

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

ALLESANDRA RIBEIRO MELO

DA MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL À MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL:
abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística
moderna.

São Paulo

2017

ALLESANDRA RIBEIRO MELO

DA MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL À MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL:
abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística
moderna.

Dissertação apresentada à Universidade
Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre em Direito
Político e Econômico.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso

São Paulo

2017

M528d Melo, Allesandra Ribeiro.

Da mediação extraprocessual à mediação paraprocessual : abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística moderna / Allesandra Ribeiro Melo. – 2017.

177 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)–
Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

Orientador: Fabiano Dolenc Del Masso.

Referências bibliográficas: f. 168-177.

1. Crise do judiciário. 2. Mediação. 3. Processo civil. I. Título.

CDDir 341.4625

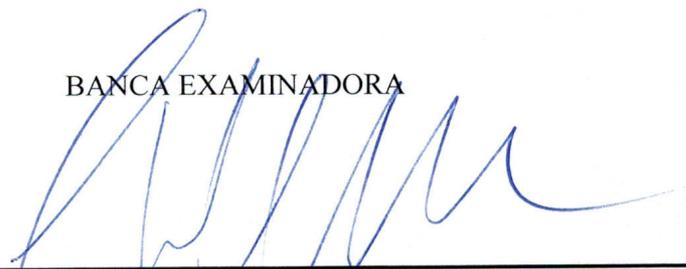
ALLESANDRA RIBEIRO MELO

DA MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL À MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL: abordagem sobre a efetividade da mediação de conflitos brasileira a partir da processualística moderna.

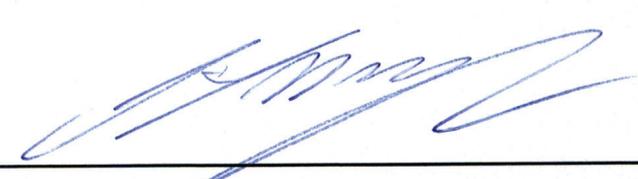
Dissertação apresentada à Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito Político e Econômico.

Aprovada em 12 de setembro de 2017.

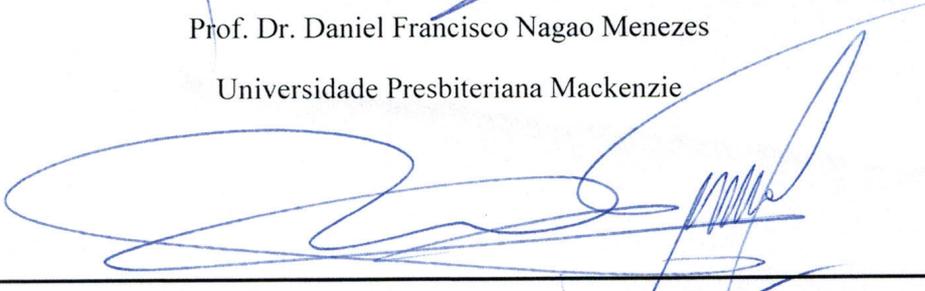
BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Fabiano Dolenc Del Masso
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Daniel Francisco Nagao Menezes
Universidade Presbiteriana Mackenzie



Prof. Dr. Rafael Quaresma Viva
Universidade Presbiteriana Mackenzie

À minha família.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus, pela luz da Vida, pela inspiração, por ter fornecido todas as condições para a elaboração deste trabalho, em especial minha família, maior presente. Em segundo lugar, agradeço à minha incrível família, em especial meus pais, Rogério e Margarete, à Alline, irmã querida, e ao Rodrigo, noivo paciente, e minhas amorosas avós Elza Maria e Olívia. Jamais terei condições de retribuir todo o amor, carinho, paciência, atenção, e todo o cuidado que tiveram comigo.

Agradeço especialmente ao Professor Dr. Fabiano Dolenc Del Masso, pela sua prontidão, atenção, pelas inestimáveis orientações e norteamentos, pela inspiração acadêmica. Muito obrigada, professor, também pelo exemplo.

Minha gratidão em especial ao Prof. Dr. Felipe Chiarello, pelo incentivo e apoio, diante dos desafios acadêmicos, e à Prof^a. Zélia Pierdoná e Prof^a. Clarice Seixas, em nome das quais estendo minha gratidão a todo o Corpo Docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Não tenho palavras para agradecer ao amigo e colega de trabalho Dr. Vítor Hugo Nachtygal, por ter me incentivado a seguir a carreira acadêmica desde sempre, e por acreditar em meu potencial.

À Érica Honório Barboza, Maria Cecília Roters Macchi e Manoela Marli Jaqueira, inestimáveis amigas, inspiradoras, agradeço por toda a força que me deram. Aos meus colegas, e amigos, do Programa de Pós-Graduação em Direito da UPM, muito obrigada por tudo, nesta caminhada que fizemos juntos!

Também agradeço a compreensão e auxílio de muitas pessoas que me auxiliaram, direta ou indiretamente, na elaboração do trabalho: felizmente, são muitas pessoas! Aos quais esta dedicatória não comporta.

“Não é pela maldade que chegaremos à bondade. Acostume-se a tolerar e a desculpar, corrigindo em você mesmo aquilo que lhe desagrada nos outros.” André Luiz.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS

Gráfico 1	Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário	32
Gráfico 2	Série histórica das sentenças e decisões do Poder Judiciário	32
Tabela 1	Quantitativo recursos humanos do Poder Judiciário entre os anos de 2009 e 2015	31
Tabela 2	Quantitativo Custos do Poder Judiciário entre os anos de 2009 e 2015	31
Tabela 3	Percentual de Confiança da População nas Instituições	35
Tabela 4	Diferenças entre Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos e o Sistema Judicial Heterocompositivo	66-67
Tabela 5	Características da Conciliação sem capacitação	86
Tabela 6	Quadro Comparativo entre Conciliação com Capacitação, Mediação de Harvard (Avaliativa), Mediação Transformativa, Mediação Circular Narrativa e Mediação – Justiça Restaurativa	96-97
Tabela 7	Quadro Comparativo entre Mediação Judicial e Conciliação Judicial	124-131
Tabela 8	Incidência das Demandas à Ouvidoria do CNJ, por tema, nos anos de 2014, 2015 e 2016	156-157

LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS

ACAS	<i>Advisory Conciliation and Arbitration Service</i>
ADR	<i>Alternative Dispute Resolution (vide MASC)</i>
CCJ	Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania
CD	Câmara dos Deputados
CDC	Código de Defesa do Consumidor
CF	Constituição Federal
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNV	Comunicação Não Violenta
CONIMA	Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem
CPC	Código de Processo Civil
CEJUSC	Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania
DF	Distrito Federal
EC	Emenda à Constituição
IBOPE	Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
JT	Justiça do Trabalho
MASC	Meios Alternativos de Solução de Conflitos
NCPC	Novo Código de Processo Civil
MP	Ministério Público
NUPEMEC	Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
PL	Projeto de Lei
PLS	Projeto de Lei do Senado
TAC	Termo de Ajustamento de Conduta
TJs	Tribunais de Justiça
TJAC	Tribunal de Justiça do Estado do Acre
TRFs	Tribunais Regionais Federais
TRTs	Tribunais Regionais do Trabalho
SF	Senado Federal
SRJ	Secretaria da Reforma do Judiciário
STJ	Superior Tribunal de Justiça

RESUMO

Em razão da crise do modelo jurisdicional tradicional, baseado na solução adjudicada, incapaz de promover a pacificação social e proporcionar a ordem jurídica justa, obstaculizando o acesso à Justiça no Brasil, e em última análise, a cidadania, o presente estudo pretende analisar a mediação de conflitos civis enquanto procedimento autônomo à jurisdição (mediação extraprocessual) e a mediação de conflitos civis inserida como fase processual (mediação paraprocessual), pelo viés da capacidade de pacificação social de ambos os procedimentos. Para tanto, analisa, compara e diferencia os vários meios alternativos de solução de conflitos, antes e após o Marco Legal da Mediação. A análise permitiu constatar que as mediações paraprocessual e extraprocessual, são mecanismos que devem coexistir no sistema de Justiça brasileiro, todavia a solução para a crise do acesso à Justiça depende de uma mudança na cultura do litígio, seja por parte da sociedade civil, seja entre operadores do Direito. Outra constatação relevante ao estudo é que a nova Mediação, para que contribua na pacificação social do Estado brasileiro, deverá enfrentar desafios, de várias ordens. O primeiro tipo de desafio destacado é a cultura do litígio, residência e mudança e mentalidade dos operadores do Direito. Em segundo lugar, foram destacados os desafios educacionais e os relacionados ao exercício (profissional) da mediação. O terceiro tipo de desafios identificados foram os relacionados à implementação e à efetividade da mediação. Uma vez considerados tais desafios, o referido estudo concedeu destaque à análise da obrigatoriedade da audiência de mediação, e a relação da mediação com a cultura de paz.

Palavras-Chave: Crise do Judiciário; Mediação; Processo Civil.

ABSTRACT

Due to the crisis of the traditional judicial model, based on the adjudicated solution, unable to promote social pacification and provide a fair legal order, obstructing access to justice in Brazil, and ultimately citizenship, this study intends to analyze mediation of civil conflicts as an autonomous procedure to the jurisdiction (extra-procedural mediation) and the mediation of civil conflicts inserted as procedural phase (paraprocessal mediation), due to the bias of the social pacification capacity of both procedures. To do so, it analyzes, compares, and differentiates the various alternative means of conflict resolution before and after the Legal Framework of Mediation. The analysis made it possible to verify that paraprocessal and extra-procedural mediations are mechanisms that should coexist in the Brazilian justice system, but the solution to the crisis of access to justice depends on a change in the culture of litigation, whether by civil society or between operators of Law. Another relevant finding to the study is that the new Mediation, so that it contributes to the social pacification of the Brazilian State, must face challenges, of several orders. The first type of highlighted challenge is the culture of litigation, residence and change and mentality of the operators of the Law. Second, the educational challenges and those related to the (professional) exercise of mediation were highlighted. The third type of challenges identified were those related to the implementation and effectiveness of mediation. Once considered such challenges, this study emphasized the analysis of the obligation of the mediation audience, and the relationship of mediation with the culture of peace.

Keywords: Crisis of the Judiciary; Mediation; Civil Procedure.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	5
LISTA DE ILUSTRAÇÕES E TABELAS	7
LISTA ABREVIATURAS E SIGLAS	8
RESUMO	9
ABSTRACT	10
SUMÁRIO	11
1 INTRODUÇÃO	12
2 ACESSO À JUSTIÇA	19
2.1 HISTÓRICO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL	19
2.2 ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO	23
2.3 PROCESSUALÍSTICA MODERNA E JURISDIÇÃO	48
3 MASC – MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	62
3.1 HISTÓRICO	62
3.2 CONCEITUAÇÃO	65
3.3 MEDIAÇÃO	68
3.4 CONCILIAÇÃO	83
3.5 ARBITRAGEM	87
3.6 OUTROS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO E CONFLITOS	91
3.7 DIFERENCIANDO MEDIAÇÃO DOS DEMAIS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS	93
4 MEDIAÇÃO NA NOVA PROCESSUALÍSTICA CIVIL	99
4.1 MEDIAÇÃO E O NOVO CONCEITO DE JURISDIÇÃO	99
4.2 MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL E MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL	113
4.3 DESAFIOS DA NOVA MEDIAÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL	135
4.3.1 Cultura do Litígio, Resistência e Mudança de Mentalidade	135
4.3.2 Desafios educacionais e relacionados ao exercício da mediação	137
4.3.3 Desafios procedimentais da mediação judicial	146
4.3.4 Desafios da implementação e à efetividade da Mediação	153
4.3.5 Obrigatoriedade da Audiência de Mediação e Cultura de Paz	158
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	164
REFERÊNCIAS	168

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a mediação de conflitos civis enquanto procedimento autônomo à jurisdição (mediação extraprocessual) e a mediação de conflitos civis inserida como fase processual (mediação paraprocessual)¹, pelo viés da capacidade de pacificação social de ambos os procedimentos.

