitos de direito não têm disponibilidade sobre os seus interesses. Contudo, é o que ocorre no Direito de Família e no Direito Penal. Além dessa indisponibilidade objetiva, quanto à matéria, há a indisponibilidade subjetiva, na qual os sujeitos titulares não podem dispor de seus direitos, como os incapazes e as pessoas jurídicas de direito público.

A autocomposição é possível, nesse viés mais tradicionalista, apenas para os direitos patrimoniais disponíveis⁸⁹, nos casos em que o indivíduo titular do direito poderia abrir mão do direito que possui, abdicando ou renunciando, a fim de evitar o conflito e transigir, não sendo compatíveis com os bens indisponíveis. Nesta seara, o Direito Penal sempre foi considerado como uma área proibida à autocomposição. Contudo, aí também surge uma dúvida, pois nem todo direito indisponível é intransigível. A autocomposição deve versar sobre direitos disponíveis ou transigíveis? A doutrina discute a distinção entre bens disponíveis e bens transigíveis. Para Petrônio CALMON⁹⁰, só é transigível o que é disponível, uma vez

⁸⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 09.

⁸⁷ Idem. p. 10.

⁸⁸ BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm).

⁸⁹ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 35-36.

⁹⁰ Idem. p. 09.

que “*transigire est alienare*”. E poderia o indivíduo decidir sobre a disponibilidade de seus bens?

Em regra, a doutrina e a jurisprudência concordam que é admissível a conciliação e mediação em matérias como alimentos, investigação de paternidade, divórcio e guarda de filhos, causas em que a União figure como autora ou ré e no Direito Penal. Pela possibilidade factual de transação desses direitos, a doutrina passa a chamá-los de disponíveis. Mas disponibilidade e transigibilidade são conceitos distintos. A Lei nº 8.952/94 alterou o artigo 331 do Código de Processo Civil, ao determinar que a audiência de conciliação tem caráter obrigatório “se a causa versar sobre direitos disponíveis”⁹¹. Contudo, a Lei nº 10.444/2002 modificou o texto ao prever a audiência, agora chamada de preliminar, quando “versar a causa sobre direitos que admitam transação”⁹². Dessa forma, parte da doutrina considera que existem bens indisponíveis que admitam a transação, por serem bens transigíveis, porém, é preciso levar em conta que transigir é dispor de parte de seu direito.

A decisão do agravo de instrumento nº 0060780-81.2012.8.19.000, de relatoria do Desembargador Alexandre Freitas Câmara, da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, defende que “a indisponibilidade do direito não necessariamente implica o descabimento da transação”⁹³. De acordo com os ensinamentos de José Eduardo CARREIRA ALVIM⁹⁴, conciliação não tem relação com a disponibilidade ou indisponibilidade do direito, mas tão somente com a sua transigibilidade ou intransigibilidade. Dessa forma, mesmo indisponíveis os direitos relativos à família, ao Poder Público, ao Direito Penal e aos acidentes de trabalho, nada impede a transação sobre eles.

No Direito Penal, a autocomposição tem ganhado força aos poucos. Embora a regra seja a ação penal pública, existem casos são solucionados sem a participação do Estado, através de um acordo entre o autor do crime e a sua vítima,

⁹¹ BRASIL. **Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994**, que altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm.

⁹² BRASIL. **Lei nº 10.444 de 7 de maio de 2002**, que altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm.

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento nº 0060780-81.2012.8.19.000 da 2ª Câmara Cível. Rio de Janeiro, RJ, 29 de nov. de 2012. Disponível em: <http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=00047BCCA0E0BD1BCCCB46D1D69DC20E7F4F75C46209384E>. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

⁹⁴ ALVIM, J.E. Carreira. **Ação Monitória: Temas Polêmicos da Reforma Processual**. 1995. p 186 - 187.

apesar do monopólio da força pública e estatal para conter a prática de crimes. Tem-se tornado comum o perdão, a transação e também a submissão, com o ressarcimento do dano, o arrependimento ou o cumprimento de uma obrigação pactuada entre os envolvidos, por vezes até mesmo perante as autoridades estatais. Conforme visto, no campo do direito material civil, a prática da autocomposição é ainda mais comum, mesmo quando o conflito diz respeito a direitos indisponíveis.

José DELGADO⁹⁵ defende que os métodos autocompositivos podem ser utilizados em qualquer espécie de conflito e não apenas naqueles em que as partes podem dispor e transacionar. Pelo contrário, a autocomposição, e mais especificamente a mediação e a conciliação, podem ser utilizadas em todos os conflitos, desde que algumas regras e limites sejam considerados para que não se despreste os princípios básicos. A autocomposição não é permitida para a imposição de pena⁹⁶, anulação de casamento, suspensão e perda de pátrio poder e dissolução de vínculos, sendo o processo o único meio de obter-se a efetivação dessas situações. No sistema processual, existem os casos em que uma pretensão não é satisfeita por quem poderia satisfazê-la, sendo permitida a autocomposição, e casos em que a lei proíbe a satisfação da pretensão por ato de qualquer indivíduo, sendo necessária o exame judicial para que possam ser satisfeitas. Nesse último caso estão os direitos e interesses extremamente indisponíveis, prescindindo de controle jurisdicional.⁹⁷

Outra controvérsia doutrinária se dá quanto à possibilidade de autocomposição em conflitos envolvendo direitos metaindividuais, difusos ou coletivos. Tradicionalmente, o direito positivo foi criado com base nos litígios de direitos individuais, sendo que somente após a segunda metade do século XX é que

⁹⁵ DELGADO, José. Constitucionalidade da Mediação. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2013. p. 14.

⁹⁶ Não é permitido impor pena sem a realização de um processo, sendo proibido, dessa forma, a autotutela do Estado e também a autocomposição entre o acusado e o Estado ou a submissão voluntária do acusado. Contudo, o ordenamento jurídico pátrio admite a transação penal, podendo o autor do fato aceitar voluntariamente uma pena não privativa de liberdade, por proposta do Ministério Público, antes de instaurado o processo. A Lei dos Juizados Especiais inovou o modelo consensual criminal ao estabelecer quatro tipos de medidas despenalizadoras, que procuram evitar a pena de prisão em caso de infrações de menor potencial ofensivo. Nas infrações de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, havendo composição civil, extingue-se a punibilidade do acusado; não havendo a composição civil ou sendo a ação penal pública incondicionada, é possível aplicar-se pena alternativa, como a pena restritiva de direitos ou multa, através de uma transação penal; as lesões corporais culposas e leves passam a exigir representação; e os crimes cuja pena mínima não seja superior a um ano permitem a suspensão condicional do processo.

⁹⁷ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 37 – 38.

os interesses transindividuais ou metaindividuais difusos⁹⁸ e coletivos⁹⁹ começam a sobressair-se. Diante de um litígio envolvendo direitos metaindividuais, está-se diante de um direito indisponível, conforme visto acima, e cujos colegitimados ativos não agem em defesa de um direito próprio, mas sim de um direito transindividual. Dessa forma, a princípio, a parte legitimada possui disponibilidade processual, mas não material, sendo impossível a transação, pela tese de que ninguém pode transigir e dispor sobre direitos dos quais não é titular. Todavia, a disponibilidade e a transigibilidade dos direitos em uma autocomposição é relativizada em prol de um bem maior.

Em meados de 1980, ocorreu a primeira transação em uma ação civil pública, durante a fase de execução, proposta pelo Ministério Público e homologada pelo magistrado, acordando a forma de pagamento da condenação. No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, via de regra, os bens e interesses públicos seriam indisponíveis por serem de titularidade da coletividade e não de um indivíduo em específico. Entretanto, até mesmo o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser relativizado quando a solução do conflito é a que melhor atenderá os interesses da Administração¹⁰⁰.

Depois desse precedente, a indisponibilidade dos interesses metaindividuais foi suavizada através do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que surgiu primeiramente no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código de Defesa do Consumidor, para depois ser incluída na Lei nº 7.345/85 (Lei da Ação Civil Pública)¹⁰¹, instrumento utilizado pelos órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, principalmente o Ministério Público, a fim de alcançar uma

⁹⁸ De acordo com o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor, são os direitos transindividuais, de natureza indivisível, e cujos titulares são pessoas indeterminadas mas ligadas por circunstâncias de fato. (BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm).

⁹⁹ Novamente seguindo a definição legal do artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor são os direitos transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. (BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm).

¹⁰⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 2012. p. 426.

¹⁰¹ Instituto criado para proteger melhor os interesses difusos e coletivos. Segundo com o artigo 5º, §6º, da Lei da Ação Civil Pública, “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. (BRASIL. **Lei 7.347 de 24 de julho de 1985**, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por dano causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm).

solução conciliada dos litígios envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, a partir do estabelecimento voluntário do modo, lugar e prazo em que o investigado, causador de danos a interesses difusos e coletivos, propõe-se, em um compromisso por escrito, a ajustar a sua conduta às cláusulas normativas¹⁰², sob pena de cominações. Em caso de descumprimento das obrigações, o compromisso constitui-se um título executivo extrajudicial.

De acordo com o ensinamento de Hugo Nigro MAZZILLI¹⁰³, o compromisso de ajustamento de conduta não tem natureza jurídica contratual, pois os órgãos públicos não possuem poder de disposição sobre o direito material, mas apenas sobre o conteúdo processual da lide, não tratando-se, portanto, de transação. Sendo assim, para ele, o compromisso de ajustamento de conduta é tão somente um ato administrativo negocial, que forma-se a partir da declaração de vontade do Poder Público que encaixa-se com a do particular. Independentemente de sua natureza jurídica, o Termo de Ajustamento de Conduta relacionou-se perfeitamente com a atividade do Ministério Público brasileiro, que já vinha tendo uma tradição de atendimento ao público e composição extrajudicial de conflitos¹⁰⁴, trazendo inúmeras vantagens para a ação civil pública na medida em que permite uma solução negociada para as lesões transindividuais, descongestionando os Tribunais e permitindo um maior acesso aos ofendidos à tutela individual e coletiva de seus interesses.

3.4 MÉTODOS PARA A OBTENÇÃO DA AUTOCOMPOSIÇÃO: A NEGOCIAÇÃO, A MEDIAÇÃO E A CONCILIAÇÃO

Os mecanismos para alcançar a autocomposição são alternativos à Justiça Estatal, sendo por isso, objeto de estudo do Direito Processual, enquanto os resultados e conteúdos desse acordo são tema de Direito Material. Por sua vez, as

¹⁰² BADAWI, Karina Bonetti. **Formas Alternativas de Solução de Conflitos em Direito Ambiental**. p. 69 – 70. Disponível em: http://www.portalamericas.edu.br/mk_ago2014/Formas_Alternativas_de_solucão_de_conflitos_em_Direito_Ambiental.pdf.

¹⁰³ MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público**. In: Revista de Direito Ambiental. Vol. 41. Jan/2006. p. 105.

¹⁰⁴ Idem. p. 95.

técnicas utilizadas por cada mecanismo dependem do conhecimento das emoções, da persuasão e do relacionamento humano e social, da análise do processo de comunicação e linguagem e do estudo do modelo econômico da tomada de decisão seguindo a obtenção dos maiores benefícios. A autocomposição é importante para a área empresarial, trabalhista, familiar, penal, civil, questões ambientais e até em relações internacionais.¹⁰⁵

Conforme já visto, enquanto a Jurisdição manifesta-se de acordo com uma Legislação própria e seguindo um procedimento sistemático e ajustado chamado de processo, a autocomposição não possui uma técnica exclusiva para a sua obtenção. Pode se dar por mero diálogo entre as partes envolvidas ou com a assistência de um terceiro, o qual pode operar de forma livre e sem formalidades, ou aproveitando-se de algum método específico, pode agir sozinho ou dentro de uma entidade pública ou privada. Em geral, a informalidade é regra na autocomposição, sendo que na maioria dos casos o Estado sequer toma conhecimento da lide.

Quando a autocomposição não aparece facilmente, é possível a utilização desses mecanismos, que promovem a sua aquisição, como a negociação (sendo uma autocomposição direta ou bilateral), a conciliação e a mediação (autocomposição indireta ou triangular), sendo estas duas últimas objeto específico deste trabalho. A autocomposição é o gênero, cujas espécies são a negociação, a mediação e a conciliação, as quais possuem como semelhança o fato de incentivarem a autocomposição. Entretanto, cada uma desenvolve artifícios e métodos adequados, sem uniformidade, tanto que nem a terminologia é unânime. Em geral, a mediação e a negociação são práticas extraprocessuais, enquanto a conciliação seria endoprocessual. A mediação e a conciliação possuem como base a negociação, mas contam com a participação de terceiros facilitadores; ambas podem ser vistas como

táticas psicológicas destinadas a minimizar conflitos desnecessários ao corrigir percepções unilaterais e desproporcionais em relação ao conflito, reduzir medos e ansiedades também irrazoáveis e expandir a comunicação entre as partes, de forma a permitir uma troca positiva de opiniões e discussões entre elas, que tornem possível o acordo.¹⁰⁶

¹⁰⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 76 – 79.

¹⁰⁶ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 03.

Alguns autores insistem em tratar a mediação e a conciliação como sinônimos. Entretanto, muitas diferenças podem ser percebidas entre os institutos, de forma que trata-se de um equívoco considerá-los como uma coisa única.

3.4.1 Negociação: a base para a Mediação e a Conciliação

A mediação e a conciliação, apesar das distinções, possuem como base a negociação e os seus princípios característicos. A negociação é o diálogo somente entre as partes, sem a presença de um terceiro, de forma que resolvam sozinhas o conflito de forma amigável e consensual para não prejudicar as relações intersubjetivas, permitindo uma continuidade saudável da relação. É muito utilizada no caso de sociedades comerciais envolvendo pessoas jurídicas, em contratos como os de locação e de ensino e principalmente no âmbito familiar.

Quando o conflito em si não é o mais importante, mas também o relacionamento continuado entre os envolvidos, é necessário a resolução do conflito mais profundo existente, em suas bases, e para isso, a negociação direta entre as partes é o melhor recurso¹⁰⁷ para resolver qualquer problema, pois é personalíssima, sendo que a solução é de autoria e autenticidade inegáveis dos próprios envolvidos no conflito, e sendo assim, é a solução mais apropriada e duradoura. É uma atividade pessoal e informal, intrínseca à condição humana e natural à convivência em sociedade.

Em uma negociação, via de regra, a proposta de acordo deve trazer benefícios para ambos, e por isso, normalmente as partes contam com a assistência de negociadores profissionais ou advogados, que ajudam a parte que o contratou a conseguir benefícios¹⁰⁸, e que não configuram a presença do terceiro imparcial característico da mediação e da conciliação e motivo de distinção em relação à negociação. Todavia, a formação acadêmica dos operadores do Direito, na maioria dos casos, é voltada para o processo judicial, e como resultado, a negociação não é muito difundida e incentivada no ambiente jurídico.

¹⁰⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 107 - 108.

¹⁰⁸ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 1.

Pelos ensinamentos de Roger FISHER, Willian URY e Bruce PATTON¹⁰⁹, negociação é

um meio básico de conseguir o que você necessita de outras pessoas. (...) É uma comunicação bidirecional concebida para chegar a um acordo, quando você e o outro lado têm alguns interesses em comum e outros opostos. (...) É um processo de comunicação de ida e volta com o propósito de chegar a uma decisão conjunta.

A negociação tem como benefícios evitar a perda de tempo e os custos financeiros, melhorar o relacionamento entre as partes e manter a discrição em relação ao conflito. Diante das grandes vantagens proporcionadas pela negociação, foram desenvolvidas técnicas e métodos para negociar de forma a garantir os seus objetivos e obter a maior efetividade no acordo¹¹⁰. Os métodos mais tradicionais e conhecidos para a negociação são o regateio de posições, a teoria dos jogos e a negociação baseada em princípios.

As posições são aquilo que se vê claramente e que escondem as reais necessidades e interesses. O regateio de posições é a negociação centrada no que cada lado se diz disposto a fazer e a não fazer, às vezes de maneira mais afável, em que a parte, buscando evitar conflitos pessoais, faz consentimentos depressa para chegar a um acordo rápido, o qual na maioria das vezes será desvantajoso para ela, ou então de maneira mais áspera e agressiva, na qual a parte assume uma posição extrema e encara o conflito como uma verdadeira disputa, resistindo a um possível acordo e prejudicando a relação social existente¹¹¹. Nesse tipo de negociação posicional, as partes se veem como oponentes, pressionando ao máximo e cedendo o mínimo, a fim de ganhar ao fazer a outra parte perder. Quando distributiva, uma negociação baseada nas posições faz com que as partes envolvidas analisem-se e negociem mediante influências e permissões mútuas.

Na chamada Teoria dos Jogos, as partes realizam um estudo ardiloso de apreciação de decisões, fundamentando o seu comportamento na expectativa de conduta da outra parte, tentando sempre elevar ao máximo seus lucros. A ideia de cooperação pode ser inserida nessa teoria a partir do argumento de que a

¹⁰⁹ FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. 2005. p. 15.

¹¹⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 109.

¹¹¹ FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. p. 16.

negociação não precisa ser um jogo de soma zero, no qual para uma das partes ganhar a outra deve necessariamente perder. Pelo contrário, John NASH defende que é possível maximizar os ganhos individuais cooperando com a outra parte, pensando em um âmbito tanto individual quanto coletivo, no qual todos se ajudam para ganhar.¹¹²

Já a negociação baseada em princípios, sendo integrativa e colaborativa, é o método mais contrabalanceado. De acordo com essa técnica, as partes conflitantes podem atender de modo recíproco os seus interesses ao procurar benefícios mútuos e instituir opções à promoção do empenho unido das partes para resolver o conflito, ao apartar-se os indivíduos dos problemas, voltando-se para os interesses reais e objetivos e não para as posições aparentes, concedendo vantagens para todos os envolvidos e buscando um resultado justo, não deixando as emoções atrapalharem os méritos. A negociação integrativa possibilita a satisfação conjunta dos interesses dos envolvidos.¹¹³

Para André Gomma AZEVEDO¹¹⁴, a escolha de um determinado método de negociação é feita dependendo do objetivo que a parte tem em mente, do seu comportamento condicionado à abordagem escolhida e dos resultados que podem ser produzidos. Logo, se o objetivo é maximizar os ganhos, a abordagem utilizada vai ser adversarial ou posicional, ensejando um comportamento competitivo e tendo por resultados o impasse, o ganha-perde e as concessões. Por outro lado, se o objetivo são os ganhos mútuos, a abordagem será no sentido de buscar a solução de problemas com enfoque na integração de interesses, a partir de um comportamento colaborativo, e por isso, tendo como resultados os problemas resolvidos, recursos expandidos e novos relacionamentos.

FISHER, URY e PATTON¹¹⁵ consideram que todos nós somos negociadores, visto que realizamos negociações a todo o momento e em todos os dias.

O regateio, a barganha, a informação não revelada, a desconfiança na proposta do outro lado, a sensação de que pode estar sendo enganado, o jogo de concessões mútuas, a necessidade de dividir a diferença ou o

¹¹² NASH, John. Two Person Cooperative Games. In: **Econometrica**. v. 21. 1953. p. 128 – 140.

¹¹³ FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. 2005.

¹¹⁴ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 83.

¹¹⁵ FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. 2005. p. 15.

prejuízo, o medo de estar sendo explorado e tantos outros aspectos fazem parte de um tipo de negociação impregnado culturalmente na nossa sociedade.¹¹⁶

Entretanto, um bom método de negociação é aquele que deve produzir uma convenção ponderada, deve ser eficiente e deve reparar, ou ao menos não agravar, o relacionamento entre os envolvidos, qualificações estas típicas da negociação baseada em princípios.

3.4.2 Mediação: A mais adequada forma de agenciar a Cultura da Paz

3.4.2.1 Definição e Princípios Norteadores

A palavra *mediação* provém do latim *mediare*, que significa “estar no meio”. É um instituto do Direito, um mecanismo não-adversarial e dialógico para a obtenção da autocomposição, sendo por isso, uma forma adequada ou alternativa de solução de controvérsias, em que ocorre a interposição de um terceiro particular, imparcial, neutro, independente, competente, diligente e escolhido em consenso, chamado de mediador, sem qualquer poder de decisão, na negociação das partes em conflito, aqui chamadas de mediados, provocando o diálogo ou instituindo um diálogo inexistente, amparando, facilitando e estimulando, através da coordenação de reuniões conjuntas ou separadas, de maneira que as próprias partes, de forma cooperativa, encontrem um ponto de harmonia, a melhor solução para englobar os interesses de todos, resolvendo o conflito e permitindo a continuidade pacífica de uma relação pré-existente¹¹⁷.

Para Juan Carlos VEZZULLA¹¹⁸, a mediação é uma técnica na qual não há a cominação de uma sentença ou um laudo, pelo contrário, é o auxílio de um profissional devidamente aperfeiçoado às partes para que elas próprias percebam os seus reais interesses a fim de resguardá-los em um acordo criativo no qual ambas as partes ganham, não havendo um vencedor e um perdedor e nem sequer a

¹¹⁶ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 85.

¹¹⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 113.

¹¹⁸ VEZZULLA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. 1998. p. 16.

visão de adversários. As partes devem sair de uma mediação sentindo-se ressarcidas do prejuízo sofrido com o conflito, e também com a noção de que a controvérsia esteja terminada, “satisfazendo a lide juridicizada e também o conflito social subjacente”¹¹⁹. A mediação foi descrita pela Organização das Nações Unidas como a mais adequada forma de agenciar a cultura da paz¹²⁰.

São cinco os princípios que regem a mediação, possuindo derivações. O primeiro deles é a *voluntariedade*, uma vez que todos têm a liberdade de participarem de um acordo resultado de uma mediação, bem como de retirar-se do procedimento a qualquer momento. É a *autonomia da vontade* ou o *consensualismo processual*, sendo que só pode ocorrer a mediação se as partes optarem espontaneamente por esse processo. O segundo é o *consentimento informado*, também chamado de *plena informação* ou *decisão informada*, de acordo com o qual as partes devem ter todas as informações sobre o processo de mediação, sobre seus direitos legais, opções e recursos possíveis, bem como sobre o contexto fático em que estão inseridas. É imprescindível que as partes tenham consciência relativa do processo, devendo compreender as consequências de sua participação na mediação.

O terceiro princípio é o da *autodeterminação* ou *empoderamento*, concedendo poder às partes, que têm a faculdade, o direito e o poder de decidir seus interesses e necessidades e de escolher a melhor solução, sendo responsabilizadas pelos termos do acordo feito e pelo resultado da mediação. A ideia é que a mediação forneça uma capacitação ou empoderamento das partes em disputa para que cada vez mais elas possam por si mesmas compor os seus futuros conflitos. Esse princípio percebe a importância de um elemento educativo na autocomposição, instituindo também maior humanização à resolução do conflito, preconizando a necessidade de reconhecimento mútuo de interesses e sentimentos para uma maior empatia, compreensão e aproximação das partes.