Este assunto aborda temáticas de Direito Processual Civil, além de analisar um dos mecanismos alternativos de solução de conflitos, qual seja, a mediação, e seu fator de pacificação social.

Existem espaços de interdisciplinaridade nesta temática, por não se restringir ao tema de Direito Público, visto que a mediação é utilizável pelos diversos ramos do direito, não restrita ao direito material ou processual, mesmo por ter natureza jurídica, até o presente momento, de procedimento, de modo que a temática não é necessariamente jurídica.

Em segundo plano, a temática envolve disciplinas de Direito Processual Civil, tendo como exemplo a aplicação da lei processual civil, Direito Jurisprudencial e Sumular, a partir das análises a serem realizadas, e de Direito Constitucional, em razão dos direitos fundamentais que envolvem a temática, v.g., acesso à justiça, e temas comuns a todas as áreas do Direito, como a validade da norma jurídica, entre outras.

O presente estudo enquadra-se na linha de pesquisa A Cidadania Modelando o Estado. A mediação (e os mecanismos de solução de conflitos, em geral) são mecanismos que, frente à jurisdição, possuem maior capacidade de promover pacificação social, e mesmo garantir a concretização do acesso à justiça, direito viabilizador de todos os demais direitos num Estado Democrático.

O Estado que, por meio de políticas públicas, fomenta mecanismos alternativos para resolver conflitos, tais como a mediação, viabilizando acesso à justiça, de modo a garantir a implementação dos direitos fundamentais, torna-se concretizador da cidadania. *As inovações legislativas acerca da transição da mediação extraprocessual para paraprocessual têm por*

¹ A respeito da divisão dos tipos de mediação, quais sejam, endoprocessual, paraprocessual e extraprocessual, adotadas neste Pré-Projeto, explica Targa: “Extraprocessual: dividida em não profissional e profissional e espontânea (realizada por opção exclusiva das partes, como, por exemplo, a desenvolvida em consultórios de psicologia para casais em momento de separação) e obrigatória (realizada em virtude de disposição legal, fora do Poder Judiciário, como condição à eventual interposição de uma ação, como é o caso daquela efetivada nas Comissões de Conciliação Prévia). Processual: dividida em endoprocessual e paraprocessual, sendo a primeira aquela já inserida nos diversos procedimentos (Conciliação) e a segunda a que se pretende criar no Direito brasileiro, consistente na Mediação prévia espontânea, que pode ser buscada no Poder Judiciário e na Mediação incidental, obrigatória como procedimento inicial na maior parte das ações que forem apresentadas à Justiça Comum.” TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 136-137.

escopo viabilizar o direito ao acesso à justiça, à celeridade processual, ao devido processo legal com reais garantias ao cidadão, o direito à solidariedade.

Deste modo, a análise avalia a mediação paraprocessual, e sua capacidade de promover os direitos elencados no parágrafo anterior, e constata que esta atuação do Estado brasileiro em prol da Cidadania é efetivamente benéfica, apesar dos desafios à institucionalização, e da existência da cultura do litígio, que não pode ser resolvida com uma inovação legislativa.

Gutierrez e Cunha definem a mediação e conciliação como meios alternativos à jurisdição clássica, que possibilita a inclusão dos cidadãos como protagonistas judiciais, e não mais agentes processuais passivos diante de operadores processuais ativos.² Os conflitos, antes abordados na esfera objetiva, legal, através da mediação, passam a ser trabalhados na esfera subjetiva, e sentimental. A mediação é método integrativo para uma cultura de pacificação, pois neste mecanismo, pessoas creem resolver o conflito com sentimento, naturalmente, realizando a justiça humana, resgatando o diálogo e escuta entre as partes, com respeito e igualdade. É prática, assim, da convivência humana, o que permite a transformação de reações negativas em positivas, pela colaboração das partes.³

A garantia dos direitos, bem como a solução dos problemas jurídicos, são aspectos da cidadania.⁴ Efetivar uma cultura de paz concretiza a cidadania, a partir do diálogo entre partes conflitantes:

[...] A mediação é uma prática de cidadania que restaura laços afetivos entre pessoas e resgata o respeito ente todos da mesma sociedade, que através das conscientizações realizadas na mediação obtêm reflexões de atos e palavras, gerando assim, grandes mudanças em suas vidas.⁵

² GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 115.

³ LANDIM, Francisco Edson de Souza; GONDIM, Lillian Virgínia Carneiro. Mediação comunitária e a justiça humana: um elo efetivo da cultura de paz. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 98-111. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 109-110.

⁴ MACEDO, Maria Fernanda Soares; FABIANI, Fernando; CAPANO, Evandro Fabiani. Acesso à justiça, mediação comunitária e o princípio da solidariedade: busca pela diminuição da violência com medida de exercício à cidadania e à dignidade humana. *Revista Jurídica do CESUCA*, Cachoeirinha, v. 3, n. 6, p. 90-108, dez. 2015, ISSN 2317-9554. Disponível em: <<https://goo.gl/KhCfa8>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 101.

⁵ LANDIM, Francisco Edson de Souza; GONDIM, Lillian Virgínia Carneiro. Mediação comunitária e a justiça humana: um elo efetivo da cultura de paz. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 98-111. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 110.

A mediação se baseia na procura pela ampliação do acesso à justiça, e no *processo de afirmação da cidadania*.⁶

Neste sentido, o tema proposto é inserível na linha de pesquisa “A Cidadania Modelando o Estado,” pois que a mediação extraprocessual, deixando ao Poder Judiciário a regulamentação de conflitos civis em que existe relação preexistente entre as partes, ou onde tais conflitos possam ser resolvidos de forma mais eficaz através da mediação, no mesmo patamar de conflitos civis de outra natureza, sem delineamento especial, trouxe – e traz – obstáculos à concretização da cidadania plena no Brasil, é tema que merece análise e estudo. Mesma atenção merece a análise acerca da possibilidade de a mediação processual ser considerada uma alternativa para estes obstáculos, a fim de concretizar direitos, como o de acesso à justiça, e princípios da República Federativa do Brasil, como a pacificação social.

No Brasil, o direito ao acesso à justiça encontra-se em crise, em razão do aumento de processos judiciais, que tramitam sob a égide de normas processuais que não logram promover soluções céleres, efetivas e de alto custo, tanto pelo Estado quanto pelos cidadãos. Existe, assim, um *déficit* na pacificação social.

Por sua vez, os conflitos civis, em especial os que existe relação preexistente entre as partes, precisam de um delineamento específico, visto que na maioria dos casos, como os conflitos familiares, envolve interesse de menores, cidadãos em processo de formação, que necessitam do amparo da família, do Estado e da sociedade (artigo 227, da Constituição Federal).⁷ A jurisdição, por si só, ao impor decisões, nos limites do procedimento comum ordinário, sem a aplicação de técnicas voltadas ao consenso, pode levar ao afastamento do objetivo de manutenção da relação familiar.

Com efeito, não raros são os processos civis que não logram pacificar o conflito, levando à necessidade de fases de cumprimento de sentença, ou processos execução para efetivar a decisão judicial, e nem sempre estas medidas bastam para que a sentença seja efetivada. Isto leva ao descrédito do Poder Judiciário, o que só agrava a faceta institucional da crise. A mediação, além de mais econômica e célere, também é mais pacificadora, por um raciocínio simples: partes que constroem em conjunto as soluções para conflito, aceitam essa solução.

⁶ BORDONI, Jovina d’Avila; TONET, Luciano. A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares. *RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 3, p. 879-901, 2016. ISSN 2183-539X, Disponível em: <<https://goo.gl/N59oji>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 885-886.

⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Este trabalho, visa, preponderantemente, analisar a mediação de conflitos, antes e após o Marco Legal da Mediação, com ênfase nas transformações pelas quais este instituto passou, e os desafios quanto à sua possibilidade de implementar a pacificação social, bem como sua posição face a crise do sistema de Justiça brasileiro.

Para tanto, se faz necessário sanar alguns questionamentos indispensáveis à compreensão da metodologia aplicada neste estudo. Estes questionamentos são:

a) Por que mediação de conflitos?

A necessidade deste questionamento visa trazer ao leitor a compreensão sobre a motivação pela qual este instituto existe, principalmente no Direito Brasileiro. A resposta para este questionamento possui dois tipos de vertentes:

a.1) Mediação enquanto resposta à crise do acesso à Justiça.

A compreensão desta vertente leva em consideração dois pressupostos: a crise do Judiciário (crise de um Poder Republicano) é espécie de um gênero muito maior, qual seja, a crise do acesso à Justiça (crise de um Direito Fundamental); o segundo é que, para enfrentamento desta crise, indispensável compreender que a Jurisdição não pode mais ser abordada como monopólio estatal. Ambos os pressupostos, juntos, trazem à lume a compreensão de que não existe apenas uma forma de enfrentamento desta crise, razão pela qual este estudo, no Primeiro e Segundo Capítulos, explica a dinâmica do acesso à Justiça, as *ondas* do acesso à Justiça de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, bem como o histórico dos Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos (MASCs), exemplificado os principais (mediação, conciliação e arbitragem), bem como diferenciando-os.

a.2) Mediação enquanto Mecanismo Alternativo de Solução de Conflitos com maior potencialidade de superar a cultura do conflito.

Ao diferenciar os principais meios alternativos de solução de conflitos, é possível extrair da mediação seus diferenciais: maior expressão do princípio da autonomia da vontade das partes, maior fator de pacificação social, maior possibilidade de flexibilização procedimental.

Tais diferenciais justificam o motivo pelo qual a mediação tem a maior possibilidade de superação da cultura do conflito, intimamente relacionada à crise do acesso à Justiça.

A justificativa para tais vertentes é extraída do pensamento de Rodolfo de Camargo Mancuso, ao elencar temáticas correlacionadas cuja abordagem é indispensável ao exame da resolução de conflitos no Brasil:

Um trabalho que se propõe a examinar criticamente a resolução dos conflitos na atual realidade brasileira (*analisar o existente e apontar saídas*), não poderia passar ao largo

desta vasta temática: (i) o sentido contemporâneo de *jurisdição*; (ii) a acepção hodierna de *acesso à Justiça*, aderente à realidade judiciária brasileira; (iii) o atual e contextualizado significado do inciso XXXV do artigo 5º da CF; (iv) as funções institucionais do STF e do STJ (*nomofilática, dikelógica, paradigmática*), interessando saber qual dentre elas hoje sobreleva para o eficiente manejo da crise numérica de processos e para o tratamento isonômico aos jurisdicionados; (v) o papel reservado aos chamados *meios alternativos* (ou complementares, ou equivalentes jurisdicionais), qual sua eficácia para a justa e tempestiva prevenção/resolução dos conflitos, e como podem contribuir para a redução do volume de processos judiciais; (vi) qual é, atualmente, o *critério legitimante* da justiça estatal: a *auctoritas*, centrada no propalado (e anacrônico) *monopólio*, ou a capacidade de compor os conflitos de modo justo, convincente, tempestivo e duradouro?

O sentido *contemporâneo* de jurisdição já se desligou da acepção meramente semântica de “declarar o direito,” seja porque tal função não é mais exclusiva dos órgãos jurisdicionais, mas consente o concurso de outros agentes, órgãos e instâncias (a chamada *jurisdição compartilhada*), seja porque o simples *dizer o direito* é muito pouco para que se tenha por atendido o *poder-dever de composição justa, efetiva, tempestiva e duradoura* do conflito, a que faz jus aquele cuja situação é tutelada pela ordem normativa ou ao menos é com ela compatível.⁸

Deste modo, uma vez discriminadas as vertentes que compõem o primeiro questionamento, passa-se ao segundo.

b) Qual a natureza da mediação de conflitos após o Marco Legal?

Para a compreensão do Capítulo Terceiro deste estudo, se faz necessário compreender que a mediação, tal como delineada nos Capítulos Primeiro e Segundo, é derivada de um *conceito clássico de mediação*, popularmente compreendido como ‘procedimento’, e que não pode ser interpretado à luz das Leis nº 13.105 de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil) e 13.140 de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação).⁹

A implementação da mediação endoprocessual no sistema de Justiça, após sua inserção no direito brasileiro está sendo debatida, principalmente em razão de suas implicações para a administração de litígios no Brasil. O Estado brasileiro enfrenta crise no acesso à justiça, e para combater essa crise, já realizou reformas processuais, como a Emenda Constitucional nº 45/2004 e a Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, dentre outras. Ainda assim, morosidade, alto custo e baixos índices de efetividade permeiam as lides processuais brasileiras.

Portanto, com o advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, se faz necessário uma releitura da mediação.

⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 33-34.

⁹ Neste sentido, ver: BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017; BRASIL. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2016. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997 [Lei de Mediação]. Disponível em: <goo.gl/UQ5kMd>. Acesso em 20 jul. 2017.

Numa tentativa de resolver essa crise, houveram inovações, já mencionadas, e inclusive previsões da utilização da mediação de conflitos inserida dentro do processo civil, para diversas lides, inclusive familiares. Este estudo volta-se para comparar vantagens da mediação, ora procedimento, com a mediação paraprocessual, no que concerne à conflitos civis.

Foram encontrados resultados, onde constatou-se que a mediação, nos moldes de seu Marco Legal, pode e deve coexistir com o Poder Judiciário. Todavia, seu fator de pacificação social depende da superação de diversos desafios, principalmente relacionados à cultura do litígio.

A presente investigação se embasa na metodologia de raciocínio em regra dedutiva, de forma a analisar a mediação familiar paraprocessual e extraprocessual no Brasil a fim de identificar o caráter de mecanismo de pacificação social em cada qual destas.

Para tanto, foi empregada a técnica de levantamento de dados legislativos, doutrinários, bem como fichamento de todas essas informações, empregando-se o método dedutivo. Foram utilizados base de dados do Conselho Nacional de Justiça, IPEA e IBOPE, e empregado o método comparativo para confrontar os tipos de mediação, e as diferenças entre a mediação e os outros mecanismos de solução de conflitos, antes e após o Marco Legal da Mediação, sob a ótica da pacificação social, inclusive com apresentação de tabelas e gráficos.

A mediação possui como escopo efetivar os direitos fundamentais dos envolvidos no conflito, permitindo o exercício da cidadania. A pacificação dos conflitos sobre os quais se aplica é uma das consequências dessa efetivação de direitos.

A finalidade de pacificação social da mediação fica demonstrada pelos ensinamentos de Luis Alberto Warat:

A mediação é uma forma ecológica de resolução dos conflitos sociais e jurídicos; uma forma na qual o intuito de satisfação do desejo substitui a aplicação coercitiva e terceirizada de uma sanção legal. [...] Quando falo da mediação como uma proposta vinculada à ecologia política, estou tentando fazer referência a uma possibilidade e transformação dos conflitos que apontem, mas que à questão, a uma melhor qualidade de vida das partes envolvidas no conflito. [...] Suas incidências [da mediação] são ecologicamente exitosas como estratégia educativa, como realização política da cidadania, dos direitos humanos e da democracia [...]. **[Inserção Nossa]**.¹⁰

Neste sentido, pacificar é o objetivo precípua da mediação.

O Novo Código de Processo Civil regulamenta a mediação brasileira, entretanto com caráter paraprocessual, de modo a viabilizar acesso à justiça.¹¹ Seu objetivo está esclarecido,

¹⁰ WARAT, Luis Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação*. Tradução Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998, p. 5-7.

¹¹ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

entretanto, sua aplicabilidade é incerta. Essa incerteza é explicada pelas lições de Miguel Reale: “[...] basta a validade técnico-jurídica para que a norma jurídica cumpra sua finalidade?”¹² E prossegue o autor:

O Direito autêntico não é apenas declarado, mas reconhecido, é vivido pela sociedade, como algo que se incorpora e se integra na sua maneira de conduzir-se. A regra de direito deve, por conseguinte, ser formalmente válida e socialmente eficaz.¹³

Deste modo, a análise sobre a transformação da mediação, de extraprocessual para paraprocessual, pelo viés dos conflitos civis envolve questões de aplicabilidade das normas jurídicas, mas também sobre o futuro do acesso à justiça e da mediação no Brasil.

¹² REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 112.

¹³ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 113.

2 ACESSO À JUSTIÇA

2.1 HISTÓRICO DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

O presente estudo se dedica a avaliar a efetividade da mediação judicial e extrajudicial em conflitos civis no Brasil, a partir da nova processualística civil.

De modo a permitir uma compreensão adequada acerca dos diversos temas que este estudo se dedica, é preciso esclarecer que a mediação é um mecanismo autocompositivo de solução de conflitos. A solução de conflitos, seja autocompositiva (em que as partes formulam a solução para o conflito, com ou sem ajuda de terceiros), seja heterocompositiva (em que a solução do conflito cabe à um terceiro), é uma forma de garantir *Justiça*, palavra polissêmica, mas ora empregada como o equilíbrio “perfeito que estabelecem a moral e a razão entre o direito e o dever.”¹⁴

Se a Justiça fosse um local, para chegar a ela seria preciso uma direção, um caminho, um acesso. Mas, enquanto ideário, não possui endereço, ainda assim para obtê-la, o acesso é necessário, independentemente do modo pelo qual ela se manifesta.

O acesso à Justiça possuiu diversas acepções ao longo da História. Foi através da transformação das sociedades e de seus sistemas jurídicos, que o conceito de acesso à Justiça foi sofrendo modificações.

Modernamente, o acesso à Justiça serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico, a primeira destas finalidades é que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, e a segunda, que deve produzir resultados individual e socialmente justos. A justiça social pretendida pelas sociedades modernas pressupõe acesso **efetivo** à justiça.¹⁵

A partir da compreensão acima apresentada, observa-se que, hodiernamente, o acesso à Justiça pretende ser universal, igualitário, destacando que um sistema jurídico não é um fim em si mesmo, pois pressupõe uma finalidade individual e social de justiça.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, em sua obra '*Acesso à Justiça*', explicam que o “enfoque sobre o acesso – o modo pelo qual os direitos se tornam efetivos – também caracteriza crescentemente o estudo do moderno processo civil.”¹⁶ Deste modo, pressupõe-se, para

¹⁴ GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011, ISBN 978-85-339-1749-1, p. 409.

¹⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 8.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 12.

compreender a processualística moderna, e a acepção atual de acesso à Justiça, em todos os seus efeitos, inclusive quanto aos mecanismos alternativos de solução de conflitos.

Se faz necessário, outrossim, compreender as modificações históricas pelos quais os sistemas jurídicos passaram, em especial no caso do Brasil, tanto pela necessidade de resgate do estudo de alguns institutos, quanto pela importância de avaliar a possibilidade de evolução da cidadania plena no contexto nacional, em ambos os casos, contribuindo para a compreensão do fator *efetividade* da mediação judicial e extrajudicial ora estudada.

Angelo Pêpe Agulha tenta isolar o objetivo comum do legislador na História, identificando-o como ‘aplicação da lei sem benefícios unilaterais’:

Desde os tempos das regras rudimentares estabelecidas pelo código de Hamurabi refletidas no artigo que preconizava o “olho por olho, dente por dente,” até as mais sofisticadas leis atuais que regem as relações dos indivíduos e grupos na internet, o que não há como negar e que nunca se alterou, é o espírito de justiça e sua busca como objetivo maior na aplicação da lei sem benefícios unilaterais, que prejudiquem uns em favor de outros.¹⁷

Portanto, a pretensão da Justiça, desde Hamurábi, é ser igualitária.

Nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à justiça era reconhecidamente um direito natural, todavia era convencionado que tais direitos não necessitavam de proteção estatal para serem protegidos, sendo que o Estado se limitava a não impedir seu exercício. Na época, vigorava a filosofia individualista dos direitos, de modo que o direito de acesso à proteção judicial, em razão da filosofia individualista dos direitos na época, era o direito *formal* do indivíduo de propor ou contestar uma ação.¹⁸ Portanto, ao Estado não competia garantir justiça aos que não poderiam custeá-la:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. [...] ¹⁹

O novo enfoque do acesso à Justiça somente ocorreu a partir do crescimento das sociedades do *laissez-faire*, em que as ações e relacionamentos passaram a ser mais coletivas que individuais, e via de consequência, as sociedades modernas abandonaram a visão

¹⁷ AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 82.

¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 9.

individualista, e passaram a reconhecer direitos e deveres sociais, de modo que passou a competir ao Estado que atuasse positivamente para que os direitos sociais (trabalho, saúde, segurança material, educação) fossem efetivos (acessíveis à todos). À medida em que o *welfare state* foi garantindo novos direitos aos cidadãos, o acesso à Justiça passou a ganhar mais atenção, pois que se não existem meios para reivindicar os direitos, não existe sentido em ser titular destes: o acesso à justiça passa a ser o ‘mais básico dos direitos humanos’, por ser o meio pelo qual todos os outros se garantem.²⁰

No que concerne ao histórico de efetivação dos direitos, no Brasil Colônia, diferentemente de outros países, houve uma maior ênfase nos direitos sociais, em relação aos políticos e civis; inclusive, aqui direitos sociais precederam os demais. Outro aspecto foi a exclusão de direitos: até o fim do período colonial, o povo brasileiro era excluído dos direitos civis e políticos.²¹

Houve continuidade nas limitações dos direitos civis na transição para o Império (Independência, 1822), e avanços nos direitos políticos, todavia com ressalvas: 85% da população eram analfabetos, entre estes muitos dos proprietários rurais, com mais de 90% do povo vivendo em áreas rurais, controlados ou influenciados pelos grandes proprietários, ao passo que muitos votantes nas cidades eram funcionários públicos sob controle do governo.²²

O Poder Judiciário não tinha qualquer expressão política neste período, sequer era um poder, que dirimia controvérsias privadas, alheias à política nacional.²³

Observa-se que sequer havia a garantia a todos os cidadãos dos direitos sociais, civis e políticos. Como falar, então, em efetividade de direitos que serem estavam direcionados à população? Aí reside a compreensão da falta de acesso à justiça na época, e a dimensão dos entraves ao exercício da cidadania.

Apenas com a guerra contra o Paraguai houve uma criação de identidade nacional Brasileira²⁴, o que foi um avanço na cidadania.

²⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 10-12.

²¹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 11-25.

²² CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 32.

²³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 46-47.

²⁴ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 37-38.

Murilo de Carvalho esclarece: “A herança colonial pesou mais na área dos direitos civis. [...]”²⁵. Durante o coronelismo (entre final do século XIX e início do século XX), houve um obstáculo de direitos políticos (de participação política), porque negados os direitos civis: valia a lei do coronel, e a justiça era posta a serviço do poder privado, pois que controlada por agentes privados: “[...] Não havia justiça, não havia poder verdadeiramente público, não havia cidadãos civis. [...]”²⁶

Com a proclamação da República, o Judiciário, por inspiração no modelo norte-americano, tornou-se poder político, baseado na jurisdição constitucional e no monopólio da função jurisdicional. Em 1891, com a criação do Supremo Tribunal Federal, e sua função de guardião dos direitos individuais face o Executivo e o Legislativo por atos inconstitucionais (tal como a Suprema Corte Americana), o Judiciário passou a ter fundamental importância no país, pois passou a ter poderes para conter os demais Poderes, pela declaração da inconstitucionalidade das leis.²⁷

O movimento operário (ápice do movimento foi a greve geral de 1917, precedida de uma redução do movimento nos anos 20, com seu ressurgimento na década seguinte) logrou avanços para os direitos civis e, trabalhistas.²⁸ Sobre as décadas seguintes:

Os movimentos sociais independentes avançaram lentamente a partir de 1945. O acesso da população ao sistema judiciário progrediu pouco.

[...]