O quarto princípio é o da *imparcialidade* e *neutralidade*, de forma que a mediação deve ser sempre justa e equitativa, regulada por mediadores equidistantes das partes e que não demonstrem favoritismos. O mediador deve agir isento de vinculações étnicas ou sociais com qualquer uma das partes, abstendo-se de tomar partido. O mais importante é que essa imparcialidade seja percebida pelas próprias

¹¹⁹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. 1999. p. 151.

¹²⁰ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. 2010. p. 19.

partes. Finalmente, o quinto e último princípio é o da *confidencialidade*¹²¹, segundo o qual a mediação é realizada de forma sigilosa, sendo que toda a informação obtida pelo mediador ou pelas partes ficará restrita à própria mediação, que tem a sua publicidade restringida, tanto quanto ao conteúdo da mediação quanto à própria realização da mediação, a menos que haja anterior autorização dos envolvidos.¹²²

Justamente pela incidência dos princípios da voluntariedade (querer) e da consensualidade (contratar), alicerces do princípio da autonomia da vontade¹²³, não é possível obrigar as pessoas a mediar. Pelo contrário, a mediação é um recurso a ser escolhido por quem pretende atuar com boa-fé e repensar as posições que foram tomadas anteriormente nas tentativas de resolver o impasse. Também por quem optar por participar diretamente da solução e dela ser autor, por quem não visualizar nenhum outro método que melhor atenda o seu interesse, por quem almejar agilidade e sigilo no procedimento e quiser ter controle sobre a negociação, e por quem deseja manter a relação pessoal ou de convivência com o outro litigante.¹²⁴

Os fundamentos da mediação passam pela teoria da ética do discurso por intermédio da interação verbal; caminha-se para o consenso entre os que argumentam, eliminando-se fatores que poderiam perturbar a argumentação e colocando-se as pessoas em situações iguais, diante de um observador imparcial que é o mediador, para chegarem a um acordo. E assim, idealizar a sociedade de forma harmônica, ética e solidária, na qual predominem as virtudes da justiça, mais do que a obrigatoriedade de tê-la.¹²⁵

A diferença entre a mediação e a negociação, como já foi visto, está justamente na presença do terceiro mediador que ajudará as partes a resolver o seu conflito. Após tentarem um processo de negociação e terem falhado, comumente as

¹²¹ AZEVEDO, Gustavo Tranco de. Confidencialidade na Mediação. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. 2003. p. 303.

¹²² Em caso de desobediência à confidencialidade, o mediador sofre responsabilização civil e criminal, segundo o artigo 154 do Código Penal, que penaliza a violação de sigilo profissional, classificando como tipo penal a conduta de revelar, sem justa causa, sigilo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem. Além disso, o artigo 229 do Código Civil, 207 do Código de Processo Penal e 406 do Código de Processo Civil fornecem um amparo legislativo para que o mediador não precise prestar testemunho em juízo sobre os assuntos discutidos na mediação por ele presidida, estabelecendo que ninguém pode ser obrigado a depor sobre fato a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo.

¹²³ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 97.

¹²⁴ ALMEIDA, Tânia. **Século XXI: A Mediação de Conflitos e Outros Métodos Não-Adversariais de Resolução de Controvérsias**. 2002. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/artigos>.

¹²⁵ TAVARES, Lira Ramos de Oliveira. Violência Doméstica e Mediação. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 76 – 78.

partes concluem que não são capazes de chegarem sozinhas a um acordo. Por isso, buscam em um terceiro o auxílio necessário para a obtenção do consenso. Sendo assim, a mediação ampara uma negociação complicada ou influencia em um conflito sem diálogo, tentando provocar o início da negociação que, por algum motivo, esteja obstada ou inibida. A mediação não exige previamente a fixação de um pedido ou de uma posição clara; os envolvidos apenas expressam os seus interesses e os problemas e conflitos que os cercam. Contudo, também deve-se levar em conta que sem negociação não pode haver mediação, uma vez que aquela é a base fundamental e principiológica desta.

A situação ideal para a realização de uma mediação é quando o conflito se dá em uma relação continuada ou então quando os conflitos são latentes ou emergentes, ou seja, sem posições firmadas. Sendo assim, a primeira coisa que o mediador precisa verificar é a natureza do relacionamento entre as partes: se é uma relação pontual e descartável (como aquela resultante de um ato ilícito que enseja reparação e indenização) ou se é uma relação continuada (aquela que vai continuar existindo após a solução do conflito, mesmo as partes não querendo). Nesse último caso, uma sentença de mérito, dada por um juiz ou um árbitro de forma impositiva e heterônoma, só irá prejudicar o relacionamento, pois na maioria das vezes o conflito continua existindo e nenhuma das partes sai satisfeita do processo.

Em geral, os conflitos resolvidos pela mediação são multidimensionais, com feições emocionais e técnicas, daí a importância da colaboração, confiança e conversação entre as partes, a compreensão dos sentimentos alheios, o tratamento de ambos os envolvidos com justiça e a diminuição das tensões existentes. Todavia, existem casos em que a via consensual fica dificultada por uma relação debilitada, por intempéries ou pela falha de desenvoltura para lidar com o litígio. A mediação também não é recomendada em situações em que há desequilíbrio de poder, situação esta em que a adjudicação ou decisão forçada podem ser o método mais acertado, sob a forma de arbitragem ou de Jurisdição Estatal.¹²⁶

A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais

¹²⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: A Redescoberta de um Velho Aliado na Solução de Conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. 2005.

e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas.¹²⁷

A mediação tem por escopo alcançar a pacificação social e a cidadania e garantir a Justiça material e efetiva, promover o ingresso a uma metodologia mais eficaz, acomodar mais tutela e menor despesa, variar nas formas de resolução de conflitos, desjusticializar o aparelho, instaurar uma cultura do diálogo e abdicar da cultura de litígios¹²⁸. A mediação é um eficaz instrumento de transformação social, justamente por promover uma verdadeira educação social, visto que os envolvidos têm um conhecimento e uma compreensão de todo o processo do conflito, identificando as suas causas e suas possíveis soluções. A mediação, segundo WARAT¹²⁹, é uma “nova visão da cidadania, dos direitos e da democracia; uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos”.

3.4.2.2 O Papel do Mediador

O mediador deve possuir formação técnica e experiência adequada à natureza do conflito, e no momento da mediação, deve conseguir a credibilidade e a confiança das partes para que elas sejam sinceras ao contar sobre o conflito. Ele procura tentar conhecer “os conflitos intra-psíquicos dos clientes para melhor se efetivar [a mediação]”¹³⁰. O mediador irá tentar facilitar a comunicação e a auto-reflexão das partes, aproximando-as e auxiliando-as a identificar as questões mais importantes do problema, a aliviar as tensões e o nível emocional, a trocar informações para entender a visão do outro, a harmonizar os seus interesses, enfatizando o futuro e a cooperação, driblando os sentimentos, neutralizando as emoções, clareando os interesses e necessidades, de maneira que os próprios envolvidos identifiquem formas de acordos produtivos para ambos reciprocamente, após avaliar as alternativas com flexibilidade, de forma que as próprias partes sejam autoras das decisões, economizando tempo, dinheiro e energia.

¹²⁷ WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. 2001. p. 1.

¹²⁸ DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma Experiência Profissional. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2003. p. 66.

¹²⁹ WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. 2001. p. 91.

¹³⁰ VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. 1998. p. 24 – 28.

Para isso, o mediador utiliza-se de técnicas intuitivas, de acordo com o seu bom senso e experiência de vida, escutando e fazendo perguntas para as partes, de forma a criar opções para elas mesmas resolverem o problema. As partes do conflito são os juízes. O papel do mediador é provocar a resolução da lide pelos próprios litigantes, sem insinuar soluções ou opiniões¹³¹. O mediador, como um agente externo da situação do conflito, deve catalisar as disputas, sendo-lhe vedado interferir diretamente nos termos do acordo, não tomando partido ou se manifestando sobre as sugestões de cada parte. Se o terceiro neutro e imparcial passar dos limites de sua função, qual seja, apenas amparar, facilitar e estimular como um interventor com autoridade, ele deixa de ser mediador e passa a ser árbitro, alterando-se o método para uma heterocomposição. Por isso mesmo, não cabe ao mediador dar uma sentença ou impor um resultado.

Via de regra, os indivíduos se perdem em uma atitude posicional destrutiva para os seus relacionamentos, desmotivando opções criativas e afastando-se de decisões sábias. É aqui que reside uma das principais contribuições do mediador: a de socorrer os negociadores a fazer uma mudança da barganha abalizada nas posições para aquela fundamentada nos interesses¹³². As características de um bom mediador envolvem a neutralidade, capacitação, flexibilidade, inteligência, paciência, empatia, sensibilidade, imaginação, energia, persuasão, capacidade para se distanciar de ataques, objetividade, honestidade, perseverança, ser digno de confiança e ter senso de humor¹³³. De acordo com Willian SINKIN, o mediador deve ter

a paciência de Jó, a inocência de um bulldog, o gênio de um irlandês, a resistência física de um maratonista, a capacidade de fugir do mundo de um aficionado de futebol, a malícia de Maquiavel, a habilidade de um bom psiquiatra, a pele de um rinoceronte e a sabedoria de Salomão¹³⁴.

De maneira mais formal, Sinkin lista como características do mediador a

integridade e imparcialidade comprovadas, conhecimento básico e confiança no processo de barganha coletiva, uma fé firme na vontade, em

¹³¹ ÁLVAREZ, Gladys S. **La Mediación y El Acceso a Justicia**. 2003. p. 158.

¹³² MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos**. 1995. p. 65.

¹³³ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 113.

¹³⁴ SINKIN, Willian. Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining. 1971. Apud CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 124.

contraste com a autoridade, uma crença básica nos valores e potencialidades dos indivíduos, moderada pela capacidade para avaliar debilidades e fortalezas pessoais, uma capacidade inata para obter o possível, em contraste com o desejável e suficiente impulso e ego, todos qualificados pela vontade de ser discreto.¹³⁵

Um bom mediador¹³⁶ deve ter conhecimento e formação na área de negociação; comunicação, incluindo a semiótica; psicologia, para compreender e conduzir os conflitos subjetivos, as emoções e os interesses dos envolvidos; sociologia, na medida em que a realidade socioeconômica influencia o conflito das partes; teoria das decisões e equidade; e de Direito, pois o Direito é indissolúvel da vida em sociedade. Finalmente, o mediador deve ter vocação para a atividade, ter formação técnica interdisciplinar e ser competente para mediar o conflito, dependendo de sua natureza.¹³⁷

Em determinadas situações, a mediação pode ser organizada por dois ou mais mediadores que recebem o nome de co-mediadores. A comediação é indicada a fim de que as aptidões e conhecimentos dos co-mediadores sejam somadas para melhor resolver a disputa e para que as partes não questionem a imparcialidade dos co-mediadores e afastem a possibilidade de interpretações tendenciosas uma vez que mais de um terceiro imparcial envolve perfis culturais distintos.¹³⁸

¹³⁵ SINKIN, Willian. *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*. 1971. Apud CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 118.

¹³⁶ Juan Carlos VEZZULA resume objetivamente o exercício da mediação: “Se o profissional consegue questionar sua própria vida, seus próprios relacionamentos e sua inserção na sociedade, poderá exercer a mediação. Se consegue respeitar os outros, pelo simples fato de serem pessoas; Se consegue trabalhar em equipe, cooperativamente; Se consegue estabelecer a escuta como ação principal de sua vida; Se consegue a humildade de reconhecer que são os mediados os que sabem de seus problemas e de suas soluções; Se consegue ser só uma função ao serviço dos mediados para que respeitando-se consigam trabalhar cooperativamente, escutando-se atentamente uns aos outros; Se consegue estabelecer a equidade para que todos tenham as mesmas oportunidades de expressar-se e de serem escutados segundo suas realidades e estilos; Se consegue conduzi-los a assumir a responsabilidade de atender as necessidades do outro tanto quanto as suas; Se consegue entender a dor e o medo que sentem os mediados quando trabalham seus conflitos e pode conduzi-los a que os expressem verbalmente; Se consegue guiar os mediados na administração de seus conflitos como para que possam encontrar as melhores soluções; Se consegue capacitar os mediados em como abordar e resolver seus conflitos como para que não precisem mais dele; Se consegue, poderá exercer a mediação” (VEZZULA, Juan Carlos. “Ser Mediador”: Reflexões. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 118 – 119.)

¹³⁷ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 112 – 113.

¹³⁸ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 61.

3.4.2.3 O Procedimento da Mediação

A mediação é realizada em um espaço imparcial e amistoso para as partes, preferencialmente um lugar privado e neutro, que deixe as partes à vontade e que possua um mobiliário disposto no ambiente que propicie o diálogo. O posicionamento e a localização das partes na mesa é importante para o desenrolar da mediação, e irá variar conforme o número de partes, o grau de animosidade, o tipo de disputa, o patamar cultural e a própria personalidade dos envolvidos. Em geral, todos devem conseguir ver e ouvir uns aos outros, bem como participar dos debates, além de que as partes não devem sentar-se em posições opostas, para evitar os sentimentos de rivalidade ou inimizade. O advogado, se presente, deve posicionar-se ao lado do seu representado. O mediador, por sua vez, deve sentar-se de forma equidistante em relação a ambas as partes e de maneira a conseguir controlar o procedimento, para não dar impressão de parcialidade e falta de liderança.¹³⁹

O intento da mediação é definir o conflito entre as partes de forma abrangente, melhorando o relacionamento, compatibilizando os interesses em um resultado ganha-ganha, pondo fim à lide sociológica, e não somente a lide jurídica e a pretensão resistida, fixada em posições objetivas. Quanto ao método utilizado, é informal e não burocrático, mas coordenado, pré-fixado e condescendido entre os envolvidos, que agem com cooperação e solidariedade. A ideia é uma simplificação, desburocratização e instrumentalidade das formas, aproveitando os atos que não comprometerem o fim buscado, a fim de tornar o procedimento o mais compreensível possível às partes. O procedimento deve ser simples, natural, acessível, espontâneo e sem ostentação, para deixar todos os envolvidos à vontade para o diálogo e a exibição de suas intenções.¹⁴⁰

A mediação pode ser uma decisão de ambos os conflitantes, que juntos escolhem um mediador de confiança, ou então pode ser proposto por apenas uma das partes, que escolhe o mediador e este conversa com a outra parte e pede para ela participar do procedimento. A mediação é realizada em vários encontros,

¹³⁹ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 102.

¹⁴⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001**. 2002. p. 68.

reuniões ou audiências, cujo escopo é atingir a autocomposição, auxiliados pelas técnicas de um mediador. É importante a elaboração de um termo de mediação, com as informações relevantes do procedimento, das partes e seus procuradores e do mediador, o objeto da mediação, aceitação do encargo pelo mediador, local e a forma das reuniões, prazo para a finalização do procedimento, forma de remuneração do mediador, e a determinação do que fazer caso uma das partes ou o mediador desistam da autocomposição.¹⁴¹

Posteriormente à feitura do termo, passa-se à mediação propriamente dita, que, para fins de estudo, pode ser dividida em três etapas fundamentais: a pré-mediação, a negociação mediada e o estabelecimento do acordo. A pré-mediação visa explicitar o procedimento de mediação, a função do mediador, as intenções, as perspectivas e as implicações jurídicas. A fim de passar maior confiança às partes mediadas, o mediador, nessa fase preparatória, apresentar-se-á, afirmando que respeitará os assuntos privados e a confidencialidade das sessões de mediação, explanando a sua autoridade, explicando as formas como irá dirigir-se a cada uma das partes e aos seus representantes, bem como descrevendo detalhadamente as fases do processo de mediação.¹⁴²

Na segunda fase, durante a negociação mediada, se dão as tratativas, os diálogos sobre o objeto da mediação previamente estabelecido. Primeiramente cada uma das partes deve fazer uma exposição do conflito segundo a sua versão dos fatos, enquanto a outra parte escuta sem fazer interrupções e mantendo um respeito mútuo. O mediador deve atentar-se à narrativa e também aos gestos, reações, mudanças na voz, entre outros sinais corporais. Após ambas as partes se manifestarem, na ordem que decidirem previamente e de comum acordo, o mediador irá fazer um resumo da narrativa de ambas, demonstrando os pontos convergentes e separando as posições dos interesses e necessidades, a partir de uma decomposição do problema para pontos mais específicos.

Nessa etapa, os mediados também devem aprofundar as discussões sobre os pontos mais peculiares e serem estimulados pelo mediador a analisar os pontos convergentes, divergentes e ocultos do conflito. É facultado ao mediador a

¹⁴¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: A Redescoberta de um Velho Aliado na Solução de Conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. 2005. p. 118.

¹⁴² GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 44.

realização de sessões individuais, caso ache apropriado. Em geral, é aconselhável a utilização de sessões privadas para permitir que a parte sozinha com o mediador demonstre os sentimentos mais fortes, que a princípio estavam escondidos, sem que com isso se majore a situação conflituosa; para suprimir o diálogo improdutivo; para fornecer à parte uma ocasião para identificar e elucidar questões; como uma resposta a fatores psicológicos que atrapalham a obtenção do acordo; para se aplicar a técnica de inversão de papéis; para impedir uma obrigação antecipada com sugestões ou soluções; para melhor trabalhar com um desequilíbrio de poder; para cogitar estratégias e disposições de negociação; para permitir um ambiente promissor para a apreciação das alternativas; para dissolver um empecilho; para medir a resistência das propostas; e nas circunstâncias em que houver risco de ocorrer atos de violência entre as partes.¹⁴³

Não são em todas as audiências que o mediador considera importante a realização de sessões individuais. Porém, feita uma sessão individual com uma parte é preciso fazer com a outra parte também, de maneira a não duvidar-se da imparcialidade do mediador. Após as sessões privadas deve-se fazer uma nova sessão com todos presentes. Nessa fase de negociação mediada, o mediador irá incitar os mediados a encontrem situações que poderiam resultar em um futuro acordo, estimulando a criatividade das partes para que elas mesmas encontrem uma solução favorável para todos¹⁴⁴. É importante a manutenção do contraditório durante o procedimento, de modo que todos os participantes se envolvam na resolução da disputa. O mediador deve auxiliar os mediados para que escolham a melhor opção, dentre as propostas trazidas por eles mesmos, não deixando de lado seus interesses, necessidades, desejos e anseios, e também avaliando as opções, através de uma projeção para o futuro.¹⁴⁵

Finalmente, a última etapa é aquela em que ocorre a consignação dos termos do acordo, sublinhando seu objeto, teor e como será executado. Esse acordo não precisa ser escrito, mas deve passar segurança às partes, sendo prático, claro, exequível e respeitando os ditames legais. A linguagem não deve ser rebuscada, mas acessível às partes, positiva e otimista, além de objetiva mas ao mesmo tempo especificando todas as questões, para evitar dúvidas e divergências de

¹⁴³ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 187.

¹⁴⁴ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 111.

¹⁴⁵ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lília Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 26

interpretação. Ao final, o acordo deve ser assinado por todos os presentes e por mais duas testemunhas.¹⁴⁶

Adolfo BRAGA NETO¹⁴⁷ afirma que não há um tempo certo em que a mediação deve ocorrer, mas o procedimento deve abarcar o passado, o presente e o futuro. Ao fazer as partes refletirem sobre o passado nas primeiras audiências, o mediador irá fazer com que a estrutura causadora do conflito venha à tona. Para isso, são utilizadas técnicas através de uma linguagem de não violência, retirando a inimizade do ambiente e incentivando as partes a colocarem-se um na posição do outro. Após, é analisado o presente e a situação atual, na qual administra-se o conflito, analisando as diversas visões já trazidas pelas partes. A resolução da controvérsia começa aqui, com o descongelamento das posições antagônicas e a sutil projeção para o futuro. Por fim, o mediador dá ênfase ao futuro dos envolvidos, ocasião esta em que as partes chegarão a uma solução apropriada para a lide, que pode ser implementada a curto ou a longo prazo.

A descrição das etapas de uma mediação é meramente ilustrativa e exemplificativa, uma vez que podem acontecer imprevistos e particularidades. O procedimento irá variar, conforme o envolvimento das partes. Existem vários modelos de mediação, que devem ser escolhidos com base no tipo de conflito que se deseja solucionar. O modelo mais tradicional é o de Harvard, cujo fundamento é a comunicação linear, tal qual explicado acima¹⁴⁸. Nenhuma mediação é igual a outra

¹⁴⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 127.

¹⁴⁷ BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 29 – 30.

¹⁴⁸ O Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb recomenda a “exteriorização do conflito com todas as emoções dos mediados; a total neutralidade e alienação do mediador; estabelecido o caos entre os mediados, o mediador restabelece a ordem e; pela diminuição da diferença entre os mediados pelo consequente alívio do conflito, tem por meta lograr o acordo” (CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 109). Andrew Floyer ACLAND propõe a realização de nove etapas da mediação, quais sejam: a preparação, em que se desenha o processo de mediação; reunião dos envolvidos em conflito; interferência do mediador; o desenvolvimento com a ajuda das partes para se comunicarem; dar ordem ao caos, criando um clima favorável para o acordo; estabelecer os interesses e as necessidades que existem por trás das posições; destruição dos obstáculos com ideias de solução; e a formalização do acordo, pondo-o por escrito (CLAND, Andrew Floyer. **Como Utilizar la Mediación para Resolver Conflictos em las Organizaciones**. Barcelona: Paidós, 1993). José Maria Rossani GARCEZ sugere, por sua vez, dez etapas: Processo – Abertura; relato das histórias; escuta ativa do mediador; abertura e facilitação das comunicações de dados e troca de informações entre as partes e o mediador e, eventualmente, com o auxílio ou suporte, ou através, do mediador, entre as partes, utilizando-se de técnicas de comunicação com as partes, veiculação entre as partes, com ou sem seus representantes; definição de pontos importantes e estabelecimento de uma agenda; geração de opções para acordo; buscando o acordo; fase de retificação das opções e definição do acordo, quando houver. Encerramento do Processo de Mediação – Redação das conclusões finais e encaminhamento e redação final do acordo (GARCEZ,

e cada caso é um caso. Apesar da aparente divisão em fases, o processo é realizado mantendo uma continuidade, sem que seja possível a visualização da compartimentalização em etapas. As orientações do mediador podem alterar-se, dependendo da fixação do objeto da autocomposição, pois a mediação é um procedimento altamente dinâmico, que se adequa às necessidades das partes envolvidas. O escopo é satisfazer as expectativas de todos, de forma que os litigantes saiam satisfeitos da mediação.

Na visão de Humberto Dalla Bernardina de PINHO¹⁴⁹, é um grave equívoco tentar a realização de mediações em séries, mecanizadas e automáticas, uma vez que a mediação é uma atividade artesanal, em que cada caso é único e demanda estudo e dedicação por parte do mediador.