Se o avanço dos direitos políticos após o movimento de 1930 foi limitado e sujeito a sérios recuos, o mesmo não se deu com os direitos sociais. Desde o primeiro momento, a liderança que chegou ao poder em 1930 dedicou grande atenção ao problema trabalhista e social. Vasta legislação foi promulgada, culminando na Consolidação das Leis do Trabalho CLT), de 1943. A CLT, introduzida em pleno Estado Novo, teve longa duração: resistiu a democratização de 1945 e ainda permanece até hoje em vigor com poucas modificações de fundo. O período de 1930 a 1945 foi o grande momento da legislação social. Mas foi uma legislação introduzida em ambiente de baixa ou nula participação política e de precária vigência dos direitos civis. Este pecado de origem e a maneira como foram distribuídos os benefícios sociais tornaram duvidosa sua definição como conquista democrática e comprometeram em parte sua contribuição para o desenvolvimento de uma cidadania ativa.²⁹

A partir da segunda metade do século XX, se alojou e intensificou o fenômeno da massificação da sociedade, fechada num mundo permeado pela globalização e competitividade,

²⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 45.

²⁶ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 56-57.

²⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 46-47.

²⁸ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 59-60.

²⁹ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, 110.

o que influenciou nas crises de Justiça, de modo que passou a competir ao processo civil tecer normas de modo a responder adequadamente aos megaconflitos, que passaram a chegar ao Poder Judiciário.³⁰

Depreende-se do entendimento acima, que a complexidade, cada vez maior, da sociedade, influenciada pela globalização, aumentou a crise do sistema de justiça, e o processo civil vem tentando atender à demanda excessiva. O conflito está relacionado à comunicação humana, ou a falta de comunicação (se observarmos o termo ‘comunicação’ no sentido de *enxergar o outro verdadeiramente*). Com o aumento da velocidade e quantidade de comunicações, característica da sociedade globalizada, naturalmente os conflitos tendem a aumentar, se ausente uma cultura de paz.

A assunção da regulação de conflitos pelo Estado foi crescendo, historicamente, junto ao fortalecimento das bases do Estado de Direito, e paralelamente firmam-se direitos fundamentais, e principalmente os da segunda geração (liberdades positivas), a sociedade acumula créditos com o Estado (educação, saúde, segurança, qualidade de vida), ao passo que este visa provê-los, arrecadando de tributos e gerindo o interesse geral.³¹ Assim, houve uma tendência histórica de agravamento desta situação, através da crescente assunção, pelo Estado, dos direitos fundamentais, também historicamente ampliados.

Com efeito, a crescente previsão legislativa de direitos não significa, necessariamente, acesso à Justiça, existindo obstáculos ao acesso, de variadas ordens, o que não é exclusividade do Brasil. O próximo tópico destina-se à compreensão dos obstáculos do sistema de Justiça do Brasil nas últimas décadas, e as formas de enfrentamento a estes obstáculos.

2.2 ONDAS DE ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE DO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

Mauro Cappelletti e Bryant Garth, com a finalidade de demonstrar o que significa um acesso efetivo à justiça, explicam quais obstáculos ao acesso à Justiça podem e devem ser atacados. Estes obstáculos são:³²

³⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 75-76.

³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 55-56.

³² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15.

a) custas judiciais: nos processos em geral já são um obstáculo, o que já pode ser agravado nas pequenas causas, pois para o autor de uma pequena causa, a demanda judicial é anti-econômica,³³ como explica: “[...] Se o litígio tiver de ser decidido por processos judiciais formais, os custos podem exceder o montante da controvérsia, ou, se isso não acontecer, podem consumir o conteúdo do pedido a ponto de tornar a demanda uma futilidade [...]”.³⁴

O fator tempo pode ampliar as custas judiciais.³⁵

b) possibilidades das partes: 1. Pessoas/organizações com mais recursos financeiros tem vantagens nos processos; 2. Aptidão para reconhecer um Direito e propor uma Ação ou sua defesa. A maior parte das pessoas não consegue superar algumas barreiras, quais sejam: reconhecer a existência de um direito juridicamente exigível; pessoas tem limitados conceitos sobre a maneira de ajuizar uma demanda; a falta de conhecimento leva à barreira da disposição psicológica das pessoas para recorrer ao processo, seja por desconfiança dos advogados, seja porque os procedimentos são complicados, com formalismo, além do ambiente intimidante dos tribunais; pessoas que buscam um advogado para ações tradicionais (ex.: um divórcio), dificilmente buscam processar uma empresa que esteja poluindo a atmosfera. 3. Existem litigantes eventuais, e litigantes habituais, tendo estes últimos vantagens³⁶ sobre os primeiros.³⁷

c) problemas especiais dos interesses difusos: cujo problema básico é que, ou ninguém tem direito a corrigir a lesão ao interesse coletivo, ou o prêmio para essa correção é pequeno demais para induzir a acionar; a demanda individual para um direito difuso pode ser ineficiente para obter o cumprimento da lei, o infrator pode não ser convencido a interromper sua prática,

³³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 15-19.

³⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 19.

³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 20.

³⁶ “[...] As vantagens dos “habituais”, de acordo com Galanter, são numerosas: 1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. Parece que, em função dessas vantagens, os litigantes organizacionais são, sem dúvida, mais eficientes [...] que os indivíduos. Há menos problemas em mobilizar as empresas no sentido de tirarem vantagens de seus direitos, o que, com frequência, se dá exatamente contra aquelas pessoas comuns que, em sua condição de consumidores, por exemplo, são as mais relutantes em buscar o amparo do sistema judicial.” GALANTER, Marc. “*Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*.” (Por que só são beneficiados os que “tem”? Especulações sobre os Limites da Reforma Judiciária). In: *Law and Society Review*, v. 9, 1974, p. 95, *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988; GALANTER, Marc. “*Afterword: Explaining Litigation*.” In: *Law and Society Review*, n. 9, 1975, p. 36, *apud* CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 25-26.

³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 21-26.

sendo desejável a conexão de processos; quanto à reunião de partes para garantir um interesse difuso, existe o obstáculo de sua dispersão, sendo a organização das partes a barreira da reivindicação do direito difuso, impedindo que o interesse seja unificado e expresso.³⁸

Os autores, analisando conjuntamente as barreiras ao acesso, chegaram às seguintes conclusões:

Um exame dessas barreiras ao acesso, como se vê, revelou um padrão: os obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos são mais pronunciados para as pequenas causas e para os autores individuais, especialmente os pobres; ao mesmo tempo, as vantagens pertencem de modo especial aos litigantes organizacionais, adeptos do uso do sistema judicial para obterem seus próprios interesses.

[...]

Finalmente, como fator complicador dos esforços para atacar as barreiras ao acesso, deve-se enfatizar que esses obstáculos não podem simplesmente ser eliminados um por um. Muitos problemas de acesso são inter-relacionados, e as mudanças tentem a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogado em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão a capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma.” Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes *poderiam* agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que sejam *bem sucedidos*. [...]³⁹

Mauro Cappelletti e Bryant Garth destacam que três posicionamentos emergiram, em sequência, como forma de solucionar os entraves ao acesso à Justiça: assistência judiciária (primeira onda), reformas para representação jurídica de interesses difusos (segunda onda), e o novo enfoque de acesso à justiça (terceira onda – que inclui os outros posicionamentos, e os ultrapassa).⁴⁰

Conforme já exposto, o Brasil, historicamente, enfrentou a dificuldade de implementação dos direitos sociais, civis, políticos, seja por sua pouca ou nenhuma previsão, alcance a todos os setores da população, e carência de meios de tornar tais direitos efetivos.

No que concerne à assistência judiciária, qual seja, a primeira onda renovatória do acesso à justiça, pode-se citar, como exemplos, os arts. 68 a 79 do Código de Processo Civil de 1939,⁴¹ e a Lei de Assistência Judiciária Gratuita,⁴² destinados, em última análise, a

³⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 26-28.

³⁹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 28-29.

⁴⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 31.

⁴¹ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <<https://goo.gl/DQsvxm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴² BRASIL. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<https://goo.gl/Hqapu9>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

democratizar o acesso à justiça às camadas hipossuficientes da população. Outro exemplo, equiparado, é a Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970,⁴³ que trata da assistência judiciária trabalhista, entre outros assuntos.

As inovações legislativas voltadas à implementação da segunda onda do acesso à Justiça, voltada aos interesses difusos, no Brasil, pode ser observada na Lei da Ação Popular,⁴⁴ na Lei de Ação Civil Pública,⁴⁵ e seu maior exemplo é o Código de Defesa do Consumidor.⁴⁶

Houve, por análise das sucessivas legislações, uma maior abertura do acesso à Justiça, no sentido de sua democratização. Com efeito, o Código de Processo Civil de 1939 previa:

Artigo 2º Para propor ou contestar ação é **necessário legítimo interesse**, econômico ou moral. Parágrafo único. O interesse do autor poderá limitar-se à declaração da existência ou inexistência de relação jurídica ou à declaração da autenticidade ou falsidade de documento.

Artigo 3º **Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro.** Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo. **[Grifo Nosso].**⁴⁷

Desta forma, ao mesmo tempo em que se legitimava o acesso ao Judiciário aos interessados, haviam desincentivos expressos. No Código de Processo Civil de 1973, esta maior democratização é expressa, principalmente, no artigo 7º:

Artigo 3º Para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade.

Artigo 4º O interesse do autor pode limitar-se à declaração: I - da existência ou da inexistência de relação jurídica; II - da autenticidade ou falsidade de documento. Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito. [...]

TÍTULO II, DAS PARTES E DOS PROCURADORES

CAPÍTULO I, DA CAPACIDADE PROCESSUAL

Artigo 7º Toda pessoa que se acha no exercício dos seus direitos tem capacidade para estar em juízo.

Artigo 8º Os incapazes serão representados ou assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da lei civil. **[Grifo Nosso].**⁴⁸

⁴³ BRASIL. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/gfavRb>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <goo.gl/v2fChu>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁵ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/1Z9o0F>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁶ BRASIL. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/P7nUD>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁷ BRASIL. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil [de 1939]. Disponível em: <<https://goo.gl/DQsvxm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [de 1973]. Disponível em: <<https://goo.gl/Rw3qT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Todavia, esta maior democratização do acesso à Justiça teve consequências negativas e positivas para o sistema de Justiça brasileiro, bem como para toda a coletividade. Isto porque, simultaneamente às inovações legislativas, houveram um sem número de transformações sociais, e assim a multiplicação dos conflitos intersubjetivos.

No âmbito da família, a inserção da mulher no mercado de trabalho, a inversão da lógica do patriarcado, e novos arranjos familiares, em conjunto com o reconhecimento da filiação e dos deveres para com os filhos oriundos ou não do matrimônio, tiveram reflexos legislativos, de modo a acompanhar o aumento dos conflitos intersubjetivos na área de família, em especial: Lei de Alimentos;⁴⁹ Lei do Divórcio;⁵⁰ Estatuto da Criança e do Adolescente;⁵¹ Lei de Investigação de Paternidade;⁵² Lei da União Estável.⁵³

No que concerne às inovações tecnológicas, a multiplicação dos meios de transporte, a expansão de relações comerciais, internas e externas, o aumento do consumo de massa, também foram alguns fatores que multiplicaram os conflitos, os diplomas legislativos para regulamentar os assuntos, e em consequência, a Judicialização.

A Constituição Federal de 1988 foi responsável pela maior democratização do acesso à Justiça, e a previsão de meios (como pela ampliação dos remédios constitucionais) para que os cidadãos pudessem viver de fato em estado democrático.⁵⁴

Todavia, com o advento da Constituição Federal, as mazelas sociais e jurídicas do Brasil não seriam resolvidas automaticamente, por força impositiva da Carta Magna. Ao mesmo tempo, a maior democratização do acesso à Justiça não foi acompanhada de um acesso adequado, mesmo porque estimulou, conjuntamente com outros fatores, sociais, políticos, econômicos, a instalação de uma cultura judiciarista. Desenhou-se um panorama de catástrofe do sistema de Justiça do Brasil.

Assim, a crise Poder Judiciário brasileiro tem origens e consequências. Algumas das origens, que podem ser extraídas do tópico anterior são: a) histórico de inefetividade dos

⁴⁹ BRASIL. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/km3Yi7>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵⁰ BRASIL. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/vtXEo>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵¹ BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/UdwKV>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵² BRASIL. Lei Federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/ds7u07>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

⁵³ BRASIL. Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/IkmMpF>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 48-80.

direitos fundamentais; b) previsão, inicial, de mecanismos alternativos de solução de conflitos no Brasil, todavia, com pouca ou nenhuma eficácia prática; d) existência, de início, de um Judiciário escasso em estrutura e poder, que cuja oferta estava a serviço do poder econômico e político, situação que foi se pretendeu modificar tardiamente na história do Brasil, através do movimento de democratização do acesso à Justiça, que auxiliou a instalação de uma cultura judiciarista (ou *cultura do litígio, cultura litigiosa*), acompanhado de um acesso à Justiça inadequado.

Kazuo Watanabe, sobre a cultura do conflito, entende que a sociedade brasileira é extremamente individualista, e carece do espírito coletivo que existe em países como Japão e Estados Unidos.⁵⁵ Por isso:

Numa sociedade como a nossa, para lançarmos uma semente tão generosa como a da mediação, precisaríamos preparar muito bem o terreno e as nossas academias para que os futuros profissionais do Direito entrem no mundo prático com uma mentalidade mais compromissada com a sua atuação social.

Temos de tentar desenvolver cada núcleo comunitário em torno das idéias da pacificação social, senão todos esses projetos de mediação e de conciliação acabarão virando formalismo. Cedo ou tarde, se a experiência der certo, não faltará quem proponha a transformação disso como numa panacéia geral, como ocorreu — repito — em relação ao juizado de pequenas causas e aos juizados especiais [...], ou seja, querem transformar todos os processos que temos hoje em juízos especiais de solução desses conflitos [...].⁵⁶

Por sua vez, Rodolfo de Camargo Mancuso destaca que já se foram indicadas várias razões para a cultura do litígio, a começar pela “[...] existência de um número excessivo de advogados até o enfraquecimento dos laços comunitários e dos compromissos de honra na gestão da vida coletiva. [...]” Para o autor, a explosão da litigiosidade na sociedade atual tem complexas causas, como a possível existência de povos com tendência e receptividade à regulação estatal, com poucas normas, e outros mais resistentes à regras de conduta, com excesso de normas, dificultando sua compreensão pelos operadores e povo. Muitas destas normas são sobrepostas, mal redigidas, ou não aderentes às necessidades sociais (‘leis que não pegam’), de modo que países com excesso de produção de leis arriscam que estas sejam inefetivas e descreditadas pela sociedade, pelo próprio desconhecimento de tantas normas pelo povo, e pela dificuldade de fiscalização de seu cumprimento.⁵⁷

⁵⁵ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 49.

⁵⁶ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 49.

⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 52.

O autor também identifica uma tendência nacional de se tentar resolver problemas com edição de normas, como se a lei fosse mudar a sociedade. Todavia, a fúria legislativa se liga à tendência de cada povo em buscar a autocomposição ou a solução adjudicada. A ineficácia de normas jurídicas é fator que contribui com a expansão da litigiosidade: quando as normas não têm adesão dos destinatários, forma-se uma crise jurídica (de certeza, satisfação e segurança), que traz consigo uma crise sociológica. Pela proibição da autotutela, o Estado intervém nos conflitos intersubjetivos e metaindividuais, mas a ferramenta empregada (excesso de normas repressivas) é desacompanhada de telocracia (estratégias e programas de médio e longo prazo). Assim, a norma, isolada, é impotente para prevenir conflitos e resolvê-los, ou mesmo para coibir sua desobediência, fomentando a explosão de litigiosidade.⁵⁸

Depreende-se, por esta constatação, que a alternativa não está na edição desenfreada de normas para combater a crise do sistema de Justiça, mas sim na mudança da cultura do litígio.

Desta forma, os exemplos normativos anteriormente citados, como tentativas de democratizar o acesso à Justiça, de forma individual e coletiva, e destinados a acompanhar e regulamentar as inovações no seio da sociedade, onde foi dado destaque às relações familiares, foram tentativas de fazer frente à maior complexidade das relações sociais, todavia centradas no aspecto normativo, sem criação de políticas públicas que contribuíssem para a adesão das normas na sociedade.

Neste mesmo sentido, André Gambier Campos:

Ressalve-se apenas que, apesar dessas inovações constitucionais e infraconstitucionais serem importantes, o aperfeiçoamento da oferta de serviços jurisdicionais também depende de iniciativas que **não envolvem mudanças na legislação**. Ainda que não sejam estudadas neste texto, mencione-se que são iniciativas de diagnóstico das instituições do complexo judicial, de simplificação de seus procedimentos operacionais, de capacitação de seus funcionários, de melhoria de suas condições de trabalho, de incorporação de tecnologias de informação, entre várias outras. **[Grifo Nosso]**.⁵⁹

Campos, na versão original da sinopse de sua obra, identifica os problemas do sistema de Justiça no Brasil, entre eles destaca para a “[...] *iniquidade e inefetividade do acesso da população aos serviços jurisdicionais*, [...]” sendo que tais problemas estão relacionados à oferta e demanda desses serviços.

⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 51-56.

⁵⁹ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 28.

Acerca do *déficit* de qualidade na resolução de conflitos no Brasil, Rodolfo de Camargo Mancuso aponta que este deriva dos seguintes fatores, quais sejam: aumenta-se a estrutura física do Judiciário (oferta-se mais do mesmo, retroalimentando a demanda); avalia-se quantitativamente o desempenho, pela entrada e saída de processos; judicialização massiva dos conflitos, com a conseqüente resistência e ignorância sobre outros meios. Incrementar recursos humanos e materiais não ataca a causa do problema, que é a cultura demandista, pelo contrário, aumenta a demanda de processos, que se tem buscado refrear com restrições processuais. Assim, a crise do Judiciário é vinculada a sistemas, valores e comportamentos resistentes às inovações, que sinalizam para *novos paradigmas* e novos meios e resolução de conflitos de forma menos impactante e onerosa, mais efetiva e durável.⁶⁰

Muitas das respostas à crise do acesso à Justiça visam combater os reflexos das conseqüências da crise, como o volume de processos (vertente quantitativa do problema) e não propriamente a origem da crise. Ações estatais neste sentido podem ser paliativas (aumento de estrutura e recursos humanos do Judiciário), e seu sucesso é capaz no máximo de aliviar estes reflexos da crise, mas pode acabar por retroalimentar a demanda (gerar ainda mais busca pelo Judiciário, pois que é disseminado pelo povo que toda controvérsia pode e deve ser judicializada), porém tais ações não são capazes de atingir as origens do problema. É preciso haver mais informação acerca de outros meios, auto ou heterocompositivos. É comum vincular a intensidade do acesso à Justiça ao exercício da cidadania, numa base quantitativa (a alta quantidade de processos seria abundância de oferta, e ao jurisdicionado, o exercício da cidadania seria demandar pelo Judiciário), sendo que a aplicação desta ideia gerou a situação atual, pois crescimento do Judiciário retroalimenta a demanda, exacerba a cultura do conflito e desestimula uso de equivalentes jurisdicionais. São os meios auto e heterocompositivos, na visão de Mancuso, que proporcionam o exercício de cidadania real, pois os interessados buscam, por si ou mediante facilitador, prevenir ou resolver o conflito de forma justa.⁶¹

O crescimento físico do Judiciário tem levado a consumir cada vez mais parcelas orçamentárias, que poderiam atender à outras necessidades da população. O Conselho Nacional de Justiça, desde sua criação, tem disponibilizado dados sobre a economia interna do Judiciário, publicando o boletim Justiça em Números, permitindo o acompanhamento pelo público do desempenho da Justiça estatal. Ainda assim, vem-se investindo, cada vez mais, no crescimento

⁶⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 14.

⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 15.

físico da justiça estatal, a exemplo da Lei Federal nº 12.011/2009,⁶² que criou 230 Varas Federais, 460 cargos de juiz e um total de 8.510 cargos de assessoramento, que visa interiorizar a Justiça Federal de primeiro grau e implantar os Juizados Especiais Federais no país.⁶³

Esta análise pode ser confirmada a partir de dados do Justiça em Números:

Tabela 1 – Quantitativo recursos humanos do Poder Judiciário entre os anos de 2009 e 2015

Ano	Magistrados	Servidores efetivos, cedidos, requisitados e comissionados	Força de trabalho auxiliar	Força de trabalho total
2009	16.088	227.652	87.120	330.860
2010	16.397	231.329	94.233	341.959
2011	16.413	263.889	102.201	382.503
2012	16.138	271.288	125.645	413.071
2013	16.429	276.636	135.700	428.765
2014	16.927 (4%)	278.707 (64%)	139.298 (32%)	438.112
2015	17.338 (3,8%)	278.515 (61,7%)	155.644 (34,5%)	451.497

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2016⁶⁴, 2015⁶⁵ e 2014⁶⁶.

Assim, observa-se que o Poder Judiciário brasileiro vem se expandindo ao longo dos anos, o que pode ser constatado também através dos custos do Poder Judiciário neste mesmo período:

Tabela 2 – Quantitativo Custos do Poder Judiciário entre os anos de 2009 e 2015

Ano	Despesa Total (em bilhões de reais, aprox.)	Despesa com RH (em bilhões de reais, aprox.)	Percentual de gastos com RH em relação às despesas totais (aprox.)
2009	56,6	51,0	90,1%
2010	58,7	52,5	89,5%
2011	66,6	59,8	89,7%
2012	71,5	63,4	88,8%
2013	72,6	65,2	89,8%
2014	75,7	67,7	89,5%
2015	79,2	70,7	89,2%

Fonte: CNJ, Justiça em Números 2016⁶⁷.

⁶² BRASIL. Lei Federal nº 12.011, de 4 de agosto de 2009. Dispõe sobre a criação de 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/R8Uus5>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁶³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 17-49.

⁶⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017 p. 37.

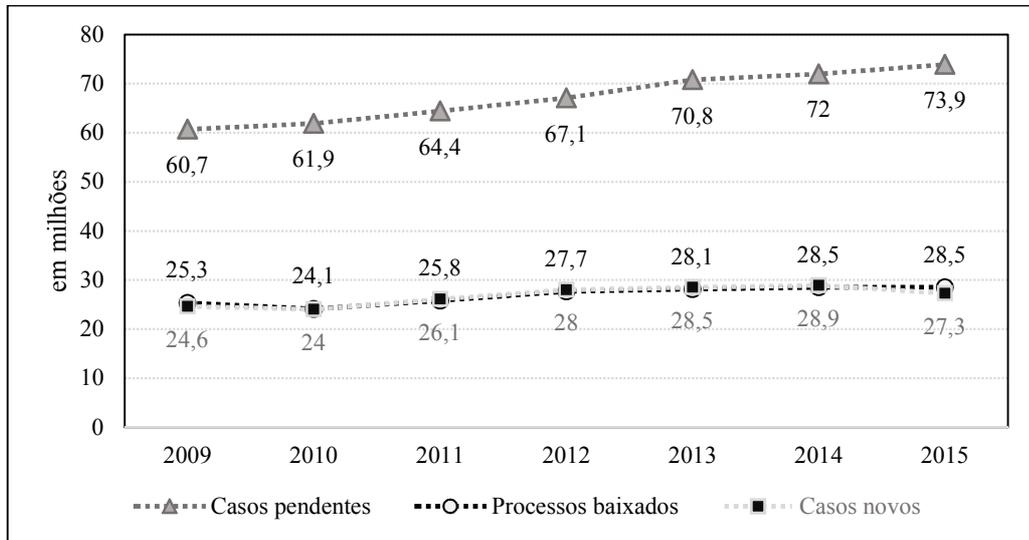
⁶⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2015*: ano base 2014. Brasília, 2015. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 32.

⁶⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2014*: ano base 2013. Brasília, 2014. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 33.

⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017 p. 35.