Se mesmo depois de todas as tentativas por parte do mediador e das próprias partes, estas mostrarem-se irreconciliáveis, cabe ao mediador explicar a elas o que a mediação pode e o que não pode fazer por elas, além das experiências positivas que foram retiradas do processo, mesmo não tendo resultado em um acordo. O mediador deve agradecer às partes pelo esforço, esclarecendo que o acordo não é o único e satisfatório resultado de uma mediação.¹⁵⁰

Alguns comportamentos podem constituir verdadeiras barreiras de ordem institucional ou pessoal à mediação¹⁵¹. As barreiras institucionais são opostas por entidades ou grupos políticos e sociais organizados, podendo ser de três tipos: a desinformação generalizada sobre o procedimento da mediação, quando é devida, quais os seus alcances, potencialidades e implicações; a percepção social de que é preciso uma figura de autoridade, tal qual o juiz, para solucionar um conflito; a falta de normatização e sistematização da mediação, bem como a ideia de que o acordo consensual sempre será passível de recurso junto ao Poder Judiciário.

José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004. p. 46)

¹⁴⁹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. 2011.

¹⁵⁰ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 196.

¹⁵¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: A Redescoberta de um Velho Aliado na Solução de Conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. 2005. o. 113 – 115.

Enquanto isso, as barreiras pessoais são impostas pelos próprios envolvidos na autocomposição. Segundo Robert MNOOKIN¹⁵², há quatro barreiras pessoais: a estratégia de barganha, segundo a qual cada uma das partes tenta maximizar seus ganhos e diminuir os benefícios dos outros; o uso de um preposto para realizar a autocomposição em nome da parte titular do direito; o medo das partes conflitantes em assinar um acordo que lhes faça perder benefícios, assim como a incapacidade de processar informações e lidar com riscos e incertezas; e a tendência quase automática de rejeição da oferta feita pela outra parte, devido à desconfiança. Uma boa atuação por parte do mediador pode afastar essas barreiras e tornar o acordo um resultado possível e esperado.

A presença de um advogado nas audiências é dispensável, mas não proibida, o que reduz em muito os gastos das partes envolvidas. Contudo, a doutrina é unânime ao entender a importância dos advogados na mediação, expondo soluções criativas que acolham aos interesses das partes e também elucidando as questões jurídicas do conflito, demonstrando quais os direitos do seu representado. É importante que a parte, ao decidir por um acordo consensual, tenha noção dos direitos renunciados e dos benefícios que isso, por ventura, irá lhe trazer, cabendo ao advogado instruí-la da melhor forma, sem, contudo, manifestar-se no decorrer do procedimento de forma a impedir ou embaraçar a livre expressão das partes envolvidas.

3.4.2.4 A Mediação Extrajudicial e Judicial: Diferentes formas de utilização do método

A mediação é uma atividade particular, não-jurídica, não possuindo conexões com os poderes públicos, com as regras processuais e as técnicas de conciliação. Contudo, tem começado a surgir uma mediação mais formal, estruturada com métodos e teorias, passando a ser vista de forma inovadora como uma nova atividade profissional. Nesta seara, a mediação pode ser entendida como tendo uma natureza jurídica contratual, uma vez que trata-se de duas ou mais

¹⁵² MNOOKIN, Robert. H. **Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict**. 1993. p. 235 – 249.

peças físicas ou jurídicas com vontades e interesses que norteiam-se para um objetivo comum de contratar uma terceira pessoa para que esta agencie o diálogo entre aquelas. Dessa forma, a mediação é um contrato plurilateral (por possuir pelo menos duas partes e mais o mediador), consensual, informal e oneroso (visto que existe uma remuneração a ser paga para o profissional de mediação).

Pode-se dizer até mesmo tratar-se de um contrato de prestação de serviços, no qual o mediador presta o serviço para as partes ao auxiliá-las para que busquem uma solução consensual ao conflito que estão vivendo¹⁵³. Esse contrato de mediação de que trata Adolfo BRAGA NETO¹⁵⁴, deve possuir alguns requisitos mínimos, dentre os quais: qualificação completa dos mediados e seus advogados, do mediador e dos comediadores, e se houverem, dos observadores também; normas e procedimentos estabelecidos para o processo; número de reuniões necessárias para uma boa mediação; honorários e despesas, além das formas de pagamento; dispositivo de que o mediador agirá com base nos princípios da imparcialidade, independência, diligência, competência, confidencialidade e credibilidade, bem como de que os mediados participarão do processo com base na livre manifestação da vontade e boa-fé, esforçando-se para a resolução do conflito; dispositivo de que qualquer dos mediados e o mediador podem, a qualquer momento, retirar-se do procedimento, sendo necessário apenas um pré-aviso; cláusula de confidencialidade absoluta de todo o procedimento e proibição da utilização de informações trazidas, obtidas ou resultadas da mediação em um futuro processo arbitral ou judicial; além do lugar e o idioma da mediação.

Atualmente, e por enquanto, a regra é que a mediação seja um procedimento extrajudicial, ou seja, as partes conflitantes antes de optarem pela adjudicação, escolhem a mediação. Dentre as classificações da mediação, ela pode ser institucional ou cidadã. A primeira é aquela praticada por mediadores nomeados ou indicados pelo Poder Judiciário e seguindo regras e normas legais. Já a mediação cidadã é praticada por mediadores próprios de associações civis ou entidades especializadas e de acordo com regulamento particular.¹⁵⁵

A mediação incidental ou judicial é aquela que ocorre quando, apesar de já ter-se iniciado o processo jurisdicional, as partes resolvem voltar atrás em suas

¹⁵³ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. 2010. p. 34.

¹⁵⁴ Idem. p. 35.

¹⁵⁵ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 108.

posições e tentar a autocomposição. A mediação incidental pode ser feita pelo próprio juiz, administrando o processo como um mediador, ou por um mediador propriamente dito. As partes podem ainda pedir ao juiz a suspensão do processo pelo prazo máximo de seis meses, para tentar a autocomposição extraprocessualmente¹⁵⁶. Na mediação incidental, o papel do juiz é justamente aproximar as partes em conflito a fim de reatar os vínculos sociais e comunitários pré-existente entre elas.

É importante que o juiz analise quais litígios são mais aptos a seguir a resolução consensual e autocompositiva dos litígios, orientando as partes sobre as opções existentes, explicando o conceito e o procedimento da mediação, bem como realçando os seus benefícios para o caso concreto. A verdadeira função do magistrado deve ser a de gerenciamento de disputas¹⁵⁷. O que não pode ocorrer é a degeneração da autocomposição em “insistências excessivas e inoportunas de juízes, [conciliadores ou mediadores] preocupados bem mais em eliminar o processo que em conseguir a paz justa entre as partes”.¹⁵⁸

Em decorrência da flexibilidade da mediação, ela pode ser utilizada em diversas etapas de conflitos familiares, trabalhistas, empresarial, profissional, educacional, na área de saúde, ambiental, do consumidor, urbana, de vizinhança, condominial, comunitária, nacional ou internacional, públicos ou privados, embora normalmente o seja antes do processo judicial, uma vez que previne o agravamento do conflito e economiza tempo e custo¹⁵⁹. A mediação familiar se dá em âmbito cível e criminal, de maneira a intervir a fim de orientar e assistir as famílias que passam por situações de reorganização familiar, divórcio, partilha de bens, questões alimentares, violência doméstica ou apenas discórdias diárias, principalmente com o intuito de prevenir conflitos. O objetivo principal é a continuidade das relações conjugais e paternas (também envolvendo famílias sócioafetivas) de forma estável, responsável perante os filhos, equilibrada quanto aos direitos e deveres de cada membro, comunicativa, colaborativa e respeitosa.

A mediação social ou comunitária é aquela em que a intervenção visa a resolução de conflitos decorrentes de relações de vizinhança, a fim de promover

¹⁵⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e as Perspectivas para o Processo Civil Contemporâneo. In: SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coords.). **Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton**. 2009. p. 237 – 256.

¹⁵⁷ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 61 – 68.

¹⁵⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. vol. II. 2000. p. 70.

¹⁵⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 121.

uma pacificação social no bairro. A mediação escolar ocorre no ambiente da escola e junto à crianças e adolescentes, na tentativa de mostrar-lhes o valor das normas de convívio, ensinando a respeitar a opinião de outrem e manter, através do diálogo, um relacionamento construtivo, cooperativo e não violento. Esse tipo de mediação tem grande repercussão em países como França, Estados Unidos, Espanha, Austrália, Noruega e Argentina. A mediação empresarial é realizada entre empresas, a fim de manter-se as relações empresariais. A mediação societária é uma nova modalidade que ocorre entre sócios de uma mesma empresa, com o objetivo de melhorar as relações para não prejudicar o sucesso empresarial.¹⁶⁰

A mediação consumerista é aquela que resolve os conflitos surgidos entre consumidores e fornecedores em uma relação de consumo, mas não apenas para resolver o conflito específico, como também para modificar as atitudes, impedir a reincidência do conflito, seguindo a Política Nacional de Relações de Consumo preconizada no Código de Defesa do Consumidor, de forma a alcançar a maturidade, o equilíbrio, a paz social e a justiça das relações de consumo, através da solução educativa resultando na cidadania responsável.¹⁶¹

3.4.2.5 Uma visão histórica da mediação

A mediação tem sua procedência nos povos antigos. Confúcio, por volta do ano 700 a.C., já ensinava que a mediação era a melhor forma de resolver conflitos entre as pessoas e que a ordem social ideal era aquela na qual os homens respeitavam as regras morais e os conflitos eram resolvidos fora dos Tribunais, em um processo pautado pelo compromisso. Para ele, a harmonia entre os indivíduos só seria alcançada com o respeito às individualidades. Variadas civilizações têm realizado a mediação, há milênios, de formas diferentes para resolver seus conflitos pacificamente, mas foi apenas há trinta anos que o instituto tornou-se um atualizado dispositivo de negociação.

¹⁶⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 121 – 124.

¹⁶¹ ROCHA, Amélia Soares da. A Mediação e o Direito do Consumidor. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 43 – 46.

A mediação, tal como a conhecemos hoje, nasceu nos Estados Unidos da América, na década de 70, mais especificamente em 1976 na Faculdade de Direito da Universidade de Harvard, com o Projeto de Negociação, logo congregada ao sistema legal, e até mesmo tornando-se obrigatória em alguns Estados, antes do procedimento judicial¹⁶². No final da década de 70, chegou à Inglaterra, sendo utilizada por advogados independentes. Mas foi apenas em 1989 que surgiu a primeira associação civil especializada em solução alternativa de conflitos. Na França, a mediação surgiu a partir do chamado *onbudsman*, que intermediava os cidadãos e os órgãos governamentais, passando logo para o direito privado.

Na Argentina, foi editado o Decreto nº 1.480 de 1992, declarando ser um interesse nacional a institucionalização e desenvolvimento da mediação como método não adversarial de solução de conflitos, tanto que, em 1995, a Lei nº 24.573 determinou a obrigatoriedade da mediação prévia em todos os Juízos, criando também um Registro de Mediadores, os quais deviam ser advogados, junto ao Ministério da Justiça¹⁶³. Na Colômbia, o método autocompositivo existe desde 1983. Atualmente, a mediação já é utilizada na China, Noruega, Nova Zelândia, Austrália, Canadá, Bolívia, El Salvador, Costa Rica, Venezuela, Chile, Equador, Paraguai e Peru. Na Inglaterra, na Flórida e no Texas também existe previsão legal de que as questões privadas carecem passar por uma ou mais sessões de mediação, antes de serem objeto de apreciação do Poder Judiciário. Como resultado, na Flórida, por exemplo, a mediação diminuiu em aproximadamente 70% o número de processos judiciais.¹⁶⁴

Nos Estados Unidos da América, o exame da capacidade de mediação faz parte da prova dos advogados. Em consequência disso, entre 90% e 95% das causas são solucionadas por meio da mediação¹⁶⁵. Em contrapartida, no Brasil, os operadores do Direito não têm muitos conhecimentos sobre a mediação, e via de regra, não estão preparados para negociar. Não é possível estimar com exatidão o número de mediadores existentes ou de mediações já realizadas, devido, principalmente, à sua confidencialidade. Contudo, apesar de ainda não ser muito

¹⁶² ROCHA, Amélia Soares da. A Mediação e o Direito do Consumidor. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lília Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 20 – 21.

¹⁶³ CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 105.

¹⁶⁴ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 51.

¹⁶⁵ DAVIS, Edward P. Mediação no Direito Comparado. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2003. p. 26.

difundida, a mediação vem ganhando espaço, principalmente nos estados do Sul do País, com o exercício e prática do método nos organismos do Poder Judiciário. Mas ainda não existe regulamentação da mediação no Direito Positivo brasileiro, conforme veremos adiante.

3.4.3 A Conciliação: A autocomposição efetivada institucionalmente pelo Poder Judiciário

3.4.3.1 Conceito, procedimento e função do conciliador

A palavra *conciliação* deriva do latim “*conciliatio*”, de “*conciliare*”, no sentido de harmonizar, atrair, ajuntar. Em regra, a conciliação é a atividade que visa alcançar a autocomposição e concretiza-se institucionalmente pelo Poder Judiciário¹⁶⁶. Pelos ensinamentos de Maria de Nazareth SERPA, conciliação é

um procedimento informal onde existe um terceiro interventor que atua como elo de comunicação entre as partes em litígio (...). O conciliador apazigua as questões sem se preocupar com a qualidade das soluções, interfere, se necessário, nos conceitos e interpretações dos fatos, com utilização de aconselhamento legal ou de outras áreas.¹⁶⁷

A conciliação é a atividade desenvolvida para estimular, promover e auxiliar o diálogo entre as partes, juntamente com a presença de um conciliador, tendo como objetivo descobrir uma disposição final para o conflito, admissível e factível para ambos os envolvidos. As partes chegam ao acordo por aconselhamento, sugestão ou induzimento do terceiro, que não chega a atuar com imparcialidade, mas com ética, de forma que não demonstre preferência pessoal por nenhuma das partes¹⁶⁸. O escopo da conciliação é decidir o conflito entre as partes a partir de suas principais questões, de acordo com as posições defendidas.

¹⁶⁶ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 87.

¹⁶⁷ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. 1999. p. 90.

¹⁶⁸ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 71.

Quanto ao método utilizado, o conciliador é participativo no acordo, sendo-lhe permitido expor procedimentos e aconselhar os termos em que o acordo poderia ser feito, conversando francamente com as partes. O conciliador pondera a lide e, chegando à sua opinião quanto à solução mais justa que resolve o conflito, recomenda-a às partes, propondo os termos do acordo, que podem ser aceitos ou não pelos envolvidos¹⁶⁹. Ou seja, o conciliador pode, ele mesmo, fazer uma proposta concreta de acordo, que, se aceite, porá fim ao conflito e evitará uma batalha judicial, tendo maior flexibilidade em sua atuação em comparação com o mediador. Contudo, não pode-se olvidar que as sugestões dadas pelo conciliador não são impositivas.

O conciliador pode ser honorário ou um servidor público, mas nunca pode ser considerado um órgão jurisdicional e nem pode-se dizer que exerce jurisdição¹⁷⁰. Quando o conciliador é voluntário, exercendo o método sem remuneração, geralmente o faz por tempo determinado e sem exclusividade. Não é essencial que o conciliador tenha conhecimentos jurídicos, mas é importante que conte com um espírito conciliatório.

A conciliação consiste basicamente em quatro etapas, de forma semelhante ao procedimento da mediação já tratado. Primeiramente temos a abertura, na qual o conciliador faz esclarecimentos acerca do procedimento e das implicações legais e factuais do acordo que porventura possa surgir do encontro, semelhante ao que ocorre na mediação. Após, passa-se aos esclarecimentos das partes, que contam sobre suas ações e fatos relativos ao conflito, manifestando as posições de cada envolvido, momento em que o conciliador identifica os pontos convergentes e divergentes, a partir da análise da comunicação verbal e não verbal¹⁷¹ das partes. As partes expõem as provas e os indícios de alegações e o conciliador pode fazer questionamentos caso existam dúvidas, devendo ficar esclarecido qual o interesse almejado, a expectativa de cada envolvido sobre a conciliação e como o resultado do acordo poderá refletir na vida de cada um. Então, passa-se ao incentivo de criação de opções, seja pelas próprias partes, sejam recomendadas pelo terceiro, visando sempre o consenso e estando sempre de acordo com determinação legal,

¹⁶⁹ ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La Mediación y el Acceso a Justicia**. 2003. p. 158.

¹⁷⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformação das Controvérsias. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 185.

¹⁷¹ Aquela linguagem corporal da qual nos fala Pierre WEIL e Roland TOMPAKOW. (WEIL, Pierre; TOMPAKOW, Roland. **O Corpo Fala: A Linguagem Silenciosa da Comunicação**. 46 ed. Petrópolis: Vozes. 1999).

principalmente se o conflito versar sobre direitos não-patrimoniais. A solução encontrada deve ser de agrado de todos os envolvidos, que possuem livre-arbítrio para aceitar ou não o acordo. Finalmente, é realizada a redação do acordo e assinatura de todos, alertando-se para a possibilidade de monitoramento dos termos acordados.¹⁷²

O conciliador deve ter cuidados com a linguagem utilizada, de forma a não tender para o interesse de uma das partes. Levando-se em conta que os clientes do Poder Judiciário são de diferentes classes sociais, a linguagem também não deve ser rebuscada e excessivamente formal. Cabe ao conciliador, além do mais, vencer a aversão dos sujeitos de fazer parte de um ato do Poder Judiciário, mas sem a presença do magistrado.

Embora parte da doutrina defenda que não existem distinções entre os procedimentos de mediação e conciliação¹⁷³, a diferença entre a mediação (definida e trabalhada no item anterior) e a conciliação está no *modus operandi* utilizado pelo terceiro quanto ao tratamento do conflito. Em relação à mediação, a conciliação é um procedimento mais célere, restringindo-se, na maioria das vezes, a apenas um encontro entre as partes e o conciliador. Em geral, o próprio contexto em que ocorre a conciliação exige uma restrição de tempo para a sua realização. É mais eficaz entre conflitos nos quais não há uma relação anterior ou posterior entre os envolvidos e o objeto é exclusivamente material. Ou seja, como a conciliação envolve um conflito menos complexo, em que as partes não possuem um relacionamento contínuo e duradouro, o procedimento é mais ágil.

Além disso, enquanto na mediação o tratamento do conflito é mais aprofundado, aqui na conciliação, o conflito é solucionado de forma mais superficial, encontrando um resultado parcialmente adequado no acordo. Enquanto na mediação, o mediador trabalha o conflito, tendo o acordo como resultado, a conciliação busca o acordo como fim primeiro. A perspectiva dos litígios resolvidos pela conciliação, de modo geral, é mais patrimonial e monetária. Nos dizeres de Lia Regina Castaldi SAMPAIO e Adolfo BRAGA NETO,

¹⁷² BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 23.

¹⁷³ Esse é o entendimento de BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008; MOORE, Christopher W. **El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos**. Tradução de Magda França Lopes. 2. Ed. Porto Alegre: Artmed, 1998; LITTLEJONH, Stephen; SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação**. Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A.G. Domingues. Porto Alegre: Artmed, 1999, entre outros.

a conciliação representa um degrau a mais em relação à mediação, isso significando que o conciliador não se limita apenas a auxiliar as partes a chegarem, por elas próprias, a um acordo, mas também pode aconselhar e tentar induzir as mesmas que cheguem a este resultado.¹⁷⁴

O próprio Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil diferencia os institutos em seu artigo 135, ao determinar que “o conciliador poderá sugerir sugestões para o litígio” e “o mediador auxiliar as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo”.¹⁷⁵

Mauro CAPPELLETTI e Bryant GARTH levantam como benefícios apresentadas pela conciliação, assim como pela mediação, o baixo custo, o alto coeficiente de concordância das decisões, que são construídas pelas partes e não impostas por terceiros, e a redução do número de processos judiciais¹⁷⁶. O conciliador é a figura que pode reaproximar o povo do Poder Judiciário, aprimorando o acesso à Justiça. A conciliação, assim como a mediação, também aumenta o campo de exercício profissional da advocacia, que será desempenhada tanto na esfera litigiosa quanto na consensual. O resultado da conciliação é menos traumático, mais eficiente, harmonioso e econômico.¹⁷⁷

Comparando a decisão judicial com a conciliação, Zoraide Amaral de SOUZA afirma que “a decisão é uma conciliação imposta às partes e a conciliação é uma decisão aceita por elas”¹⁷⁸. Atualmente, os conciliadores vêm substituindo os juízes e sendo supervisionados por eles, nas chamadas audiências de conciliação, facilitando o consenso e o diálogo. Em geral, a conciliação é a prática que tem vínculos diretos com o Poder Judiciário, sendo realizada pelo juiz togado, um juiz leigo ou por pessoas com o desígnio de conciliadores, mas sempre como uma atividade processual e judicial ou paraprocessual ou parajudicial. Segundo a legislação processual, o juiz deve propor ou apenas perguntar às partes sobre a probabilidade de um acordo em diversas fases do processo judicial.

¹⁷⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é Mediação de Conflitos**. 2007. p. 18.

¹⁷⁵ Brasil. **Código de Processo Civil (anteprojeto)**. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

¹⁷⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 86-87.

¹⁷⁷ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 107 – 108.

¹⁷⁸ SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – Conciliação – Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. 2004. p. 9.

No processo judicial, diferentemente do juiz, o conciliador deve contemplar o conflito de forma separada, sem avaliar a incidência de normas legais, não abreviando o problema ao processo. Os litígios, de modo geral, são intrincados, compreendendo valores emocionais, sociais, psicológicos, econômicos, entre outros, de forma que o conciliador deve trabalhar o conflito a partir de seus enfoques externo e interno. A face externa é o que a parte pretende, de forma racional, demonstrar para os outros envolvidos, visando sempre a conservação de seus interesses, enquanto a face interna consiste no aspecto subjetivo e escondido da situação. Os pré-conceitos devem ser deixados de lado, a fim de analisar o problema no seu núcleo, avaliando todas as feições da relação. Considerando o conflito como um todo, o conciliador poderá determinar a conexão com as normas legais, para atingir o acordo consensual, de forma a sempre buscar adequar o Direito para que o seu emprego seja o mais satisfatório para os interesses das partes, evitando uma aplicação automática e optando pela solução mais justa, que melhor contrabalance a efetividade com a segurança jurídica.¹⁷⁹

3.4.3.2 Conciliação Pré-Processual e Conciliação Processual

A conciliação pode ser classificada de acordo com a ocasião em que é efetivada e segundo o cenário em que se concretiza, embora sempre esteja conexa com um processo judicial. Dessa forma, segundo o próprio ordenamento jurídico brasileiro, pode-se haver uma conciliação pré-processual, se sucedida antes da propositura do pleito por pessoa diversa do juiz, mas no ambiente do Poder Judiciário, ou processual, se promovida enquanto dura o processo, no ambiente judicial, pelo próprio juiz ou por um conciliador.

Quando pré-processual ou extraprocessual, a conciliação só torna-se juridicamente relevante se homologada pelo juiz, ou se se assinalar uma condição de admissibilidade da demanda¹⁸⁰. Esse tipo de conciliação é a maneira que o Poder

¹⁷⁹ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 99 – 101.