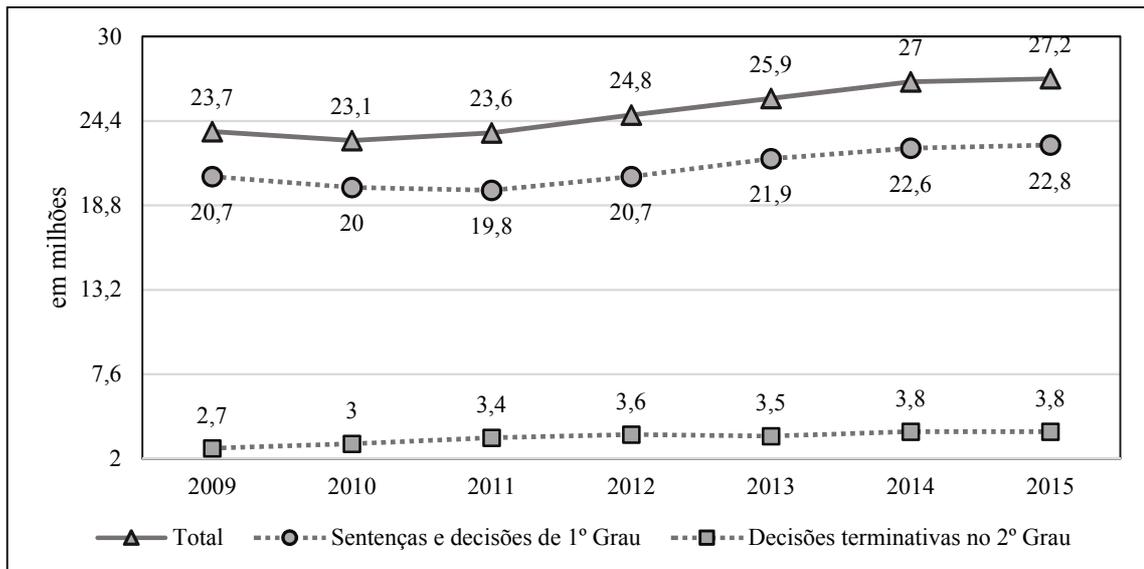
Por outro lado, a judicialização não apresenta sinais de diminuição.⁶⁸

Gráfico 1 – Série histórica da movimentação processual do Poder Judiciário



Fonte: CNJ, Justiça em Números 2016.⁶⁹

Gráfico 2 – Série histórica das sentenças e decisões do Poder Judiciário



Fonte: CNJ, Justiça em Números 2016.⁷⁰

Deste modo, fica demonstrado um ciclo vicioso: crescimento do Poder Judiciário (em recursos humanos e em recursos financeiros), bem como a retroalimentação da demanda. Com efeito, mesmo com recordes anuais de sentenças e decisões, a quantidade de processos pendentes vem se acumulando progressivamente ano a ano, ao passo que a demanda da

⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 43.

⁶⁹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 43.

⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 43.

população ao Poder Judiciário vem crescendo anualmente desde 2009 até 2014 (em 2015, observa-se redução da quantidade de casos novos).⁷¹

Acerca do enfrentamento da crise do acesso à Justiça, Mancuso expõe que não basta uma solução única ou ótima, é preciso balancear o que cada proposta oferece, não sendo possível, por exemplo, excluir a Justiça estatal dos conflitos sobre direitos indisponíveis.⁷²

Portanto, a chave não é tão somente buscar combater a crise numérica, mesmo porque pode levar à outras graves consequências, fulminantes do próprio direito de acesso à Justiça.

A demora judicial, a morosidade da Justiça e a eternização das demandas são algumas expressões, aparentemente pejorativas, utilizadas frequentemente para demonstrar a insatisfação com a lentidão da prestação jurisdicional. Já foram propostas expressões mais benignas — ou menos negativas — para defini-las: ritmo do litígio ou tempo do processamento de uma causa. Tem-se dito que a solução da questão consistiria em igualar o número de causas, aumentando o número efetivo de juízes e de tribunais. Buscam-se, em países que se denominam de “Primeiro Mundo,” comparações do número de causas de habitantes por juiz ou tribunal. Reclama-se da falta de verbas. A solução tradicional seria aumentar os recursos financeiros para o Poder Judiciário, bem como o número de juízes, o que diminuiria, conseqüentemente, a lentidão das causas. Essa seria uma solução simplista, **pois quanto mais acessível a Justiça, mais disposto estará o cidadão a nela ingressar. [Grifo Nosso].**⁷³

A crise numérica de processos vem sendo enfrentada a partir de sua consequência, e não pela sua origem, que é o demandismo judiciário. O constituinte, visando administrar a crise numérica, acabou por tomar duas medidas, arriscadas e enganosas: a) dificultar o acesso aos Tribunais (ex.: exigência de repercussão geral de questão constitucional para admitir o recurso ordinário; a PEC 358/2005, que cogita a súmula impeditiva de recurso;⁷⁴ e também no primeiro grau, ações repetitivas); b) oferta de justiça de massa, fixa e funcionarizada, que visa extinguir rapidamente processos (podendo ocasionar uma *injustiça célere*).⁷⁵

⁷¹ Em que pese uma redução na demanda neste último ano (2015), para além da ideia de superação da crise do judiciário, outros fatores devem ser considerados como hipóteses de redução da demanda: aumento do descrédito, iniciativas como a Semana da Conciliação, e a Enajud (Estratégia Nacional de Não Judicialização) podem ter contribuído para esta diminuição. Entretanto, para reverter o panorama atual de reversão da judicialidade, já que existem aproximadamente 73,9 milhões de processos pendentes acumulados, é preciso que a taxa de processos baixados seja muito superior à taxa de processos novos. A uma média de 28,5 milhões de processos baixados por ano, para esgotar os processos acumulados o Poder Judiciário levaria quase 3 anos, desde que nenhum outro processo fosse distribuído.

⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 19.

⁷³ DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma experiência profissional. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 52-53.

⁷⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição nº 358/2005. Disponível em: <https://goo.gl/R1YbEY>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 20.

Outro fator é a baixa credibilidade no Judiciário leva os jurisdicionados a optar entre tolerar prejuízos e a insatisfação deste mecanismo lento, que desgasta, custoso e imprevisível, ou buscar os meios alternativos.⁷⁶

Uma parcela significativa da sociedade tem um acesso dificultoso e oneroso às instituições responsáveis pela Justiça, o que impede a apreciação das violações de seus direitos. Quando conseguem o referido acesso, os serviços são lentos, parciais e incertos, sem dar efetiva reparação das violações. Desta situação também decorre a reduzida confiança no Judiciário, na polícia e nos advogados.⁷⁷

Uma das possíveis consequências do descrédito do Poder Judiciário é a falta de demanda (não porque sejam poucas as demandas atuais, mas porque muitos preferem tolerar a não solução do litígio). As cifras neste sentido são alarmantes, conforme expõe Régis Fernandes de Oliveira:

A nossa realidade é — tenho dados que indicam, de acordo com artigo publicado na Folha de S. Paulo e em um dos anos 1990 — que 50% dos brasileiros não vão ao Poder Judiciário. Temos toda uma clientela fora do âmbito da Justiça estatal.
[...]
A grande massa do povo brasileiro não vai ao Poder Judiciário. [...]
A estrutura do Poder Judiciário está absolutamente distante de atender às reais necessidades da população.⁷⁸

A maior parte do povo brasileiro não recorre ao Judiciário para a reparação de seus direitos, ao passo que uma minoria utiliza este sistema ampla, irrestrita, repetida e abusivamente.⁷⁹

A morosidade e ineficácia dos processos judiciais, e os limites da transparência estatal atrasam o desenvolvimento da nação, desestimulam os investimentos, favorecem a inadimplência, a impunidade, e arrisca a **crença da do povo no regime democrático de direito**.⁸⁰ Ou seja, o fator confiança está relacionado mais que na crença no sistema de Justiça, mas em todo o sistema democrático.

⁷⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 14-15.

⁷⁷ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 9.

⁷⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Credenciamento de mediador e honorários. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 28.

⁷⁹ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

⁸⁰ CAMPOS, Marcelo Vieira de. Não basta a justiça ser célere, precisa ser acessível. *Revista ConJur*. São Paulo, dez./2011, ISSN 1809-2829. Disponível em: <goo.gl/ViMmvh>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 1.

Noutra perspectiva, Fabiana Marion Spengler e José Luis Bolzan de Moraes explicam que a crise da jurisdição, criada e estimulada pela globalização cultural, política e econômica,⁸¹ deriva da crise estatal, oriunda do enfraquecimento do Estado (e de sua soberania), onde a crise se espalha nas instituições estatais.⁸² Esta ideia, nos permite afirmar que a crise do Judiciário advém da crise do Estado de Direito, ao mesmo tempo em que *causa* esta crise, sendo um círculo vicioso, que prejudica tanto o Estado, quanto os cidadãos e a qualidade dos serviços jurisdicionais.

Inclusive, a baixa credibilidade nas instituições democráticas, nas instituições estatais brasileiras, vem atingindo pontos alarmantes. Neste sentido, vide Tabela abaixo:

Tabela 3 – Percentual de Confiança da População nas Instituições

Instituição	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
Corpo de Bombeiros	88%	85%	86%	83%	77%	73%	81%
Forças Armadas	71%	69%	72%	71%	64%	62%	63%
Escolas Públicas	62%	60%	55%	55%	47%	56%	57%
Empresas	61%	60%	59%	57%	51%	53%	53%
Polícia	52%	52%	55%	54%	48%	48%	50%
Poder Judiciário, Justiça	52%	53%	49%	53%	46%	48%	46%
Sistema Público de Saúde	49%	47%	41%	42%	32%	42%	34%
Governo da cidade onde mora	53%	50%	47%	45%	41%	42%	33%
Eleições, Sistema Eleitoral	49%	56%	52%	47%	41%	43%	33%
Governo Federal	53%	59%	53%	53%	41%	43%	30%
Presidente da República	66%	69%	60%	63%	42%	44%	22%
Congresso Nacional	35%	38%	35%	36%	29%	35%	22%
Partidos Políticos	31%	33%	28%	29%	25%	30%	17%
Igrejas	76%	73%	72%	71%	66%	66%	71%
Meios de Comunicação	71%	67%	65%	62%	56%	54%	59%
Empresas	61%	60%	59%	57%	51%	53%	53%
Organizações da Sociedade Civil	61%	61%	59%	57%	49%	51%	53%
Bancos	61%	58%	57%	56%	48%	50%	49%
Sindicatos	46%	44%	44%	44%	37%	43%	41%

Fonte: ICS – Índice de Confiança Social 2015, IBOPE, p. 7.⁸³

⁸¹ Não se pretende aqui criticar a globalização, mas de explicar consequências deste processo, sem, é claro, deixar de observar que houve evolução. “[...] não restam dúvidas de que há uma evolução notória entre as relações humanas em nosso século, comparadas com estes primórdios da civilização humana.” AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 83.

⁸² MORAIS, José Luis Bolzan de. *Mediação e arbitragem: Alternativas à Jurisdição!* 2 ed., rev. e ampl., ISBN 978-85-7348-540-0, 256 p., p. 76.

⁸³ INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA – IBOPE. ICS – Índice de Confiança Social 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/vcC7wd>>. Acesso em 19 jul. 2017, p. 7. Amostra com 2.002 entrevistados de municípios brasileiros.

A pesquisa, baseada em dados coletados por amostragem, entre 2009 e 2015, expõe a dificuldade da população em confiar no Poder Público, em geral, tendo menor credibilidade, inclusive, em relação às Forças Armadas, ainda que a redemocratização do país seja capítulo recente.

Por outro lado, existe, principalmente no que concerne às instituições públicas em geral, uma tendência na queda da confiabilidade, cada vez maior, principalmente nas instituições mais politizadas (partidos políticos, a Presidência da República, Congresso Nacional).

A pouca previsibilidade e a morosidade do sistema judicial se relacionam a outro fator, igualmente preocupante, pois que contribui para inefetividade do sistema judicial, qual seja, a qualidade dos magistrados.⁸⁴ Maria Inês Targa avalia que são poucos os casos que juízes efetivamente solucionam o conflito, em razão da morosidade do Judiciário, que analisa inúmeros recursos sobre mesma matéria, por inconformismo das partes, por mais justa que seja a decisão.⁸⁵

A magistratura está sobrecarregada com demandas, o que, em si, já torna desafiador a tarefa de manter da previsibilidade e qualidade da prestação jurisdicional. Somado a este fator, está o da fúria legislativa, já mencionado anteriormente, o que acaba tornando o ordenamento jurídico brasileiro complexo, prolixo, e muitas vezes contraditório, o que impede uma uniformização das decisões judiciais. Neste sentido:

Em parte, isso decorre da vigência concomitante de leis oriundas de momentos distintos do ponto de vista econômico, social, político e cultural.

[...]

Há situações de dúvida sobre a vigência de determinadas leis, pois outras novas surgiram para regular os mesmos assuntos, mas sem revogá-las expressamente.

[...] determinados assuntos têm sido regulados ora por leis, ora por medidas provisórias, ora por decretos, ora por portarias e assim por diante. Há uma profusão de normas de espécies variadas, oriundas de poderes distintos, que nem sempre são compatíveis entre si.⁸⁶

Rodolfo de Camargo Mancuso defende que a nomocracia, ou seja, a tendência de resolver problemas com normas, não é a chave para a crise numérica do Poder Judiciário: mesmo após reformas da lei processual, a crise não diminuiu, isto porque novas leis criam novas

⁸⁴ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 19.

⁸⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 38.

⁸⁶ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 24.

dúvidas e controvérsias, ininterruptamente. Segundo o autor, as reformas deveriam ser precedidas de um diagnóstico do problema (a cultura demandista ampliada pela a equivocada percepção de um acesso à Justiça generalizado e incondicionado), para que dele resulte a vontade política para alterar o quadro existente, iniciando pela informação aos jurisdicionados sobre os ônus encargos do processo judicial, e sobre a existência⁸⁷ de meios alternativos de resolver controvérsias.⁸⁸

É dizer, impende *desconstruir* a premissa – dogmatizada à custa de ser repetida – de que a via judicial é o escoadouro natural de toda a qualquer pretensão resistida ou insatisfeita, discurso populista que leva a generalizar (e banalizar) o serviço judiciário estatal, em modo de uma porta larga e escancarada, franqueada a cada batida de um sedizente [que se diz ser] prejudicado. Essa cultura, aderente a uma percepção distorcida da justiça oficial, é o que verdadeiramente está à base da crise numérica de processos, não só pelo estímulo à contenciosidade, como também por dificultar que expressiva parcela dos conflitos seja encaminhada para outros agentes, órgãos e instâncias, o que aliviaria consideravelmente a carga que hoje assoberba a Justiça estatal e a impede de ofertar uma resposta de qualidade: *justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.* **[Inserção nossa]**⁸⁹

O crescimento da estrutura judiciária para acompanhar o crescimento das demandas é a oferta de ‘mais do mesmo’, segundo Mancuso, o que pode afetar o equilíbrio entre os Poderes, ao exigir mais verbas do Executivo para proporcional a expansão da estrutura judiciária, e ao acuar o Legislativo por diminuir seu espaço institucional por meio do ativismo judiciário em áreas que soem ser pertencentes à reserva legal.⁹⁰

A premissa “quantidade exclui a qualidade” é aplicável à distribuição de justiça, e mostra que, ao invés de lidar com a causa (excesso de processos), caberia antes investigar o motivo, e pelo diagnóstico, criar e aplicar estratégias capazes de manejar este grande volume. Assim, é inútil esperar muito das reformas processuais (nomocracia), é preciso resolver o problema via programas e estratégias (telocracia), em conjunto com a mudança de mentalidade da população e dos operadores do Direito. A crise numérica do Judiciário tem muitas causas, mas pode ser ‘disfarçada’ ou ‘compensada’ pela expressiva produção judiciária, não se

⁸⁷ Ângelo Pêpe Agulha menciona fator que pode ser considerado como corresponsável pela crise do acesso à Justiça, qual seja, o desconhecimento dos meios alternativos: “Os instrumentos da mediação e da arbitragem são relativamente desconhecidos em nosso país, e sua prática ainda é ínfima em função das suas potencialidades em um país da dimensão do Brasil.” AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 85.

⁸⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 26-27.

⁸⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 26-27.

⁹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 31.

questionando o esforço em dar vazão aos processos, mas o que vale ao jurisdicionado é a qualidade e custo-benefício, ou seja, saber se vale a pena judicializar, considerando que atualmente o cenário é de lentidão e imprevisibilidade do processo, pendência da lide sobre a coisa/relação jurídica, e/ou incerteza sobre a efetividade do julgado. Soma-se outro fator, a *loteria judiciária* (insegurança no desfecho das lides judicializadas, chamada pelos analistas estrangeiros de *jurisdictional uncertainty*), que repercute nos negócios e é ponderado nas avaliações sobre possíveis investimentos no Brasil.⁹¹

Vários órgãos do Judiciário têm estruturas e/ou gestão precárias, poucos profissionais, que, não raro, são recrutados de modo inadequado, com pouca qualificação e remuneração.⁹² Por sua vez, a falta de uniformidade aumenta a insegurança jurídica e lentidão do serviço jurisdicional, pois, com ela:

[...] os atores econômicos, sociais e políticos tendem a uma conduta que, de certo modo, pode ser considerada predatória (eles procuram obter o máximo de vantagens para si, mesmo sem qualquer respaldo no direito material, apelando de forma repetitiva a diversos órgãos jurisdicionais).⁹³

Isso desemboca no acesso, pois *atores* supramencionados usam o sistema judicial reiterada e abusivamente para obter prestação indevida ou para postergar a prestação devida. Ademais, o autor menciona que os magistrados, pela sobrecarga de processos, usam dos formalismos processuais como meio de defesa (adiando a decisão do mérito).⁹⁴

André Gambier Campos propõe reprimir demandas de órgãos da administração pública, concessionárias de serviços públicos e instituições financeiras, para combater demandas repetitivas e abusivas. O autor compreende que os passivos financeiros de tais instituições, ao serem judicializados, transferem os gastos de atendimento dos cidadãos ao Judiciário (mesmo sabendo que os direitos cobrados são de fato devidos, antes mesmo da judicialização), que por sua vez utiliza recursos orçamentários, dos próprios cidadãos.⁹⁵

⁹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 32-33.

⁹² CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 20.

⁹³ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 25.

⁹⁴ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 25.

⁹⁵ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

Segundo o autor, as demandas que não representam uso perverso do sistema judicial não podem ser reprimidas, porém entende que o Estado poderia estimular iniciativas de reparação de direitos que prescindam da jurisdição estatal. Se não forem efetivos, tais mecanismos não impediriam a judicialização pelos envolvidos.⁹⁶

As iniciativas da sociedade organizada para reparação de direitos fora da jurisdição estatal são atividade que difunde informações sobre os “[...] atributos da cidadania brasileira (que direitos são assegurados a cada cidadão, em que circunstâncias podem ser exigidos etc.). [...],” e que promovem a pacificação dos conflitos cotidianos, pelo diálogo e formação do consenso entre os cidadãos.⁹⁷

Mancuso destaca a tendência de questionar a capacidade do Judiciário para resolver, efetivamente, lides de largo espectro, principalmente as que envolvam muitas partes (mega-conflitos) ou relações multiplexas, com vários tipos e dimensões de conflitos. A questão se repete nos casos que a efetividade da decisão condenatória depende da colaboração do vencido, ou quando o tema da decisão envolve outras áreas do conhecimento, não jurídicas.⁹⁸

Também sob esse ideário *pluralista e democrático* de resolução dos conflitos se insere a tendência contemporânea à *desjudicialização* de ocorrências antes sujeitas à intervenção do Estado-juiz (v.g., separações, divórcios e inventários podem ser processados nos Tabelionatos: [...]).⁹⁹

É neste aspecto em que se fala da terceira onda do acesso à justiça, não de modo a romper com as duas primeiras ondas, mas de coexistência entre elas, para o melhor acesso. Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth, ao tratarem do alcance da terceira onda:

[...] inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, *mas vai além*. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados [...] para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. Nós o denominamos “o enfoque do acesso à Justiça” por sua abrangência. Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em tratá-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso.

[...]

Esse movimento emergente de acesso à Justiça procede dos movimentos anteriores preocupados com a representação legal. Aqueles movimentos também se destinavam a fazer efetivos os direitos de indivíduos e grupos que, durante muito tempo, estiveram privados dos benefícios de uma justiça igualitária. Sem dúvida, esses movimentos

⁹⁶ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 27.

⁹⁷ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 27.

⁹⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 29.

⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 29.

iniciais receberam impulso através da afluência econômica recente e outras reformas que, de certa forma, alteraram o equilíbrio *formal* de poder entre indivíduos, de um lado, e litigantes mais ou menos organizados, de outros, tais como as empresas ou o governo. Para os pobres, inquilinos, consumidores e outras categorias, tem sido muito difícil tornar os novos direitos efetivos, como era de se prever. [...]

A representação judicial – tanto de indivíduos, quanto de interesses difusos – não se mostrou suficiente, por si só, para tornar essas mudanças de regras “vantagens tangíveis ao nível prático. [...] Não é possível, nem desejável resolver tais problemas com advogados apenas, isto é, com uma representação judicial.¹⁰⁰

Conforme já exposto¹⁰¹, Mancuso defende que o enfrentamento do acesso à Justiça depende do balanceamento de várias propostas.

Eduardo Cambi, por sua vez, correlaciona vários fenômenos que contribuíram para a crise do sistema de Justiça, sendo eles a expansão da litigiosidade, a ampliação do acesso à Justiça, a simplificação do acesso ao Judiciário, e um outro aspecto, ainda não tratado, qual seja: a resistência estatal e doutrinária da onda revolucionária decorrente da ampliação do acesso à Justiça:

O estudo da jurisdição constitucional nunca esteve tão em voga quanto agora e isto se explica, primeiro, pelo fenômeno da *expansão de litigiosidade*, vivenciada nas últimas décadas, decorrente da *ampliação do acesso à justiça*. A simplificação do acesso ao Poder Judiciário, após os Juizados de Pequenas Causas, transformados pela Constituição Federal de 1988 em Juizados Especiais Cíveis e ampliados para a esfera criminal e federal, dispensando, inclusive, a presença de advogado foi um fator importante para que os cidadãos fossem buscar os seus direitos.

Não obstante as resistências governamentais, legislativas, judiciais e doutrinárias, provenientes dos pensamentos jurídicos mais retrógrados - que insistentemente procuram minimizar esta importante *onda revolucionária* trazida pelo movimento de acesso à justiça – essas demandas coletivas têm proporcionado a possibilidade do Judiciário, nos últimos anos, dar efetividade aos direitos fundamentais – sobretudo os de caráter social (previstos no artigo 6º, da CF) – o que coloca o Poder Judiciário, hoje, no centro das atenções e das perspectivas da sociedade.¹⁰²

O novo enfoque do acesso à Justiça (terceira onda) é caracterizado pela necessidade de adaptação do processo civil ao tipo de litígio, bem como pela utilização, quando viável (litígios entre partes que tenham um relacionamento prolongado e complexo), dos mecanismos de interferência apaziguadora¹⁰³, como a mediação. Neste sentido:

O tipo de reflexão proporcionada por essa abordagem pode ser compreendida através de uma breve discussão de algumas das vantagens que podem ser obtidas através dela. Inicialmente, como já assinalamos, esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou

¹⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 67-69.

¹⁰¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 19.

¹⁰² CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/SWvnLQ>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 8-9.

¹⁰³ Por mecanismos de interferência apaziguadora, compreende-se ‘meios alternativos de solução de conflitos’.

paraprofissionais, tanto como juizes quanto como defensores, **modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução dos litígios**. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial.