¹⁸⁰ A Constituição Imperial Brasileira exigia o procedimento da conciliação obrigatória antes de todos os processos, como condição para a sua efetivação e apreciação da causa. Alguns ordenamentos atuais também adotaram essa obrigatoriedade da conciliação pré-processual, sendo cominado às

Judiciário tem de tentar evitar o processo judicial¹⁸¹. O processo judicial é instaurado logo em seguida, seja para a homologação do acordo ou então para a solução heterocompositiva, se o acordo não for exitoso.¹⁸²

Por outro lado, se for endoprocessual, é possível uma conciliação em um processo de conhecimento, sobre a incerteza do direito, realizada, via de regra, durante a chamada audiência preliminar acerca de direitos disponíveis e indisponíveis passíveis de transação, e depois novamente no início da audiência de instrução e julgamento, ou então em um processo de execução, sobre a incerteza quanto ao efeito prático das medidas executivas. Antes da Constituição de 1988, a conciliação não era admitida em matéria penal, devido a indisponibilidade da liberdade corporal e o princípio da *nulla poena sine iudicio*. Contudo, a atual Carta Magna abriu possibilidades para a conciliação com a criação dos Juizados Especiais providos por juízes togados, ou juízes leigos e togados, competentes para a conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, sendo permitida a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau.

No caso dessa conciliação judicial, prevista no artigo 331 do Código de Processo Civil¹⁸³, na Consolidação das Leis Trabalhistas e na Lei dos Juizados Especiais¹⁸⁴, quando a mesma for frutífera, o processo é finalizado, uma vez que o seu objeto é decidido por meio do acordo consensual. Conforme visto, o Código de

partes que participem desse procedimento antes de se conhecer o processo judicial. No Brasil, isso não é mais possível, uma vez que o artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal, garante a inafastabilidade da jurisdição.

¹⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 208.

¹⁸² CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 136.

¹⁸³ Art. 331. Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º. (BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869.htm).

¹⁸⁴ Que estabelece uma fase conciliatória em todos os procedimentos, sendo que só se passa para a instrução e julgamento da causa se não obtido o acordo na conciliação ou a instituição do juízo arbitral. (BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm).

Processo Civil considera que a sentença homologatória da transação põe fim ao processo com julgamento de mérito. Na verdade, não há uma percepção do litígio pelo juiz ou um julgamento do mérito, ele somente declara que o acordo foi solenizado, que o mérito está resolvido, a lide superada e a incerteza esvanecida¹⁸⁵, analisando se o acordo está em consonância com o ordenamento jurídico e com a pacificação social, tendo sido mantidos os princípios da liberdade e soberania da vontade das partes, do mesmo modo que ocorre com a mediação.

A conciliação processual satisfaz um sistema burocrático e, em não havendo preparação para as partes envolvidas e o conciliador responsável, fica muito difícil a concretização do acordo, seja devido ao impacto e pressão do momento, que ocorre na presença de uma autoridade estatal, ou então devido à presença das partes em uma conjuntura psicológica de conflito, suprimindo a verdadeira manifestação de vontade. Atualmente, no Brasil, a atividade conciliatória mais utilizada é a que ocorre concomitante ao processo e não a pré-processual. Muitos Tribunais do Poder Judiciário já possuem um quadro de conciliadores, que podem ser pagos ou não.¹⁸⁶

A doutrina, em geral, critica a participação direta do juiz na direção da conciliação¹⁸⁷. Segundo Calmon de PASSOS¹⁸⁸, “poucos magistrados sabem conduzir bem uma conciliação. Isso menos por falta de capacidade que pela quase intransponível dificuldade de ser o juiz que tenta conciliar e o juiz que julgará a disputa, se conciliação não houver”. Um bom conciliador deve envolver-se com as partes, já um bom julgador precisa resguardar-se.

É diferente o procedimento da conciliação e a atividade do juiz da causa de tentar aproximar as partes para elas chegarem a um acordo. Em um processo judicial, sempre é tempo de tentar uma autocomposição. Porém, esta não deve ocupar muito do tempo do juiz, que, diante das diversas alternativas de mecanismos para obtenção da autocomposição, pode simplesmente assegurar-se de que todas as tentativas de acordo já foram arriscadas, através de uma curta conversa. Se o juiz se deter por muito tempo nesta tentativa de composição, corre o risco de envolver-se na pretensão das partes, ou de revelar-lhes sua opinião sobre os fatos e

¹⁸⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 135 – 136.

¹⁸⁶ Entretanto, ainda não foi criada a justiça de paz remunerada, conforme previsto no artigo 98, inciso II da Constituição Federal, constituída por cidadãos eleitos com mandato de 4 anos, e competência para realizar casamentos e conciliações, sem caráter jurisdicional.

¹⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 207.

¹⁸⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 1995. p. 98.

o direito aplicado. O juiz deve homologar o possível acordo resultante, atuando aqui como julgador¹⁸⁹. Para uma atividade conciliatória pelo juiz da causa é imprescindível que o Poder Judiciário conte com um setor estruturado de conciliação, com conciliadores profissionais ou voluntários, formados em cursos de capacitação e supervisionados por juízes especializados, o que tem sido desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça.

Na prática dos processos judiciais, é muito comum que as partes sejam “pacificadas” de forma coagida, as vezes, nem tendo consciência do procedimento e suas consequências. A maioria dos conciliadores não está preparada para exercer a função. Contudo, a conciliação feita dessa forma, mesmo escondida sob a proteção do Poder Judiciário, segundo o qual “conciliar é legal” (Projeto Conciliar), não traz os benefícios para a sociedade. Nessa situação, a quantidade de processos realmente diminui diante do fomento à conciliação, mas em geral, porque as partes não saem do procedimento cientes de que o acordo torna-se um título executivo judicial e que em caso de descumprimento poderá ser acionado o Poder Judiciário a fim de fazer-se cumprir os termos obrigatórios, ou então porque resolvem decidir por si mesmas, agravando a tensão entre os envolvidos.¹⁹⁰

Para um procedimento de conciliação o mais efetivo possível é indispensável a interdisciplinaridade da ciência jurídica com outras áreas de estudo. A Psicologia analisa o comportamento humano no contexto afetivo e social, as várias facetas da personalidade, a motivação, os conflitos internos e interpessoais, permitindo uma humanização do Direito. A Sociologia preocupa-se com os fatos sociais e as transformações sociais, e no ramo da Sociologia Jurídica estuda o Direito como fato social e fenômeno jurídico que opera junto a uma realidade social pelos Poderes estatais: Executivo, Legislativo e Judiciário. A Ciência Administrativa auxilia na gerência da conciliação, para que seja sempre realizada com eficácia, eficiência, efetividade, economicidade e equidade, a partir das perspectivas das finanças, clientes, processos internos, aprendizagem e crescimento organizacional. A Comunicação Social estuda a comunicação entre os indivíduos, os modos de

¹⁸⁹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 138 – 139.

¹⁹⁰ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 92.

transmissão das informações e seus reflexos, visando reduzir os mal-entendidos e melhorando o diálogo, favorecendo o ambiente para um consenso.¹⁹¹

¹⁹¹ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 119 – 142.

4 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO E O PAPEL DOS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS PARA A SUA SOLUÇÃO

4.1 A SUPREMACIA DA JURISDIÇÃO ESTATAL

Desde a sua formação, o Estado atribuiu a si próprio o dever de definir as leis para um bom entendimento social e também o dever de agenciar e disponibilizar os meios de acesso à justiça para concretizar a ordem jurídica, sendo de sua competência o julgamento dos conflitos entre os cidadãos, tendo, para isso, soberania em relação aos indivíduos e podendo garantir o direito através de uma coerção estatal. O Estado tem uma obrigação em prol da sociedade: promover as pretensões sociais, normatizando as relações, asseverando que as suas decisões sejam eficazes e sustentando a paz social.¹⁹²

Como foi proibida a autotutela, e o Estado tem o dever de conferir ao cidadão o mesmo resultado que se verificaria caso o agir privado (a ação de direito material) não estivesse proibida, é adequado e politicamente generoso o estudo do direito de ação como o direito à invocação do poder do Estado para que este realize a ação de direito material que ele mesmo proibiu, utilizando-se dos instrumentos processuais que devem estar adequadamente preordenados para atender ao direito material.¹⁹³

Conforme já visto, os Estados modernos fixaram a atividade estatal da jurisdição como a forma corriqueira de resolver os conflitos sociais e de impor os ditames do direito material. A visão de supremacia da Jurisdição¹⁹⁴ a percebe como o único meio existente atualmente que consegue solucionar todos os conflitos da sociedade, através da certificação do direito (pela declaração de existência de uma relação jurídica, constituição de uma nova relação jurídica ou uma ordem para uma

¹⁹² BRUNO, Suzana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2002. p. 26 – 27.

¹⁹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento**. 2004. p. 68.

¹⁹⁴ “O Estado persegue os objetivos do processo com fundamento em sua própria capacidade de decidir imperativamente e impor decisões (definição de poder estatal, segundo a ciência política), sem a necessidade de anuência dos sujeitos”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. I. 2001. p. 306).

obrigação) e da satisfação do direito já certificado, efetivando-o e garantindo a eficácia de sua própria atividade.¹⁹⁵

Diante de uma aversão de interesses entre indivíduos idênticos em direitos, a ordem normativa jurídica impõe que a solução dos conflitos é tarefa do Poder Judiciário estruturado como poder de Estado, enquanto um órgão independente e exterior, neutro e justo, cabendo a ele a legitimidade de dizer o Direito, proferindo uma disposição imperativa e impositiva, de acordo com as leis¹⁹⁶. Sendo assim, quando não cumpre-se de forma espontânea as normas escalonadas e hierarquizadas, o Judiciário é responsável por impor uma solução.

Não pode-se esquecer que a Jurisdição Estatal é produto da interferência cada vez maior do Estado na sociedade civil. A partir do Direito Romano, o poder central fortificou-se e tomou para si a atividade de deliberar impositivamente as decisões para os litígios. Nesse viés, a história e a evolução do Estado como o conhecemos hoje é delineada justamente pela assimilação de que quem exerce essa tutela jurisdicional, de maneira privativa, é o Estado, e, em sendo, a princípio, um monopólio indelegável, exclui os métodos privados de solução de conflitos. Entretanto, conforme visto, a Jurisdição Estatal, na prática, não aniquila os demais métodos de resolução de conflitos, uma vez que tanto o diálogo e o consenso quanto o uso da força são inerentes à natureza humana. A partir disso, as outras formas de solução de conflitos passaram a ser consideradas como meios alternativos.

A Constituição Federal de 1988¹⁹⁷ trouxe o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, de maneira tal que toda lesão ou ameaça a direito pode ser objeto de demanda junto ao Poder Judiciário¹⁹⁸. A prestação da tutela jurisdicional é um serviço público essencial em um Estado Democrático de Direito e que preza pela proteção dos direitos fundamentais, motivo pelo qual a Carta Magna determina garantias para essa tutela jurisdicional, sob a égide do devido processo legal¹⁹⁹.

¹⁹⁵ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 33.

¹⁹⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lília Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 80

¹⁹⁷ BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: edição administrativa do texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. 2010.

¹⁹⁸ O artigo 5º da Carta Magna, em seu inciso XXXV dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. (Idem.)

¹⁹⁹ O mesmo artigo 5º prega, em seu inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. De forma semelhante, a Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece que “toda a pessoa tem direito de ser

Nessa seara, temos o princípio da independência e imparcialidade do juiz, o princípio da motivação das decisões, o princípio da demanda por um indivíduo distinto do órgão julgador, o princípio do contraditório e da ampla defesa e o princípio da coisa julgada.²⁰⁰

Para CALMON²⁰¹, a supremacia da jurisdição estatal como meio de solução de litígios ocorre devido a ideia de que essas garantias e princípios constitucionais traduzidos pelo devido processo legal devam ser cumpridas plenamente. É o que chamamos de mito da justiça, segundo o qual o juiz sempre tomaria a decisão mais justa. Logo, a jurisdição estatal seria aquela que melhor tutelaria os direitos individuais e sociais, seja devido aos princípios que a regem, seja devido a certeza da eficácia da decisão pela satisfação coercitiva.

Realmente, quando desempenhada de forma regular, a jurisdição estatal pode fornecer garantia, qualidade e coerção. Por isso e de acordo com essa tese de supremacia da tutela jurisdicional pelo Estado, sendo a jurisdição estatal o meio ordinário para solução de litígios por excelência, cabe ao indivíduo confiar o seu problema aos órgãos estatais, deixando de lado a sua autonomia de vontade em prol de uma decisão coercitiva. Contudo, o agente estatal que possui esse poder de decisão e coerção é, de fato, o mais apto para resolver os conflitos?

4.2 O ACESSO À JUSTIÇA E OS ATUAIS PROBLEMAS PARA A EFETIVAÇÃO DESSE DIREITO FUNDAMENTAL

O acesso à Justiça significa acesso a uma ordem jurídica justa, com o exercício pleno das garantias e liberdades individuais e coletivas. Há toda uma preocupação mundial com o acesso à Justiça²⁰², o qual é visto como um direito

ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, instituído por lei anterior, na defesa de qualquer acusação penal contra ele formulada, ou para a determinação de seus direitos e obrigações na ordem civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza". (BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf.

²⁰⁰ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 34.

²⁰¹ Idem. p. 35.

²⁰² O que pode ser percebido já em 1948 com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a qual pregava em seu artigo VIII, que "todo ser humano tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam

fundamental garantido a todos e o mais abrangente possível, englobando o direito que a parte tem de ir ao Judiciário pleitear as suas razões, ver o seu direito apreciado, direito de participar do processo, direito de receber tratamento adequado de auxiliares da Justiça e dos juízes, direito de receber assistência jurídica, inclusive antes de iniciar o processo, direito a uma tutela efetiva e justa e a uma jurisdição tempestiva, realizada em um tempo razoável. Juntamente com o acesso à Justiça, a Constituição Federal também prega no artigo 5º a garantia constitucional da razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade da sua tramitação. A Lei nº 9.099 de 1995 reitera o estipulado pela Carta Magna, determinando que todos os cidadãos, independente de raça, cor, credo e situação financeira, podem ir ao Judiciário, sem quaisquer ônus financeiros, garantir e efetivar o seu direito fundamental de acesso à Justiça.²⁰³

Ada Pellegrini GRINOVER propõe os elementos formadores da ordem jurídica justa, que são: a) o direito à informação; b) o direito à adequação entre a ordem jurídica e a realidade sócio-econômica do país; c) o direito ao acesso a uma “Justiça” adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização de ordem jurídica justa; d) o direito à preordenação dos instrumentos processuais capazes de promover a objetiva tutela dos direitos; e) o direito à remoção dos obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo a uma “Justiça” que tenha tais características.²⁰⁴

Segundo Bryant GARTH e Mauro CAPPELLETTI²⁰⁵, existem três obstáculos que impedem o efetivo acesso à Justiça: a pobreza socioeconômica, jurídica e cultural que acarreta em desinformação de direitos e as dificuldades do pagamento das custas das ações da população mais pobre, tendo por consequência uma onda de valorização da assistência jurídica; a perspectiva individualista do processo, a qual deriva na onda de proteção aos interesses difusos; e por fim, os problemas na atividade jurisdicional, procedendo na onda de reformulação nos procedimentos judiciais e estímulo à utilização dos outros meios alternativos de solução de litígios,

reconhecidos pela constituição ou pela lei”. (Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>).

²⁰³ BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm.

²⁰⁴ FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. 2008. p. 90.

²⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988.

que melhor se relacionem com o determinado tipo de litígio. Ainda nas palavras de CAPPELLETTI²⁰⁶, essas três ondas do acesso à Justiça conjecturam “uma filosofia que aceita remédios e procedimentos alternativos, na medida em que tais alternativas possam ajudar a tornar a Justiça mais equitativa e mais acessível”.

CAPPELLETTI e GARTH tratam de dois vieses do acesso à Justiça: o acesso formal e o acesso material ou efetivo. O acesso formal envolve o ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário, enquanto o acesso material e efetivo abrange o alcance da própria Justiça, com o reconhecimento, efetividade e proteção dos direitos humanos. “O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”²⁰⁷. O acesso à Justiça se conecta à satisfação dos usuários do sistema com o resultado final do processo, o que depende da percepção de um procedimento justo. A participação da parte na escolha do método utilizado para resolver as controvérsias aumenta essa percepção de justiça. Ou seja, o acesso à Justiça não é o acesso ao Poder Judiciário²⁰⁸, a uma relação jurídica processual ou a um ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto, mas sim o acesso a uma solução efetiva e satisfatória para o conflito.²⁰⁹

²⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. In: Revista Forense. 1994. p. 130.

²⁰⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. 1988. p. 12.

²⁰⁸ “O acesso à Justiça não confunde com o acesso ao Judiciário, tendo em vista que não visa apenas a levar as demandas dos necessitados àquele Poder, mas realmente incluir os jurisdicionados que estão à margem do sistema para que possam ter os seus conflitos resolvidos por heterocomposição ou receberem auxílio para que resolvam as suas próprias disputas pela autocomposição”. (GENRO, Tarso. Prefácio da Primeira Edição. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. 2012. p. 13).

²⁰⁹ AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 283.

4.3 A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

Durante os séculos, com o fortalecimento do Estado e da sua função pacificadora, a partir da evolução do Direito Romano, o resultado foi a quase exclusividade estatal no exercício da Jurisdição. A nossa cultura é litigiosa, permeando a ideia de que o Estado é o único que possui capacidade jurídica e física para solucionar essas pendências. Conforme visto, o Estado deve garantir aos seus cidadãos o acesso a uma ordem jurídica justa. Não se trata apenas da admissão do processo em juízo, mas sim que a população em geral possa demandar e defender-se adequadamente. Contudo, vivemos, atualmente, uma “crise da Justiça”, que não consegue atender de forma apropriada a grande quantidade de demandas judiciais. De uns tempos para cá é perceptível que o Estado tem fracassado na sua missão.

O que pode-se perceber é que as respostas oferecidas aos conflitos pelo aparato jurisdicional do Estado Moderno, a partir do seu método de trabalho e a forma de tratar os litígios, têm sido insuficientes, de forma que podemos falar em um problema de efetividade e eficácia da prestação jurisdicional. Segundo Roberto Portugal BACELLAR, “temos que reconhecer a incapacidade estrutural do Estado-Juiz de acompanhar o crescimento populacional e a conseqüente multiplicação de litígios”²¹⁰.

4.3.1 As mais diversas causas e conseqüências

As inovações trazidas pela Constituição Federal de 1988, ao prever o modelo jurisdicional como o conhecemos, não foram acompanhadas por uma estruturação do Poder Judiciário, seja devido a deficiência de investimentos materiais e pessoais, a ausência de revisão da legislação infraconstitucional para adequar-se à nova Carta Magna ou então a estrutura do Estado de forma centralizadora, tradicional e ultrapassada. Os indivíduos esperam demais do Estado, esperam que ele resolva tudo. O problema foi agravado diante da enorme

²¹⁰ BACELLAR, Roberto Portugal. A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos. In: **Revista de Processo**. 1999. p. 125.

quantidade de ações judiciais, a duração prolongada para a resolução dos processos, a deterioração emocional dos envolvidos e o gasto oneroso com as custas judiciais.²¹¹

O processo judicial é estruturado em diversos atos intrincados e formalismos complexos, até mesmo porque são os princípios da legalidade e da imparcialidade que regem o devido processo legal. As partes agem no processo através da figura dos seus procuradores e advogados, que requerem, pedem, impugnam, provam, recorrem, seguindo os ditames do princípio do contraditório. As partes dialogam com o juiz, que decide sobre os pedidos e requerimentos, analisa as provas e fundamenta as suas decisões. Justamente por esse procedimento legalista, a relação jurídico-processual que passa a existir entre os envolvidos no processo costuma ser muito longa, vindo a estender-se por vários anos e o tempo é o oponente da efetividade da pacificação.

Ademais, a situação de incerteza e indefinição, como já foi dito, causa angústia e infelicidade para os envolvidos no processo. Por ser longa, a atividade jurisdicional é muito cara, até mesmo porque tempo é dinheiro, além de somar-se as custas processuais, os honorários advocatícios, os gastos com a perícia, entre outros²¹². Dessa forma, o sistema estatal de solução de conflitos vê-se abrandado com a demora a uma resposta ao processo. Os processos, atualmente, não têm sido efetivos, por serem caros e morosos, o que acaba dificultando a busca da solução judicial, tornando a sentença antiquada, inútil ou superada.

O cada vez maior demandismo, a falta de uma gestão político-estratégica, as deficiências no orçamento e na estrutura, os procedimentos judiciais ultrapassados, longos e genéricos, a redundância de meios impugnativos, os atos protelatórios e a ausência de cooperação das partes litigantes, o desuso de meios autocompositivos durante o processo e meios extrajudiciais de solução de litígios e a obstinação de aproveitar-se do sistema tradicional de tutela jurisdicional individual, esquecendo-se do sistema de tutela coletiva, são causas que vêm impedindo a solidificação da garantia da celeridade processual, prevista constitucionalmente.²¹³

²¹¹ MOREIRA, Sandra Mara Vale. A Mediação como Instrumento da Inclusão Social. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lília Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 207 – 208.

²¹² CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 2000. p. 31 – 32.

²¹³ VENTURI, Elton. Direito à Razoável Duração do Processo. In: Clève, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. v. 1. 2014. p. 839-853.

Os problemas da carência de justiça, da morosidade e da ineficácia das decisões judiciais são apenas alguns dentre muitos apontados pela sociedade. Uma das grandes culpadas dessa “crise” é justamente a falta de proporção entre a oferta de serviços e a abundância de conflitos para solucionar, de forma que “a Justiça não dá conta”. Mas não é a única culpada. Podemos considerar também a dificuldade de acesso à Justiça e a péssima qualidade do aparelho judicial. De 1990 a 1998, entraram em média na Justiça Comum 4,98 milhões de processos por ano. Se em 1990, foram recebidos pelo Poder Judiciário 3,6 milhões de processos, em 1998 esse número mais que dobrou, chegando em 7,4 milhões. São em média um processo para cada 31 habitantes. Enquanto a população aumentou 11,33%, a procura pela Justiça de primeiro grau aumentou 106,44%. Dos processos que entraram, foram julgados apenas 71%.²¹⁴

Segundo relatório divulgado em 2012 pelo Conselho Nacional de Justiça²¹⁵, em 2011 tramitava na Justiça brasileira mais de 90 milhões de processos, sendo que o Poder Judiciário contava com apenas 17 mil magistrados, ou seja, havia 8,8 juízes para cada 100 mil habitantes. Nesse mesmo ano, foram gastos pelo Poder Judiciário 50,4 bilhões de reais, sendo 90% desse montante dispendido com despesas de pessoal. De acordo com o relatório do CNJ divulgado em 2013, tendo como ano base 2012²¹⁶, dentro do Poder Judiciário como um todo, houve um aumento de 3,2% no número de magistrados em relação ao ano anterior, contando ainda com mais de 390 mil servidores, um aumento de 6,3%. Contudo, destes, são apenas 8.662 conciliadores. Existem em média 5.618 processos para cada magistrado, sendo que na realidade cada um deles julga em média 1.450 processos por ano. Foram 28 milhões de processos novos apenas durante o ano de 2012. O total de processos em tramitação perante o Poder Judiciário aumenta gradativamente desde 2009, passando de 83,4 milhões de processo para 92,2 milhões de processos em 2012. A cada ano os magistrados julgam mais processos. A quantidade de ações que tramitam na Justiça Estatal também demonstra claramente as dificuldades que o

²¹⁴ VIDIGAL, Edson. **Sobre a Reforma do Judiciário**. Palestra na Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul, no Fórum Pedro Lessa, em São Paulo capital, em 24 de janeiro de 2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001074. Acesso em: 24 de setembro de 2014.

²¹⁵ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2012 – ano base: 2011**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>. Acesso em: 23 de setembro de 2014.

²¹⁶ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2013: ano base 2012**. Brasília: CNJ, 2013.

nosso Poder Judiciário enfrenta quanto ao acesso à Justiça de forma ampla e democrática bem como a celeridade e qualidade das decisões.²¹⁷

Faltam estudos que demonstrem as causas e fatores da crise do Poder Judiciário no Brasil, todavia, a doutrina é convergente quanto às limitações à prestação jurisdicional eficaz. Ada Pellegrini GRINOVER, por exemplo, aponta como causas

a sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da Justiça, certa complicação procedimental, a mentalidade do juiz, que deixa de fazer uso dos poderes que os códigos lhe atribuem, a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito e as deficiências do patrocínio gratuito. (...) Os esquemas processuais tradicionais são inadequados para a solução dos conflitos emergentes em uma sociedade em massa, em que despontam interesses metaindividuais e interesses economicamente menores.²¹⁸

E ainda complementa, argumentando que há um “grande descompasso entre a doutrina e legislação de um lado, e a prática judiciária, do outro. (...) Ao extraordinário processo científico da disciplina não correspondeu o aperfeiçoamento do aparelho judiciário e da administração da Justiça”²¹⁹. Por exemplo, a crise do Poder Judiciário, pela qual passamos atualmente, intensificou-se devido a concessão de direitos à sociedade pela Constituição Federal de 1988 sem que o Estado conseguisse os meios para protegê-los e efetivá-los.

Os menos favorecidos economicamente são os mais atingidos pela falta de efetividade do Poder Judiciário, pois o alto custo do processo judicial e a sua demora

²¹⁷ De acordo com o relatório do CNJ divulgado em 2013, tendo como ano base 2012, a Justiça Estadual em geral teve um orçamento de 31,3 bilhões de reais, sendo gastos 27,5 bilhões em Recursos Humanos. De 2011 para 2012, houve um aumento de 4,4% do número de magistrados estaduais, que em 2012 estava em 11.960, e de 7,1% no número de servidores, ficando em 258.731. Mas infelizmente, a diminuição dos conciliadores foi de 2% e de juizes leigos de 11,2%, sendo que os demais servidores apenas aumentaram seus números. O Estado do Paraná recebeu um orçamento de R\$ 1,8 bilhões de reais para a organização judiciária de seu Tribunal de Justiça, ou seja, 0,70% do PIB, sendo 1,4 bilhões gastos com Recursos Humanos. Dentre os magistrados de 1º grau, 2º grau, Turmas Recursal e Juizados Especiais, o Paraná conta com apenas 1.073 juizes e 13.531 servidores, englobando os efetivos, cedidos, requisitados, sem vínculo efetivo, terceirizados, estagiários, juizes leigos e conciliadores. Em 2012 eram apenas 929 conciliadores, uma baixa de 11,4% em relação ao ano anterior. O Tribunal de Justiça do Paraná recebeu 1.332.182 processos novos em 2012, julgando 1.077.814, e baixando 1.465.870, mais o saldo estimado de 3.263.986 processos. A carga de trabalho anual de cada magistrado é em média de 4.607, havendo uma diminuição da carga de trabalho dos juizes de 1º e 2º grau, e aumentando a carga de trabalho dos juizes da Turma Recursal e dos Juizados Especiais. A taxa de congestionamento está em 69%. O Tribunal de Justiça do Paraná aumentou todos os indicadores de estrutura, força de trabalho e litigiosidade.

²¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 217.

²¹⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 117.

em fornecer uma solução às partes envolvidas prejudicam o acesso à Justiça. É um ciclo vicioso que leva ao caos: a quantidade cada vez maior de processos nas mãos do Poder Judiciário agrava essa conjuntura, majorando o tempo de processamento de cada demanda, enfraquecendo a eficácia e acrescentando o custo da Justiça Estatal²²⁰.

Dentre as causas para a crise do Poder Judiciário, a doutrina aponta ainda o aumento demográfico, o desenvolvimento econômico, a constante alteração legislativa e a má organização interna do sistema judiciário²²¹. Outro problema existente é o da ampliação da estrutura judiciária, o qual não melhorou a condição da direção dos processos, como também ocasionou a ausência de unicidade das decisões, traduzida na “loteria judiciária” e na volubilidade social. Podemos perceber uma “ineficácia, seja pela ausência de solução para a maioria dos casos, seja pela demora excessiva em resolver os poucos que são resolvidos, seja pela má qualidade da decisão e, sobretudo, de sua aplicação”²²².

José Luis Bolzan de MORAIS considera que, na verdade, o Poder Judiciário passa por diversas crises, e não apenas uma. É uma crise estrutural, que diz respeito ao financiamento, infra-estrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos diferidos, custas judiciais, honorários, remuneração, etc. Há uma crise objetiva ou pragmática, relativa à linguagem técnico-formal empregada nos protocolos e tarefas forenses, a burocratização e demora dos procedimentos, bem como o amontoamento de pendências. A crise subjetiva ou tecnológica é aquela relacionada com a inaptidão tecnológica que os operadores jurídicos tradicionais possuem para trabalhar com novas realidades factuais, que demandam novas ferramentas legais e também novas mentalidades. Por último, temos a crise paradigmática, ou seja, aquela vinculada às metodologias e substâncias utilizadas

²²⁰ O resultado é a “obstrução das vidas de acesso à justiça e o distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. (...) Por outro lado, o elevado grau de litigiosidade, próprio da sociedade moderna, e os esforços rumo à universalidade da jurisdição (um número cada vez maior de pessoas e uma tipologia cada vez mais ampla de causas que acedem ao Judiciário) constituem elementos que acarretam a excessiva sobrecarga de juízes e tribunais. E a solução não consiste exclusivamente no aumento do número de magistrados, pois quanto mais fácil for o acesso à Justiça, quanto mais ampla a universalidade da jurisdição, maior será o número de processo, formando uma verdadeira bola de neve”. (GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2).

²²¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 40.

²²² Idem. p. 41.

pelo Direito para a procura de uma saída pacífica para os litígios a partir do desempenho prático do direito aplicável ao caso.²²³

As crises por que passa o modo estatal de dizer o Direito – jurisdição – refletem não apenas questões de natureza estrutural, fruto da escassez de recursos, como inaptações de caráter tecnológico – aspectos relacionados às deficiências formativas dos operadores jurídicos – que inviabilizam o trato de um número cada vez maior de demandas, por um lado, e de uma complexidade cada vez mais aguda de temas que precisam ser enfrentados, bem como pela multiplicação de sujeitos envolvidos nos polos das relações jurídicas, por outro.²²⁴

A crise da Jurisdição está ligada à crise do Estado e do próprio Direito. O Estado sempre foi o centro da regulação social, mas, atualmente, vem sofrendo uma crise de legitimidade, efetividade, autonomia e soberania, principalmente em decorrência da globalização²²⁵. O Poder Judiciário é a UTI da sociedade. A crise da Jurisdição Estatal reflete no Poder Legislativo, com as leis mal elaboradas, e também no Poder Executivo, que é mal visto pela sociedade quando descumpre as decisões do Judiciário²²⁶.

No texto “Direito de Pasárgada”, Boaventura de Sousa SANTOS²²⁷ argumenta a existência de dois Direitos: o Direito formal, dos operadores do Direito e o outro Direito de Pasárgada, da população que não se vê protegida pelo Direito formal. A grande maioria da população brasileira não recorre ao Poder Judiciário, principalmente por não conhecerem os seus direitos ou por dificuldades de acesso geográfico à localização dos fóruns judiciais. “A estrutura do Poder Judiciário está absolutamente distante de atender as reais necessidades da população”²²⁸.

²²³ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**.Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 76 – 77.

²²⁴ Idem. p. 76.

²²⁵ Idem. p. 76 – 78.

²²⁶ TAVARES, Lira Ramos de Oliveira. Violência Doméstica e Mediação. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 76 – 78.

²²⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim(Orgs.). **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica**. 1999.

²²⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Credenciamento de Mediador e Honorários. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2003. p. 37.

4.3.2 A ineficácia dos processos destrutivos

No Brasil, não é corriqueira a tradição de dialogar, tentar procurar a parte com quem haja um conflito para conversar e procurar resolver o problema que existe entre eles. Essa deficiência de diálogo influencia o método de solucionar os litígios. Normalmente, o que ocorre é que as partes toleram a descontentamento de modo passivo ou se ignoram até afrontarem-se perante o Poder Judiciário.²²⁹

Mas não pode-se esquecer que o processo judicial apreende o conflito apenas sob o espectro dos interesses juridicamente tutelados, sem abranger o conflito como um todo. Segundo Morton DEUTSCH²³⁰, a resolução de disputas pode dar-se de forma construtiva ou destrutiva. Os processos ditos destrutivos geram o abatimento ou invalidação da relação social que existia antes do conflito, pois a disputa amplia-se, suscitando aspectos competitivos independentes dos motivos iniciais e aumentando a animosidade. Já os processos construtivos fortalecem a relação social, ao instigar as partes a procurar recursos que conjuguem os seus interesses primeiramente e aparentemente contrários, além de tratar também das questões não-juridicamente importantes, mas igualmente causadores de um empecilho da boa convivência, fortalecendo a relação social e a empatia dos envolvidos. A heterocomposição é uma forma de um processo destrutivo, enquanto a autocomposição um exemplo de um processo construtivo.

Para Zamora y CASTILLO²³¹, o processo judicial possui defeitos procedimentais ao utilizar mecanismos destrutivos de resolução de litígios. Daí a necessidade imperiosa e urgente de novas formas de solucionar conflitos que contem com a participação das partes, incentivando-as a aproveitar-se dos processos construtivos, a fim de fortalecer as relações, melhorar os relacionamentos, identificar os verdadeiros interesses por detrás da disputa, evitando controvérsias futuras.

O processo judicial tende a aumentar o conflito já existente, por contar com práticas processuais ineficientes e abstratas, acabando por prejudicar os

²²⁹ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 48.

²³⁰ DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Process**. New Haven: Yale University Press. 1973.

²³¹ CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa**. 1991.

relacionamentos, não resolver as lides e até mesmo acirrando-as. O operador do direito, ao aplicar a lei de forma fria e calculada, acaba por inferiorizar e deixar em segundo plano o indivíduo enquanto ser humano. O alto gasto financeiro e o estrago das extensas discussões que se dão após a formação de um contrato e dos processos judiciais que parecem não chegar ao fim são entraves ao incremento da economia dos Estados e fator desagregador das relações privadas, principalmente no mundo dos negócios.²³²

4.3.3 Uma luz no fim do túnel

A grande questão é: está o modelo jurisdicional apto para acolher da melhor forma possível as necessidades sociais atuais? Diante da tomada de consciência das falhas e das crises do Poder Judiciário, é necessário um “repaginamento” da tradição processual prática e do Poder Judiciário, objetivando a instrumentalidade, efetividade e agilidade do processo através da adoção de novas estratégias, iniciando com o acesso à justiça do juridicamente necessitado²³³. Para Mauro CAPPELLETTI e Bryan GARTH²³⁴, as crises da Jurisdição passaram por várias ondas: incorporação dos hipossuficientes econômicos e de toda ordem, novos interesses e novos mecanismos de solução de controvérsias.

Todos os estudiosos, juristas, operadores do Direito e pessoas públicas tentam encontrar uma porta para bem longe do problema pelo qual passa o Poder Judiciário, principalmente procurando amortizar a quantidade de processos e simplificar os atos processuais. Há uma urgente necessidade de uma abarcante reforma das normas, dos processos e procedimentos e das instituições. No âmbito do Processo Civil, reformas significativas no Código visaram a efetivação do processo judicial, dentre elas cabe destacar a tutela antecipada e a supressão do processo de execução para concretizar a sentença que fixa obrigação de fazer ou não fazer ou entrega de coisa, que hoje em dia se dá como fase de cumprimento da sentença dentro do próprio processo de conhecimento. Pudemos ver também

²³² SANTOS, Flávio Maia Fernandes dos. ANDRADE, Carlos César Borromeu de. Prefácio da obra. In: GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004.

²³³ FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**. 1989. p. 142.

²³⁴ CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. 1988.

mudanças com a Lei dos Juizados Especiais Cível e Criminais (Lei nº 9.099 de 1995), a Lei da Arbitragem (Lei nº 9.307 de 1996), a ampliação da conciliação na Justiça do Trabalho e as Juntas de Conciliação, apontando para a celeridade e a economia processual. Embora tenham trazido melhorias visíveis, essas soluções ainda não fornecem uma Justiça mais rápida ao cidadão brasileiro.

Para dar maior efetividade ao processo a fim de eliminar os conflitos e garantir a justiça, é imprescindível a supressão das dificuldades econômicas que impedem ou dificultam as pessoas de demandar ou defender-se em juízo, através de uma assistência jurídica integral e gratuita para aqueles que não têm recursos; o desaparecimento do impedimento jurídico de litigar em prol da defesa de interesses supra-individuais, difusos e coletivos, o que já vem sendo feito com a Lei da Ação Civil Pública e a possibilidade de um mandado de segurança coletivo; e a efetividade das decisões, de modo que aquele que tem direito obtenha exatamente e tudo aquilo a que ele tem direito, através de medidas cautelares, aplicação de multas diárias, entre outros.

A jurisdição estatal deve ter como escopo social máximo a harmonização da sociedade seguindo critérios justos, abandonando as fórmulas exclusivamente positivadas²³⁵. “Essas e outras dificuldades têm conduzido os processualistas modernos a excogitar novos meios para a solução dos conflitos”²³⁶. Conforme visto, o acesso à justiça não é um direito exclusivo do Poder Judiciário. Os outros meios de pacificação social também podem viabilizar o acesso à justiça através de métodos não adversariais, consensuais e construtivos. O consenso surge como articulador dessas novas estratégias, que dão importância a novas, e também velhas e conhecidas, práticas que eram renegadas e esquecidas pelos operadores do Direito²³⁷. Os obstáculos pelos quais passam a Justiça Estatal, juntamente com o descontentamento da população com o serviço judicial fornecido pelo Estado, reaproximaram os meios alternativos.

O melhoramento dos outros meios de solução dos conflitos e sua cada vez maior utilização faz-nos pensar se a jurisdição é mesmo uma atividade exclusiva do Estado. As atividades jurisdicionais, na verdade, podem ser de vários tipos,

²³⁵ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 282.

²³⁶ CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 26.

²³⁷ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 90.

dependendo do tipo do conflito. Algumas destas, realmente, são consideradas como exclusivas do poder estatal, mas outras não. A justiça consensual surge justamente como um recurso ou uma saída ao não funcionamento ideal do modelo judiciário e sua formalidade exagerada. Uma vez que “não há dúvida de que o renascer das vias conciliativas é devido, em grande parte, à crise da Justiça”²³⁸.

4.4 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS COMO UMA SOLUÇÃO PARA A CRISE DO PODER JUDICIÁRIO

4.4.1 Uma comparação entre a Jurisdição Estatal e a Justiça Consensual: Vantagens e desvantagens no âmbito da Pacificação Social

Conforme visto, a Jurisdição Estatal predominou na História da Sociedade principalmente devido a segurança jurídica que proporciona e pela importância do princípio da legalidade no Estado de Direito. A princípio, a Justiça Estatal seria o melhor meio de assegurar as garantias das partes, que contemporaneamente e visivelmente, possuem diferenças socioculturais e econômicas. Contudo, uma das deficiências dessa jurisdição tradicional é o alicerce principiológico que pretendeu a limitação objetiva do conteúdo do conflito e subjetiva das partes envolvidas²³⁹. O resultado foi que, ao proporem uma demanda frente ao Poder Judiciário, as partes não veem resolvidos por completo os seus problemas, ao ser ignorado aquilo que a Legislação considera como irrelevante para a lide, além da dificuldade na execução da sentença.

²³⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.) **Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional**. 2007. p. 02.

²³⁹ Na verdade, um conflito é muito mais amplo do que apenas as questões juridicamente tuteladas. Normalmente, o interesse real das partes é distinto daquilo que é levado pelas partes ao conhecimento do Poder Judiciário. A lide processual, que aparece no processo judicial, é uma exposição do conflito de acordo com os escritos na petição inicial e na contestação exibidos em juízo. Se a verdadeira lide sociológica existente por detrás, que leva em consideração os reais interesses dos envolvidos, não for analisada e solucionada, não haverá satisfação das partes com a solução do litígio. Apenas uma resolução integral da lide sociológica permite a pacificação social. (BACELLAR, Roberto Portugal. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. 2003).

No entendimento de CARNELLUTTI²⁴⁰, o processo é mais justo, mas possui como desvantagens a incerteza, o alto custo e a morosidade. A autocomposição, por meio da mediação, da conciliação e da negociação, visando sempre uma transação, permite a superação dessa incerteza para uma situação certa, definida pelas próprias partes. Se as pessoas tivessem certeza de que ganhariam a demanda de uma ação judicial, dificilmente tentariam resolver o conflito de outra forma. O conflito tem como característica justamente a imprecisão quanto ao seu fim. Todas as partes envolvidas em um conflito buscam a segurança que a conclusão da demanda importa. Essa “dúvida objetiva, decorrente da lide (*res litigiosa*), da aferição de divergência entre dois sujeitos a respeito da existência ou não de um direito material”²⁴¹ e essa incerteza quanto à decisão do magistrado impelem para que os litigantes optem pela transação.

O conflito é imanente das relações sociais, fazendo parte da democracia e do Direito. A única possibilidade para a construção real de uma harmonia social e do consenso seria através da desconstrução dos entusiasmos e dos interesses com uma justiça consensual. A autocomposição possibilitaria uma reconstrução dos laços de convivência, a interação das partes ora litigiosas e a conseqüente paz social. A Justiça Consensual ganha força para melhorar as deficiências típicas e claras da Jurisdição Estatal, seja de instrumentos e procedimentos seja quanto aos custos, tempo e pessoal, principalmente nas demandas que demorariam muito para serem resolvidas ou que receberiam uma atenção insuficiente.²⁴²

José Luis Bolzan de MORAIS²⁴³ aponta os seguintes objetivos das formas consensuais de solução de litígios: retirar do Estado a obrigação dos contenciosos de massa, abreviando a inflação processual, o custo e a demora dos processos, tendo como resultado uma eficaz qualidade dos processos estatais, sobrando ao Poder Judiciário um papel figurado de referência e para fins de homologação e recurso; conceder às empresas que figurarem em um dos polos de uma relação de consumo ganhos de custo, imagem e marca; e a descentralização, flexibilização e informalização do procedimento para as partes, que passam a poder participar na solução de seus próprios conflitos e também podem contar com mais opções

²⁴⁰ CARNELLUTTI, Francesco. **Sistema di Diritto Processuale Civile**. 1936. p. 154 – 179.

²⁴¹ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013. p. 64.

²⁴² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 84 - 85.

²⁴³ Idem. p. 81.

adequadas para a resolução de cada tipo de litígio. O modo não-adversarial de solução dos litígios caracteriza uma “desjudicialização do conflito, retirando-o do âmbito da função jurisdicional do Estado”²⁴⁴.

Dessa forma, os métodos autocompositivos podem ser vistos como uma ferramenta hábil para evitar ou para abreviar o processo, sendo um instrumento eficaz para facilitar o acesso à Justiça, através dos mediadores e conciliadores que incentivam o diálogo. Todavia, o objetivo dos meios adequados para a pacificação social não deve ser o de tão-somente solucionar a crise do Poder Judiciário, suavizando a sobrecarga que estamos vivenciando atualmente, e sim o de fornecer um tratamento adequado aos conflitos, dependendo de sua natureza. O princípio constitucional de acesso à Justiça deve caminhar ao lado do princípio da adequação. Ou seja, além de assegurar a Justiça, deve assegurar uma solução adequada e tempestiva aos conflitos.²⁴⁵

O nosso ordenamento jurídico possui um método complexo para resolver os conflitos, explicado detalhadamente nos artigos e incisos de nossa legislação processual. Algumas vantagens da Jurisdição enquanto modo de solução de conflitos é a sua determinação ser forte e inalterável, através da sua característica da segurança jurídica e a existência de uma sentença que define o conflito, extinguindo a incerteza, a discrepância e o conflito, tentando originar a pacificação social, mas que, ao mesmo tempo, pode ser recorrida e apelada. Outros benefícios são a possibilidade de sanção em caso de descumprimento e o fato de as partes litigiosas passarem a responsabilidade de resolver os conflitos para seus advogados, que recebem um valor para as representar em juízo.

Contudo, utilizar a legislação para dirimir controvérsias possui também diversas desvantagens, como ser uma resposta lenta e demorada, imprevisível e onerosa, em razão da formalidade, burocracia, grande número de ações e o pequeno número de juízes. Muitas vezes, a sentença não representa a verdadeira solução da lide, por poder facilmente destruir relacionamentos, por ser pública e extremamente formalista. Por estabelecer de modo imperioso a norma para o caso concreto, na maioria das vezes, a sentença não é bem aceita pela parte vencida, de modo que é muito raro que ambas as partes fiquem satisfeitas. O processo judicial é

²⁴⁴ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 82.

²⁴⁵ WATANABE. Kazuo. Modalidade de Mediação. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2003. p. 56.

uma verdadeira tortura para todos que estejam envolvidos nele, seja os advogados, os juízes e seus assessores e principalmente as partes envolvidas. Todos sofrem com a demora e a burocratização do processo.²⁴⁶

A mediação e a conciliação têm como vantagens em relação ao processo judicial o fato de serem rápidas, informais, confidenciais, econômicas, acessíveis justas e produtivas, além de caracterizarem-se pela proximidade e oralidade²⁴⁷, retirando as barreiras econômicas para a garantia dos direitos e, por isso, desempenhando melhor o seu papel de pacificação social, placidez na direção dos conflitos e exercício da cidadania. Os meios alternativos e adequados para a pacificação social são novas e inovadoras maneiras de resolver as disputas e satisfazer as necessidades e os interesses das partes. Além disso, nem sempre a solução mais justa provém dos ditames legais, de forma que esses métodos não ficam presos ao cumprimento estrito das normas de nosso ordenamento jurídico, possuindo maior liberdade nas decisões não-jurisdicionais, que baseiam-se sempre na equidade. O que ocorre é uma deslegalização.²⁴⁸

Hobbes afirmava que “não existe outro critério do justo e do injusto fora da lei positiva”²⁴⁹. Os meios autocompositivos permitem afirmar, em contrapartida, que o justo pode e deve ser estabelecido pelas partes consensualmente. Em casos em que o consenso não é possível, abre-se a relação para a intervenção de um terceiro indicando a saída do problema, com base na Lei. Por meio da mediação, o conceito de Justiça se realiza, em um procedimento equânime de auxílio das partes a buscar resultados satisfatórios para ambas, considerando que elas tenham conhecimento da situação fática e jurídica em que se encontram.²⁵⁰

²⁴⁶ DELGADO, José. Constitucionalidade da Mediação. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. 2003. p. 15

²⁴⁷ Quanto mais se aproximar da solução judicial do conflito maiores serão os custos emocionais, financeiros e de tempo. “Nesse sentido, há uma ordem crescente desses custos na relação adiante, em que a mediação ocupa um lugar privilegiado, logo após a negociação, sendo por isso, o método não adversarial de solução de conflitos que maior crescimento tem experimentado em todo o mundo: Negociação >> Mediação >> Arbitragem >> Processo Judicial”. (GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 40).

²⁴⁸ CINTRA, Antônio Carlos Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. p. 32 – 33.

²⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2008. p. 60.

²⁵⁰ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 10.

4.4.2 A convivência harmônica entre a Heterocomposição e a Autocomposição

A variedade de métodos possíveis para o alcance da autocomposição permite que as partes envolvidas no conflito exercitem a cidadania, o diálogo e o consenso de forma a escolher a melhor forma de resolver a sua lide, aumentando a possibilidade de participação social nos conflitos resultados do relacionamento entre as pessoas²⁵¹. Essa variedade demonstra o amadurecimento do Estado ao proporcionar o serviço público de acesso à justiça de forma mais eficaz, oportuna e de qualidade, além de abrir as portas para a escolha de um dos mecanismos extraprocessuais de solução de conflitos. Tal contexto permite a deflação processual e a ampliação do campo de tutela oferecida aos direitos dos cidadãos²⁵². O Poder Público, a princípio, relegou à sociedade a posição de sujeito passivo da tutela jurisdicional. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos vieram como um meio pacífico disponível para a sociedade, reerguendo-se como sujeito ativo, que luta pela sua inclusão social.²⁵³

A democracia é sinônimo de participação, de cidadania ativa, de sujeitos de direito e deveres defendendo e exercendo os seus direitos e deveres. A autocomposição dos conflitos é uma das ferramentas que alcança o alicerce do processo democrático, representado pelo cidadão, pois, uma vez que o cidadão participa da resolução de seus próprios conflitos, está cooperando para o exercício de sua cidadania. A mediação e a conciliação são ferramentas de paz e instrumentos de inclusão do cidadão, pressuposto da democracia²⁵⁴, por possibilitarem uma mudança do paradigma social, concedendo aos indivíduos a autonomia para administrar e solucionar os seus próprios conflitos, por conscientizar os indivíduos de seus direitos e deveres e por melhorar as relações e os vínculos

²⁵¹ Nos Estados Unidos da América, as “Alternatives Disputes Resolutions” (ADRS) são coligadas ao sistema jurídico processual, possibilitando que as partes tenham, diante do Poder Judiciário, um sistema “de solução multiportas” (multidoor courthouse), ou seja, uma série de modelos híbridos de solução de litígios, que serão escolhidos com base no cabimento e natureza do conflito a ser solucionado. (CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. 2002. p. 109-110).

²⁵² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 89.

²⁵³ MOREIRA, Sandra Mara Vale. A Mediação como Instrumento da Inclusão Social. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 201.

²⁵⁴ MARTINS, Dayse Braga. A Mediação no Processo de Democratização do Estado. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 49 – 50.

sociais. Com o diálogo e a crítica, os cidadãos começam a se mobilizar em lutas sociais, buscando inclusão e emancipação social.²⁵⁵

Os métodos ditos alternativos para a solução de litígios surgiram por causa do aumento da litigiosidade e a incapacidade do Poder Judiciário de ser o único método para se buscar os direitos. A existência dos métodos adequados para a pacificação social não desmerece o Judiciário, mas concede aos cidadãos mais possibilidades para eles resolverem as suas demandas²⁵⁶. Além disso, no momento em que os processos são retirados da Justiça Estatal para serem resolvidas pelos métodos autocompositivos, a quantidade de trabalho dos juízes e operadores do Direito diminui, de forma que sobra mais espaço, tempo e dinheiro para os casos difíceis e que realmente precisem de uma decisão judicial para aferir direito aos envolvidos.

A Justiça Consensual é apenas uma dentre muitas alternativas para um Poder Judiciário falido e a existência de um não implica no desaparecimento de outro. Os mecanismos consensuais surgem como uma outra justiça, em que os envolvidos apropriam-se do poder de resposta, que na Jurisdição é delegada ao Estado. A relação tríade da jurisdição tradicional, na qual um terceiro imparcial e alheio ao conflito dita uma sentença, seguindo a função do Estado de dizer o Direito, é substituída por uma relação dicotômica, na qual as próprias partes conflitantes juntas constroem a resposta. É possível uma convivência harmônica entre ambas as formas, afinal, os seus objetivos finais são os mesmos: a resolução de conflitos sociais e judiciais da melhor forma possível.

Há de considerar, inclusive, que os meios autocompositivos somente são plausíveis com o aperfeiçoamento da própria Justiça Estatal. Petrônio CALMON²⁵⁷ até mesmo defende que a crise da Justiça Estatal não é um fundamento real para a Justiça Alternativa, pelo contrário, os meios alternativos de solução de litígios devem ser vistos como um complemento à Justiça Estatal, funcionando de forma

²⁵⁵ Além disso, também temos a figura da mediação política, na qual o cidadão participa ativamente da vida política e também contesta, deliberando e opondo-se a determinados atos governamentais. A mediação comunitária também influencia no processo democrático de uma localidade, ao melhorar a convivência da comunidade através do diálogo. (MARTINS, Dayse Braga. A Mediação no Processo de Democratização do Estado. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 57 – 59).

²⁵⁶ CONRADO, Maria do Carmo Moreira. Mediação de Conflitos, Acesso à Justiça e Defensoria Pública. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 162.

²⁵⁷ CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2013.

independente e sucursal, para que, no caso de insucesso do consenso, tenhamos um procedimento simples, rápido, acessível e gratuito em nossas mãos.

A escolha entre o processo e os equivalentes jurisdicionais como meio de solução ou de evitar os litígios não pode ser feita de modo alternativo e excludente, até mesmo porque, como visto, não são todos os tipos de conflitos que combinam com as vias consensuais. Os meios de solução autocompositivos devem sempre manter-se facultativos, não impedindo ou atalhando o acesso à Justiça, não suprimindo ou contrapondo-se ao Poder Judiciário, pelo contrário, devem existir juntamente com o processo, para garantir a proteção judiciária dos direitos e dos interesses da melhor forma possível²⁵⁸, sendo mais uma possibilidade oferecida para que os indivíduos tenham um acesso à Justiça mais rápido e fácil.

Pelos ensinamentos de André Gomma AZEVEDO, o nosso ordenamento jurídico é formado por vários processos distintos: processo judicial, mediação, negociação direta, conciliação, arbitragem, que todos juntos formam um sistema pluri-processual.

Com o pluriprocessualismo, busca-se um ordenamento jurídico processual no qual as características intrínsecas de cada processo são utilizadas para se reduzirem as ineficiências inerentes aos mecanismos de solução de disputas, na medida em que se escolhe um processo que permita endereçar da melhor maneira possível a solução da disputa no caso concreto²⁵⁹.

Para se escolher o melhor meio para solucionar o caso em específico, analisa-se vários fatores relacionados a cada método, como o custo financeiro, a rapidez, a confidencialidade, as consequências para os relacionamentos existentes entre as partes, a flexibilidade do procedimento, a exequibilidade da solução, os estresses emocionais, a possibilidade de adimplemento espontâneo do resultado e a recorribilidade²⁶⁰. Também deve-se levar em conta o chamado Princípio da

²⁵⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. 1990. p. 215 e também em GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do Processo e Deformação das Controvérsias. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. In: Novas Tendências do Direito Processual. 1990. p. 201.

²⁵⁹ AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos sobre a Autocomposição no Direito Processual. In: **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. 2005. p. 151.

²⁶⁰ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 284.

Adaptabilidade do órgão às exigências do processo, conceituado por PIERO CALAMANDREI.²⁶¹

De acordo com o Princípio da Indelegabilidade da Jurisdição, o Poder Judiciário tem a obrigação de julgar toda a ação proposta, não negando ou dificultando acesso à Justiça a um indivíduo que procure o seu auxílio. Contudo, nenhuma disposição legal determina que o juiz deve, em todos os casos, fornecer uma resposta impositiva às partes, apenas aplicando a lei ao caso concreto. Dessa forma, cabe ao juiz e ao seu entendimento perceber se as partes não devem antes tentar uma via conciliatória e pacificadora, via essa que, ao contrário da sentença impositiva, trará benesses para todos os envolvidos, incluindo o próprio Poder Judiciário. A função do juiz não é apenas fornecer uma sentença ao caso, objetiva, técnica e legalista, tendo dado por resolvido o conflito entre as partes. Pelo contrário, a maior preocupação dos operadores do Direito, incluindo juízes, promotores, advogados e também dos próprios cidadãos deve ser o de uma eficaz pacificação social, e somente a autocomposição tem o poder de “desmanchar a lide”, o que não é possível de forma integral com a imposição de uma heterocomposição.²⁶²

4.5 INOVAÇÕES LEGISLATIVAS E PRÁTICAS NO TOCANTE À MEDIAÇÃO E À CONCILIAÇÃO

Desde 2003, o Poder Executivo procura desenvolver métodos de resolução de disputas que se concretizem sem a cominação do domínio do mais forte, dentre eles o Estado, ou sem uma norma que desconsidere a participação direta do cidadão. Desde o início do movimento de acesso à justiça, iniciado em meados dos anos 70, os operadores do Direito têm estudado e estimulado o uso de meios autocompositivos, considerados mais justos seja no resultado, seja na participação no curso da relação. O verdadeiro acesso à Justiça deve conter a prevenção e

²⁶¹ CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Dirritto Processuale Civile*. I §54, p. 198. Apud. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 2000. p. 290.

²⁶² RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. 2004. p. 119.

reparação dos direitos, mas também a possibilidade de soluções negociadas, por meio de ações comunicativas.²⁶³

A utilização desses métodos apropriados para a pacificação social tem crescido progressivamente nos últimos 30 anos no Brasil, principalmente nos últimos anos com a implementação do Movimento pela Conciliação no Conselho Nacional de Justiça, bem como iniciativas da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça. Um exemplo disso é a reforma feita no Código de Processo Civil em 1994, instituindo a audiência prévia de conciliação, imperativa para todos os processos que abordavam os direitos disponíveis, ou, como em 2002 foi estipulado, para todas as causas sobre direitos que admitam transação.²⁶⁴

4.5.1 A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) surgiu a partir da premissa de que é competência do Poder Judiciário constituir as políticas públicas de tratamento apropriado dos conflitos de interesses, resolvidos seja pelos métodos heterocompositivos seja pelos métodos autocompositivos. Dessa forma, a resolução veio para aparelhar, em todo o território nacional, os serviços proporcionados no andamento da relação processual e também para impulsionar a atividade do Judiciário no sentido de prevenir os processos com os procedimentos pré-processuais de conciliação e mediação. A partir da década de 1990, começou a criação de uma legislação processual referente à autocomposição, o que logo foi acompanhada por vários projetos em diversos campos da autocomposição, como a mediação civil, comunitária, penal, a conciliação previdenciária, em desapropriações, entre outros²⁶⁵. Diante dos resultados positivos desses projetos, tornou-se imperioso uma política pública nacional, a qual foi estabelecida em 29 de novembro de 2010 pelo Conselho Nacional de Justiça.

²⁶³ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 09.

²⁶⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm.

²⁶⁵ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 281.

A Resolução nº 125²⁶⁶ dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, cujos objetivos são a eficiência e o acesso a uma “Justiça justa”, de maneira que compete aos órgãos judiciários a organização dos serviços oferecidos nos processos judiciais, mas também a organização para que haja possibilidade de outros mecanismos de solução de conflitos, em específico os consensuais, como a mediação e a conciliação, fornecendo ainda adequado treinamento aos magistrados, servidores públicos, conciliadores e mediadores. A resolução conceitua os meios autocompositivos como métodos de pacificação social, solução e prevenção de litígios, que justamente permitem a diminuição da judicialização dos conflitos de interesse e preconiza que a solução dos conflitos deve se dar por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

Além disso, o texto normativo desenvolve uma cultura da pacificação social, incentivando a cooperação entre toda a sociedade, o Poder Judiciário, as instituições públicas e privadas de ensino, a Ordem dos Advogados do Brasil, as Defensorias Públicas, as Procuradorias e o Ministério Público para a propagação dos meios consensuais, a valorização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania e o incentivo junto aos entes públicos e aos grandes litigantes para optarem pela autocomposição. Dispõe que compete aos Tribunais a criação dos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, para melhor desenvolver a Política Judiciária de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses e facilitar a realização das audiências de conciliação e mediação, bem como para informar e atender os cidadãos.

Os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania auxiliam os Juízos, Juizados ou Varas com competência nas áreas cível, fazendária, previdenciária, de família ou os Juizados Especiais Cíveis, Criminais e Fazendários e devem realizar as audiências de conciliação e mediação pré-processuais. Estes centros possuirão um juiz coordenador e, se necessário, um adjunto, os quais ficarão responsáveis pela administração, pela homologação dos acordos e pela direção dos mediadores e conciliadores. Existe a previsão de criação de setores

²⁶⁶ BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada16092014.pdf.

especializados, sendo obrigatórios os setores de solução pré-processual de conflitos, setor de solução processual de conflitos e setor de cidadania. A Resolução também dispõe sobre a criação do Portal de Conciliação, disponível no *site* do CNJ.

Os conciliadores e mediadores atuantes nos Centros devem participar do curso de capacitação dos serventuários da Justiça, pois um dos princípios da política pública do Conselho Nacional de Justiça é a qualidade dos serviços, como garantia de acesso a uma ordem jurídica justa. Para tanto, é obrigatório a habilitação dos mediadores e conciliadores, seguindo um conteúdo programático mínimo, além de exercícios simulados e estágios supervisionados, treinamento este realizado por instrutores certificados e aprovados pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos.

Com a Resolução nº 125/2010, o CNJ buscou mudar o “rosto” do Poder Judiciário, que passaria não mais a ser aquele responsável pela solução dos conflitos, mas também e principalmente ser o centro de soluções efetivas para o jurisdicionado²⁶⁷. As mentalidades já começaram a mudar: o número de magistrados que acreditam na autocomposição como a principal política pública do Judiciário para a solução efetiva dos conflitos tem aumentado e os prepostos dos chamados grandes litigantes têm recebido treinamento para facilitar o acordo com os consumidores.

Nota-se uma transformação revolucionária no Poder Judiciário em termos de natureza, quantidade e qualidade dos serviços judiciários, com o estabelecimento de filtro importante da litigiosidade, com o atendimento mais facilitado dos jurisdicionados... com o maior índice de pacificação das partes em conflito... E assistiremos, com toda a certeza, à profunda transformação do nosso país que substituirá a “cultura da sentença” pela “cultura da pacificação”.²⁶⁸

A maioria dos Tribunais tem tentado amoldar-se às requisições da Resolução, mas nenhum esclarecimento foi prestado aos cidadãos. A Resolução visa uniformizar os serviços de autocomposição no Brasil, aumentando a segurança jurídica e a paz social. Para isso, é preciso que os jurisdicionados estejam preparados pra essa nova realidade, bem como as universidades e os operadores do Direito.

²⁶⁷ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 282.

²⁶⁸ WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. In: PELUZO, Min. Antonio César e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. 2011. p. 389 – 390.

Juntamente com a Resolução nº 125 foi criado o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, visando asseverar um cuidado apropriado aos conflitos e à qualidade dos serviços de conciliação e mediação, sendo estes modos de pacificação social e precaução de litígios. A ação desses profissionais capacitados deve estar de acordo com os seguintes princípios: “confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”²⁶⁹. O Código de Ética estipula ainda as regras que regem o procedimento de conciliação e mediação, sendo elas: informação, autonomia de vontade, ausência de obrigação de resultado, desvinculação da profissão de origem e compreensão quanto à mediação e à conciliação.

Aos terceiros facilitadores cabem os mesmos motivos de impedimento e suspeição dos juízes e quando constatados a sessão deve ser interrompida. Além disso, os conciliadores e mediadores não podem prestar qualquer serviço profissional aos envolvidos no procedimento sob sua condução. Se desobedecida qualquer norma da Resolução ou do Código de Ética, o conciliador ou mediador é excluído do cadastro do Tribunal e impedido de atuar nesta função em todo o Território Nacional.

4.5.2 O Projeto de Lei do novo Código de Processo Civil e a sua importância para uma mudança significativa na prática do Processo Civil no tocante à autocomposição

Uma grande perspectiva de positivação da mediação no Direito Brasileiro iniciou-se em 2009, quando uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, se reuniu para estruturar um novo Código de Processo Civil. O anteprojeto apresentado em seguida foi transformado no Projeto

²⁶⁹ BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_compilada16092014.pdf. Anexo III. Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais. p. 08.

de Lei nº 166/2010²⁷⁰ e objeto de consultas e audiências públicas. O Substitutivo resultante, de relatoria do Senador Valter Pereira, foi votado e mandado à Câmara dos Deputados sob o número 8.046 de 2010²⁷¹.

No Substitutivo aprovado na Câmara dos Deputados em 2013, os artigos 166 a 176 tratam especificamente dos institutos da conciliação e da mediação, sob a sessão VI (Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais) do Capítulo III (Dos Auxiliares da Justiça). O próprio Presidente da Comissão de Juristas afirma que não se trata de uma reforma, mas de uma nova ideologia, uma nova forma de se pensar o Processo Civil, com uma feição neoconstitucional, baseada em três prismas: Estado Constitucional, tutela de direitos e processo justo²⁷². Nesse novo Processo Civil, o juiz de primeiro grau tem ampla liberdade para conduzir o processo, mas ao mesmo tempo está vinculado a um sistema rígido de precedentes.²⁷³

Esse novo Código de Processo Civil se preocupa muito com o procedimento de mediação e conciliação feito dentro do Poder Judiciário, tanto que artigo 139 estipula que cabe ao juiz dirigir o processo e, segundo inciso V, “promover a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais”²⁷⁴. O anteprojeto, a luz da Resolução nº 125 do CNJ, também propõe, no artigo 166, que

os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição²⁷⁵.

A fim de resolver os problemas já tratados aqui de confusão entre os institutos, o próprio anteprojeto já diferencia a conciliação e a mediação, dispondo

²⁷⁰ SENADO FEDERAL. **PLS Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010**. Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249.

²⁷¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL Projeto de Lei nº 8.046 de 2010**. Projetos de Leis e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

²⁷² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas**. 2010. p. 60.

²⁷³ PINHO. Humberto Dalla Bernardina de. **Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigo 1º a 11 do PLS 166/10**. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, julho-dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>.

²⁷⁴ BRASIL. **Código de Processo Civil (anteprojeto)**. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

²⁷⁵ Idem.

que o conciliador, “que atuará preferencialmente nos casos em que não tiver havido vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem”, enquanto que

o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos²⁷⁶.

É de competência dos tribunais manter um cadastro de conciliadores e mediadores e das câmaras privadas, com o registro de todos os habilitados, que realizaram o curso de capacitação realizado por entidade credenciada no Tribunal e que preenchem todos os requisitos exigidos. Se os conciliadores e mediadores forem advogados ficarão proibidos de exercer a advocacia nos juízos em que exercerem as suas funções autocompositivas.

As partes podem escolher o seu mediador ou conciliador de livre e espontânea vontade e por consenso entre elas; caso não haja consenso, é realizada a distribuição por sorteio entre os profissionais inscritos no Tribunal, de acordo com a área profissional. A remuneração pelo trabalho deve estar de acordo com tabela fixada pelo Tribunal e pelo Conselho Nacional de Justiça, podendo ser também realizada de forma voluntária.

Quanto à ética dos mediadores e conciliadores, é possível a exclusão dos nomes do cadastro do Tribunal e a instauração de um procedimento administrativo ou o afastamento por cento e oitenta dias daqueles que atuarem com dolo ou culpa, violarem os seus deveres ou atuarem em procedimento mesmo impedido ou suspenso. Está previsto no projeto o impedimento, a impossibilidade temporária e a “quarentena”, em que os profissionais ficam impedidos, pelo prazo de um ano, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. O texto aprovado pelo Senado limitou a utilização da mediação para matérias no âmbito civil, o que, segundo Adolfo BRAGA NETO²⁷⁷ constitui um retrocesso, uma vez que já foi comprovado a efetividade das transações penais junto aos Juizados Especiais

²⁷⁶ BRASIL. **Código de Processo Civil (anteprojeto)**. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

²⁷⁷ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. 2010.

Criminais, tendo por consequência a diminuição da reincidência e a reinserção da vítima e do ofensor à sociedade.

Uma novidade do anteprojeto está no artigo 175, o qual dispõe sobre a criação de câmaras de mediação e conciliação que visarão a solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública e que promoverão, quando couber, a celebração do termo de ajustamento de conduta. Interessante também é o fato de que apesar do projeto apenas regular a mediação judicial, não proíbe a mediação prévia ou extrajudicial vinculadas aos órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes.

O artigo 3º do anteprojeto contém a tão conhecida disposição de que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”, contudo, foi complementado no sentido de permitir que o Estado promova,

sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial²⁷⁸.

A própria exposição de motivos do texto legislativo deixa claro a intenção de incluir a autocomposição no ordenamento jurídico pátrio como uma iniciativa para desafogar um Judiciário abarrotado.

No entanto, na visão de Adolfo BRAGA NETO²⁷⁹, esse instrumento, sozinho, não conseguirá alcançar o objetivo de descongestionar os Tribunais Brasileiros. A mediação e a conciliação têm por objetivo possibilitar um diálogo e um momento de reflexão entre as partes litigantes, sendo que o acordo não deve ser visto como uma obrigação, mas como resultado natural a ser alcançado pelas partes a partir de uma atitude de respeito e cooperação. Mesmo ainda não estando positivadas no ordenamento jurídico, a mediação e a conciliação já são exercidas no Brasil, nos órgãos do Poder Judiciário, com apoio do Supremo Tribunal Federal, do Conselho Nacional de Justiça e do Ministério da Justiça por meio da Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. Com o Novo Projeto do Código Civil em vigor, então, a autocomposição ganhará a legitimidade necessária para a sua maior difusão na sociedade.

²⁷⁸ BRASIL. **Código de Processo Civil (anteprojeto)**. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

²⁷⁹ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. 2010. p. 27.

4.5.3 Os Anteprojetos de Lei sobre a Mediação

4.5.3.1 O Projeto de Lei nº 4.827/1998 e o Substitutivo PLC nº 94/2002

Apesar de ser praticada há mais de 12 anos, a mediação não possui legislação própria que a fundamente no ordenamento brasileiro de cultura positivista. A mediação só ganhou destaque legislativo em 1998, quando começou a tramitar junto à Câmara dos Deputados o projeto de lei nº 4.827 de autoria da advogada e deputada Zulaiê Cobra Ribeiro, o qual institucionaliza e disciplina a Mediação como Método de Prevenção e Solução Consensual de Conflitos. Dentre os seus sete artigos, o projeto define a mediação como “uma atividade técnica exercida por terceira pessoa, que, escolhida ou aceita pelas partes interessadas, as escuta e orienta com o propósito de lhes permitir que, de modo consensual, previnam ou solucionem conflitos”, conflitos estes “sobre qualquer matéria que admita conciliação, reconciliação, transação ou acordo de outra ordem, para fins que consiste a lei civil ou penal”²⁸⁰.

Em 1999, o Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), presidido pelos juristas Kazuo Watanabe e Ada Pellegrini Grinover, instituiu uma comissão para elaborar um anteprojeto de Lei sobre mediação no Processo Civil, o que resultou em debates públicos, chegando-se a um texto final exibido ao governo federal. O projeto instituía e disciplinava a Mediação paraprocessual como mecanismo complementar de solução de conflitos no Processo Civil. Em 2000, um evento da OAB/SP tornou público esse novo texto legislativo elaborado pelos juristas brasileiros liderados pelo IBDP. Em 2002, o projeto foi aprovado em sua redação original no Plenário da Câmara dos Deputados, sendo encaminhado ao Senado Federal para a Comissão de Constituição e Justiça.

Como já existia o projeto de lei da Deputada Zulaiê Ribeiro, que já havia sido aprovado na Câmara, o Ministério da Justiça realizou uma Audiência Pública, em 2003, organizada pela Secretaria da Reforma do Judiciário, reunindo a Deputada, as

²⁸⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.827 de 1998**, que institucionaliza e disciplina a Mediação como Método de Prevenção e Solução Consensual de Conflitos. P. 28075. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LIII, nº 199, quinta-feira, 03 de dezembro de 1998. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>.

peças que colaboraram com ela, o Instituto Brasileiro de Direito Processual e demais organizações sociais envolvidas com o tema da mediação. Aqui surgiu a ideia de se constituir um texto único, chamado de “versão consensuada”, formando um texto de 26 artigos. Essa versão foi encaminhada ao Relator do Projeto no Senado Federal, Senador Pedro Simon. Em junho de 2006, após a apresentação de dois ou três relatórios, foi aprovado o relatório final pela Comissão de Constituição e Justiça na forma de substitutivo, apresentado pelo Senador, inspirado no texto elaborado pelo IBDP, mas alterado em seus aspectos principais, recebendo o número PLC 94/2002²⁸¹, o qual institui a Mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos na esfera civil. Em julho, o plenário do Senado aprovou o novo texto, agora com 47 artigos. Em 2010, foi para plenário da Câmara dos Deputados para aprovação. Desde então, o projeto está paralisado.

4.5.3.2 A união dos projetos: os diferentes tipos de mediação e as disposições quanto ao procedimento

A união dos projetos originou quatro tipos de mediação: primeiramente uma subdivisão em judicial e extrajudicial, as quais podem se subdividir em prévia e incidental. O projeto de lei visa trazer a mediação para dentro do Poder Judiciário, por intermédio da “mediação paraprocessual”, definida enquanto uma atividade técnica. A mediação paraprocessual ou judicial²⁸² se subdivide em mediação prévia (facultativa) e mediação incidental (pré-processual e obrigatória, sendo antecedente ao ingresso de um processo de conhecimento)²⁸³. O projeto também prevê a mediação extrajudicial²⁸⁴ e dispõe que o juiz, em qualquer tempo e grau de

²⁸¹ SENADO FEDERAL. PLC Projeto de Lei da Câmara nº 94 de 2002. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367.

²⁸² Realizada durante o curso do processo civil ou penal, por um mediador judicial, podendo este se recusar ou ser recusado pelas partes em um prazo de cinco dias da sua nomeação. A sua responsabilidade e remuneração é a mesma prevista para os peritos. Na mediação judicial, o mediador deve seguir as regras estabelecidas pelas seccionais estaduais da Ordem dos Advogados.

²⁸³ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2004. p. 51.

²⁸⁴ Realizada fora do processo e sem regras específicas, por um mediador independente. Antes de iniciado o processo, qualquer uma das partes poderia comparecer ao juízo e requerer a intimação da

jurisdição, pode persuadir as partes do cabimento desse tipo extrajudicial de mediação. Caso seja da concordância delas, pode também ser nomeado um mediador, estabelecendo o prazo de três meses, prorrogáveis por mais três, para a suspensão dos prazos próprios aos direitos para a tentativa de uma solução consensual.

A mediação prévia se dá junto à Ordem dos Advogados, no momento em que a parte interessada pede que seja designado um mediador, quando ainda inexistente um processo judicial. A Ordem instaura a mediação, designando data, hora e local e comunicando todos os interessados por qualquer meio idôneo de comunicação. Se o acordo é frutífero pode ser homologado em juízo, tornando-se um título executivo judicial. Por outro lado, se o confronto prevalece ou a outra parte não é encontrada ou não comparece à reunião, o advogado responsável já propõe a ação junto ao Poder Judiciário. Caso a demanda exija alguma medida liminar, o juiz decide, já se não houver necessidade, o processo é distribuído para um mediador (o próprio advogado nomeado e habilitado pela Ordem) e não para um juiz, ocorrendo a suspensão do processo, mas devendo ser realizada no máximo em noventa dias da data do pedido. Essa mediação prévia pode ser tanto judicial quanto extrajudicial, a depender da qualidade do mediador responsável. É judicial quando o interessado apresenta o pedido em um formulário padronizado junto ao Poder Judiciário, interrompendo o prazo de prescrição.

Na mediação incidental, há processo judicial de conhecimento em andamento e o mesmo é suspenso, sendo encaminhado ao mediador. Contudo, o projeto não prevê um prazo para que a mediação aconteça. Logo após a protocolização da petição inicial, o processo é entregue a um mediador antes mesmo de passar pela mão do juiz, sendo designada a audiência na qual tenta-se a mediação, obrigatória, segundo o projeto, em todos os processos de conhecimento como um ato processual sob pena de revelia, salvo, conforme disposto no artigo 5º, nas ações de estado, de interdição, de imissão de posse, reivindicatória de bem imóvel, usucapião de bem imóvel, de retificação de registro público, na ação cautelar e nas demais ações em que haja deferimento de liminar, quando o autor ou réu forem incapazes ou pessoa de Direito Público, na falência, na concordata e na insolvência civil, no inventário e no arrolamento quando houver incapazes, quando o

outra parte para uma audiência de mediação. O acordo resultante da mediação pode ser reduzido a termo e homologado por sentença, valendo como título judicial.

autor optar pelo procedimento do Juizado Especial ou pela Arbitragem, e quando a mediação prévia tiver ocorrido, sem resultado, nos cento e oitenta dias anteriores ao ajuizamento da ação. A contrário do projeto de lei da Mediação, o projeto do novo Código de Processo Civil não determina nenhuma vedação ou limites objetivos para a utilização da mediação. No entendimento de Humberto Dalla Bernardina de PINHO²⁸⁵, os casos que poderiam ou não serem submetidos à autocomposição devem ser estabelecidos *ope judicis* e não *ope legis*.

O valor da ação não interfere na realização ou não dessa mediação obrigatória, mas mesmo a mediação sendo obrigatória nos demais casos, o juiz poderá determinar que ela seja facultativa. A mediação interrompe a prescrição e induz litispendência. O projeto de lei prevê um prazo máximo de sessenta dias para a mediação ser realizada. O mediador chamará as partes para a reunião, e não alcançado o acordo, ou não comparecendo a outra parte, o mediador lavrará o termo explicando a impossibilidade de acordo e pedindo o prosseguimento do feito, devolvendo a petição inicial ao juiz. Se o acordo for positivo, o mediador lavrará o termo de mediação, o qual será entregue ao juiz para análise das formalidades legais e homologação, com posterior arquivamento do feito.

A questão da obrigatoriedade ou não da mediação gerou grande controvérsia na doutrina. Há quem defenda que a mediação obrigatória não fere o direito de acesso ao Poder Judiciário, disposto no inciso XXXV do Artigo 5º da Constituição Federal, pois a mediação ocorrerá após o ajuizamento da demanda, a distribuição e a citação, e também porque a parte interessada poderá pedir a retomada do processo judicial após o prazo de sessenta dias do início da mediação. Contudo, parte dos doutrinadores consideram que a obrigatoriedade da mediação pode transformar o ato em mera formalidade desnecessária, tornando a mediação apenas mais um procedimento do processo judicial e retirando o caráter de voluntariedade da autocomposição. Nas palavras de Adolfo BRAGA NETO²⁸⁶, com isso, o Brasil tenta modificar a cultura da sentença pela cultura da paz de forma coercitiva, impossibilitando as partes de decidirem o melhor caminho a ser trilhado e tirando a autonomia de vontade de administrarem os seus próprios conflitos.

²⁸⁵ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011.

²⁸⁶ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. Revista da Faculdade de Direito UniRitter. Nº 11. 2010. p. 33.

Para Humberto Dalla Bernardina de PINHO²⁸⁷, um dos equívocos do projeto seria o estímulo do uso indiscriminado da mediação, seja prévia ou incidentalmente, em todos os processos, de forma obrigatória. Segundo o autor, isso não colaboraria para o acesso à justiça, sendo imperioso uma triagem e análise prévia do conteúdo da ação no início do processo conflituoso, feita por todos os operadores do Direito, incluindo os advogados e os juízes, para encontrar a melhor forma de concretizar a pacificação social. Um litígio decorrente de emoções alteradas e uma relação continuada entre as partes é mais adequadamente solucionada pela mediação, mas em outros casos, talvez, a jurisdição estatal seja mais apropriada, dependendo dos elementos psicológicos e jurídicos do caso em concreto.

Além disso, a obrigatoriedade da mediação excluiria a sua essência de voluntariedade, a partir do qual as partes percebem, ao final do litígio, que o acordo é benéfico para ambos e que a sustentação do vínculo existente entre elas é mais importante que os conflitos efêmeros. O ideal é que as próprias partes optem pela mediação, e preferencialmente, antes de ingressar com a demanda judicial. E quando ingressarem com a ação processual, elas comuniquem ao juízo que a via consensual foi tentada anteriormente.

Os mediadores devem ter capacidade civil, conduta ilibada e formação técnica ou experiência prática adequada à natureza do conflito. É interessante que o juiz ou o Poder Estatal não interferem em todo o procedimento de mediação, apenas a Ordem dos Advogados do Brasil. A mediação é um ato da sociedade civil, e por isso, devem-se evitar situações em que aja a atuação estatal. O credenciamento dos advogados é feito perante a OAB, cabendo à Ordem, aos Tribunais de Justiça Estaduais, às Defensorias Públicas Estaduais e às instituições especializadas em mediação e registradas nos Tribunais Estaduais as especializações e formações técnicas²⁸⁸, bem como a seleção, dos mediadores, os quais devem ser advogados capacitados com pelo menos três anos de efetivo exercício de atividades jurídicas.

²⁸⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011.

²⁸⁸ Mesmo a lei dispendo que os atuais conciliadores dos Juizados Especiais não necessitam fazer os novos cursos, na visão de Régis Fernandes de OLIVEIRA, isso é um equívoco, uma vez que com o Projeto de Lei, as causas que passarão pela mediação serão mais complexas e exigirão maiores conhecimentos. (OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Credenciamento de Mediador e Honorários. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. Série de Cadernos do CEJ. Vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003. p. 42).

Na visão de Adolfo BRAGA NETO²⁸⁹, essa exigência retira o caráter importante da interdisciplinaridade da mediação, impedindo uma visão distinta do problema, que não seja a dos operadores de direito. Defende também Humberto Dalla Bernardina de PINHO²⁹⁰ que o mediador não necessariamente precisa ser um advogado, na verdade, o ideal seria que nem fosse advogado, mas fosse auxiliado por um co-mediador advogado. A função do mediador não é julgar, mas auxiliar as partes para que elas compreendam a situação e cheguem a um acordo, e por isso mesmo, não precisa ser um advogado ou sequer um bacharel em Direito.

Nos conflitos de Direito de Família e os que versarem sobre o estado da pessoa, junto com o mediador habilitado na Ordem dos Advogados, estará presente co-mediadores²⁹¹, preferencialmente psicológicos, psiquiatras e assistentes sociais, que auxiliarão, devido a delicadeza e complexidade das situações. Nos demais casos, a co-mediação é facultativa.

O Tribunal de Justiça manterá um cadastro atualizado, com o registro de todos os mediadores habilitados de acordo com a área profissional. Há uma limitação territorial prevista no projeto, segundo a qual o advogado só poderá atuar na sua comarca ou circunscrição. Não há previsão legal sobre a forma de escolha do mediador, se por sorteio, ordem de indicação ou escolha do presidente da Ordem. De acordo com o projeto, os mediadores, no exercício de sua função, são auxiliares da justiça, equiparados a funcionários públicos, e por isso estão sujeitos aos mesmos impedimentos dos juízes.

A OAB possuirá a competência para fazer o controle de comportamento dos mediadores, que conterão cada qual um dossiê de qualificação, com os dados dos casos em que atuou, os casos em que houve mediação e os que não foi possível mediar, a matéria de cada caso, entre outros. A fiscalização da atuação cabe à Ordem e ao juiz. O local da mediação será designado pela Ordem, sendo um local informal, preferencialmente evitando o deslocamento dos interessados até o local

²⁸⁹ BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. Revista da Faculdade de Direito UniRitter. Nº 11. 2010. p. 30.

²⁹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011.

²⁹¹ Uma pessoa técnica e especialista no campo ou no ramo do conflito em concreto.

onde se encontre o advogado. Quanto aos honorários dos mediadores, o projeto dispõe que a todo o trabalho corresponde um pagamento.²⁹²

Se houver uma infração por parte do mediador, será instaurado um processo administrativo, que poderá acarretar em uma sanção, variando de advertência a exclusão. Uma infração ética ou penal pode ter consequências civis. Se a infração for ética, cabe à Ordem impor uma sanção. Se for uma infração de âmbito penal, a Ordem irá coletar as informações e encaminhá-las para a Polícia ou para o Ministério Público. Será sancionado pela Ordem aquele que agir por dolo ou culpa na mediação sob sua responsabilidade, violar os princípios da confidencialidade e neutralidade, aquele que atuar em procedimento de mediação mesmo estando impedido, ou ainda o que não comunicar a sua impossibilidade temporária de mediar. O advogado que realizar uma mediação não poderá representar qualquer uma das partes envolvidas pelo prazo de um ano após o término da autocomposição.

4.5.3.3 O Sistema Multiportas, o Projeto de Lei do Senado nº 405/2013 e a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público

Um importante progresso do Substitutivo é a implementação do Sistema Multiportas, já muito utilizado nos Estados Unidos, na Argentina e na Europa, com bons resultados. É previsto no artigo 43, parágrafos 3º e 4º, antevendo a utilização da Arbitragem e da Avaliação Neutra nos casos em que o mediador não conseguir solucionar a questão. É um sistema inovador, que possibilita uma integração dos métodos de solução de litígios em um único local, unindo tanto os modos judiciais quanto extrajudiciais.²⁹³

²⁹² Sendo assim, de acordo com o artigo 19, os honorários dependem do valor da causa: Causas de até 40 salários-mínimos, meio salário-mínimo de honorários; causas acima de 40 e até 100 salários-mínimos, um salário-mínimo; causas acima de 100 até 200 salários-mínimos, dois salários-mínimos; causas acima de 200 até 500 salários-mínimos, 4 salários-mínimos; causas acima de 500 até 1.500 salários-mínimos, 6 salários mínimos; e causas de valor superior a 1.500 salários mínimos, 6 salários-mínimos acrescidos de 1 a cada 100 salários-mínimos até o valor máximo de 20 salários-mínimos.

²⁹³ SIFUENTES, Mônica. **Tribunal Multiportas**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 11, nº 927. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/8047>.

Merece destaque o recente Projeto de Lei do Senado sob o nº 405 de 2013²⁹⁴, que dispõe sobre a mediação extrajudicial, complementando as regulamentações do PLC nº 94/2002, o qual trata mais especificamente sobre a mediação judicial. O Projeto nº 405 não engloba a solução acordada entre as partes frente a um juiz em um processo judicial ou a um árbitro em um processo arbitral, mas tão somente as mediações extrajudiciais, realizadas por um mediador escolhido pelas próprias partes e iniciadas através do firmamento de um termo inicial.

No caso dessa mediação extrajudicial, o procedimento é estipulado pelos próprios envolvidos, respeitadas a autonomia de vontade e a igualdade entre as partes, havendo maior liberdade em relação ao procedimento judicial, inclusive com a possibilidade de realização da mediação via internet ou outra forma de comunicação não presencial. A mediação extrajudicial sempre ocorrerá envolvendo direitos que admitam composição, mas um acordo envolvendo direitos indisponíveis é possível, desde que com a oitiva e homologação judicial posterior do Ministério Público. O Projeto nº 405 de 2013 prevê também a possibilidade de mediação em conflitos cuja uma das partes ou ambas sejam órgãos da Administração Pública direta ou indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. É permitida de igual forma a mediação coletiva, em litígios relacionados à prestação de serviços públicos.

Mais uma novidade no ano de 2013 é a Proposta de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, instituindo a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no Âmbito do Ministério Público²⁹⁵, tendo como finalidade garantir a ascensão da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que abrangem o Ministério Público, partindo-se do pressuposto de que o mesmo também possui como dever praticar e adotar métodos de autocomposição, como a negociação, a mediação e a conciliação, além de orientar a população sobre essas novas formas de solucionar os litígios.

Entre os “considerandos” da proposta de Resolução está a consideração de que o acesso à Justiça diz respeito ao acesso ao Judiciário mas também o acesso a outros meios autocompositivos de solução de controvérsias e o acesso ao Ministério

²⁹⁴ SENADO FEDERAL. **PLS Projeto de Lei do Senado nº 405 de 2013**. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114637.

²⁹⁵ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Proposta de Resolução 02/06/2014 nº1**. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/component/content/article/163-normas/proposicoes-apresentadas/5826-proposta-de-resolucao-02-06-2014-n-1>.

Público como garantia fundamental de proteção e concretização de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais. O escopo dessa Política Nacional é justamente melhorar a qualidade dos serviços, difundir a cultura da pacificação, amortizar a litigiosidade, promover o contentamento e o empoderamento social e instigar a Justiça Consensual. Dessa forma, a negociação é recomendada quando o Ministério Público possa atuar na defesa de interesses e direitos da sociedade, enquanto representante legitimado coletivo universal²⁹⁶. A mediação é recomendada em conflitos que exigem a direta e voluntária ação de ambas as partes, principalmente na esfera comunitária e escolar, e também como prevenção do litígio. Finalmente, a conciliação é recomendada quando o Ministério Público atua como órgão interveniente.

De acordo com a Proposta de Resolução, existem na área penal espaços para a negociação, principalmente na Lei nº 9.099/1995, que institui os Juizados Especiais Criminais, a Lei nº 9.605/1998, que permite a composição do dano pelo infrator a fim de se obter benefícios legais, no âmbito das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e as Leis nº 8.137/1990 e nº 8.072/1990, dispendo sobre a delação premiada. Nesse campo, é prevista a possibilidade de uma prática restaurativa, recomendada quando for viável a busca da reparação dos efeitos da infração e a reintegração social do infrator, através do diálogo e entendimento entre o autor e a vítima.

Um extenso caminho já foi percorrido, com várias modificações e sugestões aos projetos de lei, todavia, nenhum dos projetos foi ainda aprovado e a tendência é que ainda demore. A sua aprovação é imperiosa para a sociedade, pois pode-se dizer que realmente é uma inovação que veio para facilitar o acesso do cidadão brasileiro à Justiça, contudo, o objetivo dos projetos é claramente o desafogamento do Poder Judiciário, deixando de lado o que deveria ser seu principal fim: a pacificação social pelo diálogo e cooperação, permitindo um acordo de forma natural. Mesmo assim, a existência desses projetos é importante por difundir na sociedade essa forma de solução de litígios mais eficaz e mais inteligente do que a adjudicação da Jurisdição Estatal com a qual todos estão acostumados.

Dando uma investida socioeducacional e favorecendo uma transformação cultural, os projetos de lei vão permitir um novo tratamento dos conflitos

²⁹⁶ Também em controvérsias envolvendo a formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados ou entre membros do Ministério Público.

intersubjetivos, em uma sociedade que, em sua História, entende a sentença judicial heterocompositiva como a única solução na decisão de um litígio. Através dessas inovações legislativas, uma outra forma de solucionar as controvérsias é apregoada.

4.6 PROJETOS E PROGRAMAS DESENVOLVIDOS EM ÂMBITO FEDERAL E NO PARANÁ

O Conselho Nacional de Justiça, colocando em prática a Resolução nº 125, tem criado diversas campanhas em parceria com os tribunais participantes do Movimento pela Conciliação, com a finalidade de difundir, em nível nacional, a cultura da paz e do diálogo e desestimular condutas que tendem a gerar conflitos. Segundo o CNJ, a conciliação visa a consumação do acordo, atalhando o seguimento do conflito, podendo ser usada em casos como de pensão alimentícia, divórcio, desapropriação, inventário, partilha, guarda de menores, acidentes de trânsito, dívidas em bancos e financeiras e problemas de condomínio e vários outros tipos de litígios, com exceção aos casos de crimes contra a vida e aqueles dispostos da Lei Maria da Penha.²⁹⁷

Todo ano, o Conselho Nacional de Justiça organiza a Semana Nacional da Conciliação, durante a qual as partes envolvidas em um conflito possuem a oportunidade de negociar e decidir por um acordo justo e bom para todos. A própria Campanha pela Conciliação, que este ano ocorre entre 22 de setembro e 23 de novembro, busca disseminar a ideia de que o Poder Judiciário possui formas de acesso mais simples para se reivindicar os direitos em menos tempo e com menor gasto, como os métodos consensuais, tendo como meta também a diminuição do número de processos na Justiça. Essa campanha de mobilização nacional conta com a participação de todos os Tribunais brasileiros, que escolhem os processos que possuem possibilidade de acordo e intimam as partes para tentarem solucionar

²⁹⁷ Página na Internet do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

o seu conflito por meio autocompositivo. A própria parte pode procurar o tribunal com antecedência e pedir a inclusão do seu processo na Semana de Conciliação.²⁹⁸

Essas medidas, assim como a criação dos Núcleos de Conciliação nos Estados fazem parte da Política Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses, e os resultados dos projetos e programas têm sido muito satisfatórios²⁹⁹. Outro projeto importante e incentivador dos meios autocompositivos é o Prêmio Conciliar é Legal, também lançado pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2010, objetivando premiar e estimular a modernização do Poder Judiciário, homenageando os magistrados e servidores, as práticas jurídicas nas Faculdades de Direitos e na sociedade civil, que contribuíram, de alguma forma, para a pacificação social.³⁰⁰

No âmbito do Tribunal de Justiça do Paraná, a 2ª Vice Presidência³⁰¹ é a responsável pela organização, desenvolvimento e planejamento do Sistema dos Juizados Especiais, bem como pelo apoio e gerenciamento estratégico do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos do Paraná. O Centro Operacional e de Apoio ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Conflitos tem como funções apoiar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, operacionalizar as deliberações do Núcleo, organizar e fomentar as capacitações em mediação de conflitos, organizar eventos de mediação, mutirões e a Semana Nacional de Conciliação, gerir os dados estatísticos e os estudos sobre os procedimentos de seleção e designação de conciliadores e mediadores e sobre as parcerias interinstitucionais.

Um dos projetos da 2ª Vice Presidência do Tribunal de Justiça do Paraná consiste na criação da Central de Estudos e Capacitação em Métodos Consensuais de Solução de Conflitos e de Cidadania, o qual terá como objetivos a promoção de cursos de capacitação e aperfeiçoamento em métodos autocompositivos e

²⁹⁸ Página na Internet do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

²⁹⁹ O Conselho Nacional de Justiça publica em seu site, anualmente, os relatórios estatísticos resultantes das Semanas de Conciliação. No ano de 2013, por exemplo, 56 Tribunais foram envolvidos na Campanha, os quais atenderam 633 mil pessoas, contando com uma média de 6.651 magistrados e 5.050 conciliadores. No ano passado, 51,6% das audiências resultaram em acordos. Dados disponíveis na página da Internet do Conselho Nacional de Justiça em: http://www.cnj.jus.br/images/programas/conciliacao/2013/relatorio_conciliacao_2013.pdf.

³⁰⁰ Página na Internet do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/aceso-a-justica/conciliacao>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

³⁰¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Juizados Especiais**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/juizados-especiais>.

consensuais de solução de conflitos e a criação de um banco de dados contemplando a demanda sócio-jurídica e práticas autocompositivas, processuais e pré-processuais, para diagnóstico e avaliação das necessidades, em parceria com a Escola de Servidores da Justiça Estadual do Paraná e a Escola de Magistratura do Paraná.

Alguns projetos e programas já estão sendo colocados em prática e atuando com eficiência para fomentar a utilização dos meios consensuais de solução de litígios e mudar a cultura de litígios que ainda prevalece no Brasil. Nessa seara, têm-se como exemplos a Operação Litoral, o Programa de Alternativas Penais em Prevenção ao Uso de Drogas, a Justiça ao Torcedor, a Justiça ao Consumidor, a Justiça se Aprende na Escola, a Justiça Restaurativa, a Justiça Comunitária e o Encontro dos Magistrados dos Juizados Especiais do Paraná. Dentre os projetos que ainda não foram implementados, mas que já estão sendo trabalhados pela 2ª Vice Presidência, tem-se o Projeto-Piloto de Tratamento de Situações de Superendividamento do Consumidor e o Juizado Móvel de Trânsito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os doutrinadores e operadores do Direito assustam-se com a prática reiterada dos meios autocompositivos de solução de litígios, e costumam questionar-se como ficaria a jurisdição como função do Estado, os métodos tradicionais e legalistas e a ideia de Estado de Direito. Existe um temor de que essa Justiça Consensual se transforme em “uma justiça paralela desprovida das características e garantias tradicionais do modelo estatal”³⁰². Entretanto, como bem expressa Bernardina de PINHO³⁰³ e diante de todo o exposto, o Brasil precisa é de uma “política de racionalização na prestação jurisdicional”.

O cidadão brasileiro acostumou-se a depender do Poder Judiciário. O Brasil ainda não possui uma cultura do acordo³⁰⁴. Mas afinal, se a essência do litígio não é jurídica ou conexa a alguma norma legal, qual a finalidade de começar uma relação processual, se esta não será a melhor forma de resolver o conflito? O conflito não se resolve verdadeiramente e por completo apenas com a abstrata aplicação da técnica de subsunção. Quando o operador do direito apenas examina os fatos demonstrados e provados, para posteriormente indicar o direito aplicável à espécie em questão, é deixado de lado o principal componente do conflito e de sua solução: o ser humano³⁰⁵. Ademais, a mobilização inútil do Poder Judiciário, nos casos em que a via autocompositiva traria mais resultados, só irá importar em gastos para os cofres públicos e trabalho em excesso para os juízes, promotores e advogados. Em outras palavras,

efetividade não significa ocupar espaços e agir sempre, mas intervir se e quando necessário, como *ultima ratio* e com o intuito de reequilibrar as relações sociais, envolvendo os cidadãos no processo de tomada de decisão e resolução de conflito, equilibrando os Princípios Constitucionais

³⁰² MORAIS, Jose Luis Bolzan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. 2003. p. 83.

³⁰³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011.

³⁰⁴ Idem.

³⁰⁵ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 293.

de Acesso à Justiça e da Duração Razoável do Processo. Isso pode (e deve) ser incentivado pelo próprio Poder Judiciário.³⁰⁶

Para que as vias consensuais ganhem o espaço que merecem entre os métodos de pacificação social é preciso um sistema de incentivo da mediação e da conciliação, resguardando as garantias constitucionais, começando por inserir esses institutos no ordenamento jurídico, incentivo este que já pode ser observado de forma inicial com os Projetos de Lei sobre Mediação, com o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil e com os programas e campanhas estimuladas pelo Conselho Nacional de Justiça.

Pela doutrina de Tarso GENRO,

O acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar o seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do Poder Judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver os seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação, ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados.³⁰⁷

Para que isso se operacionalize, nada melhor do que a transformação do Poder Judiciário, que deixaria de ser um centro solucionador de litígios, para ser um centro de harmonização social, menos judicatório³⁰⁸. Ainda vige na nossa sociedade a ideia da cultura do litígio, de que para solucionar um litígio deve-se primeiro buscar a jurisdição estatal, sem sequer tentar o diálogo ou um meio alternativo para a sua solução. Dessa forma, talvez a melhor maneira é que os cidadãos tenham contato primeiramente com a mediação judicial e incidental, até que ocorra uma maturidade da sociedade como um todo.³⁰⁹

³⁰⁶ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011

³⁰⁷ GENRO, Tarso. Prefácio da Primeira Edição. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 13.

³⁰⁸ AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. 2012. p. 286.

³⁰⁹ WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (orgs). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. p. 684-690.

Além disso, imprescindível também é a mudança da mentalidade dos operadores do Direito. Para isso, é preciso começar com mudanças nas Universidades, conscientizando-as da necessidade de inclusão da Autocomposição nos seus currículos escolares, como disciplinas obrigatórias. É essencial também o apoio junto à Ordem dos Advogados do Brasil e às instituições especializadas para a efetivação de treinamentos específicos dos mediadores, conciliadores, magistrados, advogados e servidores públicos do Poder Judiciário, e o incentivo dos Núcleos de Práticas Jurídicas e Escritórios-Modelos para a disseminação do método junto à comunidade, para que a população seja informada devidamente sobre os métodos autocompositivos de solução de litígios, de modo a evitar falsas expectativas e descrenças.

Cabe também reiterar que a conciliação, a mediação e mesmo a negociação são grandes saídas para a crise de efetividade que o Poder Judiciário enfrenta hoje. O Poder Judiciário deve recuperar a confiança dos seus jurisdicionados, parando de ignorar o dissenso e produzindo o consenso, priorizando as soluções mais satisfatórias e também a segurança jurídica. Segundo Leonardo GREGO³¹⁰,

a justiça mais próxima da sensibilidade humana e dos interesses de cada comunidade é a justiça exercida por leigos, inspirada no ideal de pacificar e rearmonizar os litigantes para que solidariamente prossigam na perseguição dos interesses comuns.

Dessa forma, partindo-se da premissa de que o conflito origina-se pelo diálogo, ou pela sua falta, é no próprio diálogo que deverá buscar-se a sua resolução.³¹¹

É necessária uma política pública de estímulo à generalização e à propagação desses meios alternativos autocompositivos e adequados de solução de conflitos, os quais buscam justamente uma pacificação da sociedade, suprimindo ou esclarecendo um número considerável de litígios, através do maior diálogo entre os litigantes. Tendo em vista a atual deficiência da Justiça e a comprovada eficácia dos recursos autocompositivos, o mundo futuro ideal seria o de um fortalecimento tanto da Justiça Consensual quanto do Poder Judiciário, de modo que ambos os sistemas

³¹⁰ GREGO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. 2005. p. 597.

³¹¹ BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. 2012. p. 195.

coexistam de forma cooperada para facultar à sociedade duas opções diversas mas complementares para a melhor e eficaz solução de seus conflitos.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Tânia. **Século XXI: A Mediação de Conflitos e Outros Métodos Não-Adversariais de Resolução de Controvérsias**. Mediare, dez. 2002. Disponível em: <http://www.mediare.com.br/artigos>. Acesso em: 19 de agosto de 2014.

ÁLVAREZ, Gladys Stella. **La Mediación y El Acceso a Justicia**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni Ed, 2003.

ALVIM, J.E. Carreira. **Ação Monitória: Temas Polêmicos da Reforma Processual**. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

AZEVEDO, André Gomma (org.) **Manual de Mediação Judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PJUD, 2012.

_____. **Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamentos sobre a Autocomposição no Direito Processual**. In: **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. v. 3. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2005.

AZEVEDO, Gustavo Tranco de. **Confidencialidade na Mediação**. In: AZEVEDO, André Gomma de. (Org.). **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**. vol. 2. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.

BACELLAR, Roberto Portugal. **A Mediação no Contexto dos Modelos Consensuais de Resolução de Conflitos**. In: **Revista de Processo** nº 95, São Paulo. Jul-set, 1999.

_____. **Juizados Especiais: A Nova Mediação Paraprocessual**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BADAWI, Karina Bonetti. **Formas Alternativas de Solução de Conflitos em Direito Ambiental**. In: *Revista Interação*, 13. Ed. Ano VIII, v. 1, nº. 1. Disponível em: http://www.portalamericas.edu.br/mk_ago2014/Formas_Alternativas_de_solucão_de_conflitos_em_Direito_Ambiental.pdf. Acesso em: 16 de setembro de 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e Processo**. São Paulo: Malheiros. 3ª ed, 2003.

BEVILAQUA, Clóvis. **Direito das Obrigações**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos. 3ª ed, 1931.

BIANCHI, Roberto. **Mediación Prejudicial y Conciliación**. Buenos Aires: Zavalía, 1ª ed, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariane Bueno Sudatti. Ed. Edipro, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____ **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**.
Revista da Faculdade de Direito UniRitter. Nº 11, 2010.

BRASIL. **Código Civil (2002)**. Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil (1973)**. Lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm.

BRASIL. **Código de Processo Civil (anteprojeto)**. Comissão de Juristas responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Brasília: Senado Federal, Presidência, 2010. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>.

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: edição administrativa do texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal (1824)**. Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador Dom Pedro I em 23 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

BRASIL. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf.

BRASIL. **Lei 7.347 de 24 de julho de 1985**, que disciplina a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm.

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990**, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**, a qual dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 4.827 de 1998** que institucionaliza e disciplina a Mediação como Método de Prevenção e Solução Consensual de Conflitos. P. 28075. Diário da Câmara dos Deputados. Ano LIII, nº 199, quinta-feira, 03 de dezembro de 1998. Brasília – DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=21158>.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_c ompilada16092014.pdf.

BRETT, Jeanne M. URY, Willian L. GOLDBERG, Stephen B. **Getting Disputes Resolved: Designing Systems to Cut the Costs of Conflict**. 1ª ed. Santa Fé: Rubinzal – Culzoni, 1995.

BRUNO, Susana. **Conciliação: Prática Interdisciplinar e Ferramentas para a Satisfação do Jurisdicionado**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. v. 1. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CAETANO, Luiz Antunes. **Arbitragem e Mediação: Rudimentos**. São Paulo: Atlas, 2002.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **PL Projeto de Lei nº 8.046 de 2010**. Projetos de Leis e Outras Proposições. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490267>.

CALAMANDREI, Piero. *Instituzioni di Dirrito Processuale Civile*. I §54, p. 198. Apud. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

CALMON, Petronio. **Fundamentos da Mediação e da Conciliação**. 2. ed. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de Solução de Conflitos no Quadro do Movimento Universal de Acesso à Justiça**. In Revista Forense v. 326. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei nº 9.307/96**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.

CARNELUTTI, Francesco. **INSTITUIÇÕES DO PROCESSO CIVIL**. Vol. I. Tradução de Adrián Sotero De Witt Batista. Campinas : Servanda, 1999.

_____ **Instituições do Processo Civil**. Vol. II. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____ **Sistema di Diritto Processuale Civile**. Padova: Cedam. 1ª ed, 1936.

_____ **Teoria General Del Derecho.** 2a. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.

CASTILLO, Niceto Alcalá Zamora y. **Proceso, Autocomposición y Autodefensa.** México: Universidad Nacional Autónoma de México. 3ª ed, 1991.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil.** Vol. I. São Paulo: Saraiva. 3ª ed, 1969.

CINTRA, Antônio Carlos Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo: RT. 16ª ed, 2000.

CLAND, Andrew Floyer. **Como Utilizar la Mediación para Resolver Conflictos em las Organizaciones.** Barcelona: Paidós, 1993.

COMTE, Auguste. **Curso de Filosofia Positiva.** In: Comte. Tradução José Arthur Giannotti. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

CONRADO, Maria do Carmo Moreira. Mediação de Conflitos, Acesso à Justiça e Defensoria Pública. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem.** Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2012 – ano base: 2011.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/eficiencia-modernizacao-e-transparencia/pj-justica-em-numeros/relatorios>>.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2013: ano base 2012.** Brasília: CNJ, 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Proposta de Resolução 02/06/2014 nº1.** Disponível em: <http://www.cncmp.mp.br/portal/component/content/article/163-normas/proposicoes-apresentadas/5826-proposta-de-resolucao-02-06-2014-n-1>.

COSER, Lewis. **Continuities in the Study of Social Conflict.** New York, 1967.

DAVIS, Edward P. Mediação no Direito Comparado. In: **Mediação: Um Projeto Inovador.** Série de Cadernos do CEJ. Vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DELFINO, Lúcio. **Insatisfações, Lides, Pretensões e Resistências.** Publicado em 13/03/2007. Disponível em: www.mundojuridico.adv.br. Acesso em: 06 de julho de 2014.

DELGADO, José. Constitucionalidade da Mediação. In: **Mediação: Um Projeto Inovador.** Série de Cadernos do CEJ. Vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF. 2013.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: Constructive and Destructive Process**. New Haven: Yale University Press, 1973.

DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma Experiência Profissional. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. Série de Cadernos do CEJ. Vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. São Paulo: Ed. Malheiros. 8ª ed, 2000.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. São Paulo: Editora Malheiros, 2001.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. II. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DURKHEIN, Émile. **Da Divisão do Trabalho Social**. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

ENGELS, Friedrich, MARX, Karl. **Manifesto do Partido Comunista**. Porto Alegre: L&PM, 2002.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e Justiça: A Função Social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

FAVELA, José Ovalle. **Teoria General Del Proceso**. México: Oxford University Press. 5ª ed, 2003.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves; PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

FISHER, Roger. URY, Willian. PATTON, Bruce. **Como Chegar ao Sim: A Negociação de Acordos Sem Concessões**. 2ª ed. rev e ampl. Rio de Janeiro: Imago, 2005.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. 2ª ed rev. ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

GENRO, Tarso. Prefácio da Primeira Edição. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2012.

GREGO, Leonardo. **Estudos de Direito Processual**. Campos dos Goytacazes: Faculdade de Direito de Campos, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A Conciliação Extrajudicial no Quadro Participativo. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. Rio: Forense Universitária, 1990.

_____. Conciliação e Juizados de Pequenas Causas. In: **Novas Tendências do Direito Processual**. São Paulo, 1990.

_____. **Deformalização do Processo e Deformação das Controvérsias.** In: **Novas Tendências do Direito Processual.** Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

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

GUASP, Jaime. **Derecho Procesual Civil.** 3a. ed., Tomo I. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1977.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil.** In: Hobbes. Tradução João Paulo Monteiro; Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HOUWATER, Stephen. **An Introduction to Hegel.** In: Freedom, Truth and History. Oxford: Blackwell, 2005.

KRIESBERG, Louis. **Constructive Conflicts: From Escalation to Resolution.** Oxford: Rowman and Littlefield, Inc, 1998.

LARA, Cipriano Gómez. **Teoria General Del Proceso.** México: Oxford University Press. 9ª ed, 2003.

LITTLEJOHN, Stephen; SCHNITMAN, Dora Fried (Org.). **Novos Paradigmas em Mediação.** Tradução de Jussara Haubert Rodrigues e Marcos A.G. Domingues. Porto Alegre: Artmed, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de Conhecimento.** 3ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **O Projeto do CPC: Críticas e Propostas.** Revista dos Tribunais: São Paulo, 2010.

MARTINS, Dayse Braga. A Mediação no Processo de Democratização do Estado. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem.** Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo.** São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: Evolução e Fragilidades e Atuação do Ministério Público.** In: Revista de Direito Ambiental. Vol. 41. Jan/2006. DTR/2005/25.

MENDONÇA. Manoel Inácio Carvalho de. **Doutrina e Prática das Obrigações.** v. 1. Rio de Janeiro, Revista Forense. 4ª ed, 1956.

MNOOKIN, Robert. H. **Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict**. The Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 8, nº 2, 1993.

MOORE, Christopher. **El Proceso de Mediación: Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Granica. 1ª ed, 1995.

MORAIS, Jose Luis Bolsan de. Crise(s) da Jurisdição e Acesso à Justiça: Uma Questão Recorrente. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Comentários ao Código de Processo Civil**. v. V. Rio de Janeiro: Forense. 8ª ed, 1999.

MOREIRA, Sandra Mara Vale. A Mediação como Instrumento da Inclusão Social. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

NASH, John. Two Person Cooperative Games. In: **Econometrica**. The Econometric Society. v. 21, nº 1. 1953.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Credenciamento de Mediador e Honorários. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. Série Cadernos do CEJ, vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>.

Página na Internet do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/acesso-a-justica/conciliacao>>. Acesso em: 16 de outubro de 2014.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Inovações no Código de Processo Civil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A Mediação e as Perspectivas para o Processo Civil Contemporâneo. In: SOUZA, Alexander Araujo. GOMES, Décio Alonso (Coords.). **Contributos em Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

_____. A mediação no Direito Brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no Projeto do Novo Código de Processo Civil. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas César. **Justiça Restaurativa e Mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí, 2011.

Mediação: A Redescoberta de um Velho Aliado na Solução de Conflitos. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas (Coord). **Acesso à Justiça e Efetividade do Processo**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

Os Princípios e as Garantias Fundamentais no Projeto de Código de Processo Civil: Breves Considerações acerca dos Artigo 1º a 11 do PLS 166/10. Artigo publicado na Revista Eletrônica de Direito Processual, vol. VI, julho-dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.redp.com.br>. Acesso em: 18 de agosto de 2014.

PRUITT, Dean; RUBIN, Jeffrey. **Social Conflict: Escalation, Stalemate and Settlement**. Newbery Award Record, Inc, 1986.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraternal**. Trad. Sandra Vial. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2004.

ROCHA, Amélia Soares da. A Mediação e o Direito do Consumidor. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Transação**. In: Enciclopédia Saraiva do Direito, v. 74. São Paulo: Saraiva, 1982.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é Mediação de Conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Notas sobre a história jurídico social de Pasárgada. In: SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim(Orgs.). **Sociologia e Direito: textos básicos para a disciplina da sociologia jurídica**. São Paulo: Pioneira, 1999.

SANTOS, Flávio Maia Fernandes dos; ANDRADE, Carlos César Borromeu de. Prefácio da obra de GARCEZ, José Maria Rossani. **NEGOCIAÇÃO, ADRS, MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM**. 2ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SENADO FEDERAL. **PLC Projeto de Lei da Câmara nº 94 de 2002**. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=53367.

SENADO FEDERAL. **PLS Projeto de Lei do Senado nº 166 de 2010**. Portal Atividade Legislativa: Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=97249.

SENADO FEDERAL. **PLS Projeto de Lei do Senado nº 405 de 2013**. Portal Atividade Legislativa. Projetos e Matérias Legislativas. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=114637.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen juris, 1999

SIFUENTES, Mônica. **Tribunal Multiportas**. Jus Navigandi, Teresina, Ano 11, nº 927. 20 de fevereiro de 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/8047>>. Acesso em: 14 de outubro 2014.

SIMMEL, Georg. **A Natureza Sociológica do Conflito**. In: Moraes Filho, Evaristo (Org.). *Simmel*. São Paulo: Ática, 1983.

SINKIN, Willian. **Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining**. Washington: Bureau of National Affairs, 1971.

SLAIKEU, Karl. **No Final das Contas: Um Manual Prático para Mediação de Conflitos**. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

SOUZA, Zoraide Amaral de. **Arbitragem – Conciliação – Mediação nos Conflitos Trabalhistas**. São Paulo: LTr, 2004.

TAVARES, Lira Ramos de Oliveira. Violência Doméstica e Mediação. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem**. Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa. FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Juizados Especiais Federais Cíveis e Criminais: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. **Juizados Especiais**. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/juizados-especiais>.

UZQUEDA, Ana; FREDIANI, Paolo. **La Conciliazione: Guida per la Soluzione Negoziale Delle Controversie**. Milano: Giuffrè, 2004.

VENTURI, Elton. Direito à Razoável Duração do Processo. In: Clève, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito Constitucional Brasileiro**. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, v. 1.

VEZZULA, Juan Carlos. “Ser Mediador”: Reflexões. In: **Estudos sobre a Mediação e a Arbitragem** Org. Lilia Maia de Moraes Sales/ Vários Autores. Rio de Janeiro – São Paulo – Fortaleza: ABC Editora, 2003.

_____. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: Instituto de Mediação, 1998.

VIDIGAL, Edson. **Sobre a Reforma do Judiciário**. Palestra na Associação dos Juízes Federais de São Paulo e Mato Grosso do Sul, no Fórum Pedro Lessa, em São Paulo capital, em 24 de janeiro de 2003. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/ministros/Discursos/0001074. Acesso em: 24 de setembro de 2014.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, v.1, 2001.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: YARCHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de. (orgs). **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

_____ Modalidade de Mediação. In: **Mediação: Um Projeto Inovador**. In: Mediação: Um Projeto Inovador. Série de Cadernos do CEJ. Vol. 22. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJP, 2003.

_____ Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse. In: PELUZO, Min. Antonio César e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.). **Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. Tradução Régis Barbosa; Karen Elisabete Barbosa. 3ª ed. Brasília: Editora UNB, v. 1, 1994.

YARN, Douglas H. **Dictionary of Conflict Resolution**. 1999. São Francisco: Ed. Jossey Bass, 1999.