Ademais, esse enfoque reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio [...]. Conforme o caso, diferentes barreiras ao acesso podem ser mais evidentes, e diferentes soluções, eficientes. Os litígios por exemplo diferem em sua complexidade. [...] Os litígios diferem também muito em relação ao montante da controvérsia, o que frequentemente determina quanto os indivíduos (ou a sociedade) despenderão para solucioná-los. Alguns problemas serão mais bem “resolvidos” se as partes simplesmente se “evitarem” uma à outra [...]. A importância social aparente de certos tipos de requerimentos também será determinante para que sejam alocados recursos para sua solução. Além disso, algumas causas, por sua natureza, exigem solução rápida, enquanto outras podem admitir longas deliberações. **[Grifo Nosso]**.¹⁰⁴

Destarte, as partes são fator de adaptação do processo civil ao tipo de litígio, pela existência, ou não, de relacionamento entre prévio entre elas. Ademais, as disputas podem ter repercussões coletivas ou individuais, e cada uma pode ser atingida por medidas diferentes.¹⁰⁵

É necessário, em suma, verificar o papel e importância dos diversos fatores e barreiras envolvidos, de modo a desenvolver instituições efetivas para enfrenta-los. O enfoque de acesso à Justiça pretende levar em conta todos esses fatores. Há um crescente reconhecimento da utilidade e mesmo da necessidade de tal enfoque no mundo atual.¹⁰⁶

O Brasil tem tentado combater o grande volume de processos mudando a lei processual e investindo na estrutura do Judiciário, o que não tem sido satisfatório, pois são estratégias que combatem os sintomas, sem diagnóstico. O diagnóstico (concausas do acúmulo de processos judiciais) são: a cultura demandista, pois o povo prefere judicializar lides, antes de tentar outros meios auto ou heterocompositivos; a falta de política judiciária de divulgação dos equivalentes jurisdicionais à população; e o desvirtuamento da função judicial, cada vez mais usada pelos clientes habituais (Poder Público, empresas de telefonia e etc.) para adiar o cumprimento de obrigações, em detrimento dos clientes eventuais (que raramente judicializam).¹⁰⁷ Assim:

Um dos alvites para lidar com tão grave situação está no incentivo aos meios *alternativos de prevenção e solução de conflitos*, de largo curso em países como os Estados Unidos, ao pressuposto de que por aqueles alvites venha alcançada a *composição justa das controvérsias*, mesmo fora e além do ambiente judiciário estatal, ou até, preferivelmente sem ele. [...]¹⁰⁸

¹⁰⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 70-72.

¹⁰⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 72-73.

¹⁰⁶ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 73.

¹⁰⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 98.

¹⁰⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 98.

Todavia, meios alternativos de solução de conflitos não servem para fazer frente às deficiências do modelo clássico adversarial de solução de controvérsias, todavia esta visão errônea causou uma demanda de urgência no movimento da reforma do Judiciário, com fulcro na EC nº 45/2004¹⁰⁹ e na atuação da Secretaria da Reforma do Judiciário.¹¹⁰

A Secretaria da Reforma do Judiciário (SRJ), atualmente extinta, com suas atribuições e parte de suas competências transferidas à Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania através do Decreto nº 8.668 de 11 de fevereiro de 2016,¹¹¹ visava “[...] promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário [...],” objetivando ser “[...] órgão de articulação entre o Executivo, o Judiciário, o Legislativo e o Ministério Público [...]” bem como promover propostas e difundir ações e projetos para aperfeiçoar o Judiciário.¹¹²

A Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas e estudos voltados ao aprimoramento e reforma do Sistema de Justiça Brasileiro, de modo a torná-lo mais acessível, efetivo e próximo de toda a sociedade brasileira. [...] Seu papel principal consiste em ser um órgão de articulação entre as instituições que compõem o Sistema de Justiça, governos estaduais e municipais, entidades da sociedade civil, academia e organismos internacionais com o objetivo de propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento da Justiça, além da elaboração e aperfeiçoamentos de propostas normativas de modernização da gestão do Judiciário.

Diante desse contexto, nos últimos anos, por entender que se trata de uma pauta essencial à efetivação da cidadania de todos os brasileiros, o governo vem realizando ações voltadas ao aprimoramento do sistema de Justiça e de suas instituições, sempre respeitando a independência dos Poderes e promovendo a articulação com o Judiciário e o Legislativo. Dentre as iniciativas empreendidas, destacam-se pesquisas, estudos, reformas normativas e políticas públicas, desenvolvidas em parceria com o Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, advocacia, estados e municípios.

Paralelamente, e dando seguimento à reforma deflagrada com a Emenda Constitucional 45/2004, avanços normativos relevantes vêm sendo alcançados, a exemplo dos 21 projetos de lei aprovados no âmbito do “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo,” compromisso assinado, em 2009, entre os chefes dos três Poderes.¹¹³

Élio Braz Mendes destaca que a Secretaria da Reforma do Judiciário trouxe uma nova realidade de organização e gestão do Conselho Nacional de Justiça: “[...] passou-se a construir um novo modelo de solução pacífica dos conflitos e demandas judiciais, dentro de uma

¹⁰⁹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹¹⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 82.

¹¹¹ BRASIL, Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania. Relatório de Gestão 2015/2016. 134 p. Disponível em: <https://goo.gl/nyvejQ>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 8-107.

¹¹² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 83.

¹¹³ CAMPOS, Marcelo Vieira de. Não basta a justiça ser célere, precisa ser acessível. *Revista ConJur*. São Paulo, dez./2011, ISSN 1809-2829. Disponível em: <goo.gl/ViMmvh>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 1-2.

perspectiva de busca de uma política nacional de resolução não contenciosa das ações judiciais. [...]”¹¹⁴

A Emenda 45/2004 modificou a estruturação e atuação da Defensoria Pública, do Ministério Público, e do Poder Judiciário, seu principal alvo, realizando uma reforma constitucional do complexo judicial, visando um acesso equitativo e efetivo à Justiça.¹¹⁵ Instituiu a reforma do Judiciário e o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, órgão administrativo, responsável pelo controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário.¹¹⁶

Esta Emenda alterou os artigos 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103-B, 111-A e 130-A, de modo que a maior parte das alterações concentram-se no Título IV – Da Organização dos Poderes, Capítulo III - Do Poder Judiciário, da Constituição Federal.¹¹⁷ Alguns enfoques da Emenda que merecem destaque são a organização e funcionamento dos órgãos judiciais, a instituição do Conselho Nacional de Justiça,¹¹⁸ e a busca pelo *acesso equitativo* ao complexo judicial, acesso este que Campos defende ser prejudicado pelas “[...] demandas “de mais” de alguns e pelas demandas “de menos” de tantos outros [...]”.¹¹⁹

Para restringir as demandas “de mais”, EC nº 45/2004 instituiu as súmulas de efeito vinculante, repercussão geral das lides levadas ao STF via recurso extraordinário. Para incorporação das demandas “de menos”, EC nº 45/2004 determina que deve haver proporcionalidade entre número de magistrados, de habitantes e de demandas judiciais num território; prevê a instituição de câmaras regionais nos TJs, nos TRFs e TRTs, para facilitar a interposição de recursos no interior do país; criação da justiça itinerante de 2º grau; criação das varas agrárias nos TJs; prevê que recursos de custas e emolumentos devem ser direcionados

¹¹⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 84.

¹¹⁵ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 33.

¹¹⁶ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 313-314.

¹¹⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹¹⁸ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 33-34.

¹¹⁹ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 35.

exclusivamente para oferta de serviços jurisdicionais; prevê autonomia administrativa, financeira e funcional à Defensoria Pública dos estados, DF e territórios.¹²⁰

Pontos da EC nº 45/2004 sobre o caráter efetivo do acesso à justiça são traduzidos na busca por celeridade, imparcialidade e certeza (segurança) nos serviços judiciais. A Emenda prevê celeridade da atividade jurisdicional entre os direitos e garantias fundamentais, ao modificar o artigo 5º da Constituição Federal, incluindo nele o inciso LXXVIII, bem como §§ 3º e 4º, e determina que, ingressada ação, deve ocorrer sua imediata distribuição, além de extinguir os recessos coletivos de juízes e tribunais (salvo STF e tribunais superiores) e os tribunais de alçada, que foram unificados nos TJs.¹²¹

Sobre a imparcialidade do acesso à Justiça, a EC nº 45/2004 prevê que definição e aplicação de regras administrativas devem ser publicidade, além de criar de novos critérios de composição de órgãos especiais dos tribunais; fixa novos requisitos para entrada e saída em carreiras do Judiciário e MP, e regras sobre progressão de carreira dos magistrados (que insere a avaliação do mérito deve seguir critérios objetivos, e veda a progressão dos que retêm processos além do prazo legal). Também determina que em caso de desrespeito aos direitos humanos deve ser solicitado o deslocamento do julgamento da justiça estadual comum para a federal comum.¹²²

Sobre a certeza (segurança) do acesso, a EC nº 45/2004 amplia a competência da JT, e reúne o julgamento de lides sobre organizações e representações coletivas, greve, indenizações e etc. A Emenda também realizou modificações para estimular a transparência do Poder Judiciário, Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como incentivou a expansão e proteção dos direitos humanos.¹²³

A EC nº 45/2004 dispõe que o Poder Legislativo criaria comissão especial mista (CD e SF), para elaborar novos projetos de lei para regulamentar e garantir a eficácia de seus dispositivos. São exemplos de projetos de lei, e leis já aprovadas associadas ao *Pacto de Estado*

¹²⁰ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 35-37.

¹²¹ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 37-38; BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹²² CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 38-39.

¹²³ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 39-40.

em Favor de um Judiciário mais Rápido e Republicano, e outros incorporados à referida comissão especial mista: Lei Federal nº 11.232/2005¹²⁴ (unifica fases de conhecimento e execução no processo civil – fase cumprimento de sentença); Lei Federal nº 11.280/2006¹²⁵ (criação da intimação eletrônica com certificação digital); Lei Federal nº 11.341/2006¹²⁶ (decisões em mídia eletrônica, inclusive internet); Lei Federal nº 11.419/2006¹²⁷ (informatização do processo judicial); Lei Federal nº 11.441/2007¹²⁸ (inventário, partilha, separação e divórcios consensuais pela via administrativa); Projeto de Lei Federal nº 94/2002¹²⁹ (institucionaliza e regulamenta a mediação no processo civil); Projeto de Lei Federal nº 4.108/2004¹³⁰ (autoriza multa aos advogados que pratiquem atos protelatórios no processo civil).¹³¹

O movimento pelo acesso à Justiça é reacionário à visão dogmático-formalística do direito, pautado apenas na norma, o que gerou uma degeneração do positivismo jurídico, bem como uma simplificação do direito a seu aspecto normativo, desconsiderando outros elementos, na visão de Viviane Pontes. Para a autora, a decisão, no dogmatismo, é resultado de um cálculo dedutivo, e o método sistemático dedutivo é meio seguro de obter cálculo, e produzindo decisões certas e objetivas, sem escolha subjetiva do julgador. Este fenômeno também

¹²⁴ BRASIL. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/9v0GeI>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁵ BRASIL. Lei Federal nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <goo.gl/jH7FnB>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁶ BRASIL. Lei Federal nº 11.341, de 7 de agosto de 2006. Altera o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil - Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial. Disponível em: <goo.gl/DPJzNo>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/OPKpmY>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁸ BRASIL. Lei Federal nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <goo.gl/E6uHd>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹²⁹ BRASIL. Projeto de Lei Federal nº 94/2002. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <goo.gl/wwK3ES>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹³⁰ BRASIL. Projeto de Lei Federal nº 4.108/2004. Dá nova redação ao § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, para expungir desse dispositivo, o ponto em que exclui da incidência da norma geral prevista no § 3º desse mesmo artigo a Fazenda Pública quando ela é condenada em quantia que não seja de pequeno valor; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste e do de nº 5.097/2005, apensado, com substitutivo. Disponível em: <https://goo.gl/rmWwiM>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹³¹ CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <https://goo.gl/33jkb6>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 40-43.

simplificou irrealisticamente deveres e responsabilidades dos operadores do direito e estudiosos, que passaram a se limitar a somente conhecer e aplicar a norma na prática, no ensino e nas análises científicas, de forma passiva e mecânica. A consequência do dogmatismo é que o direito positivo se confunde com a Justiça.¹³²

Em outras palavras, esse movimento visa superar a ideia de que a Justiça é obtida tão somente através da subsunção do fato à norma. Viviane Pontes ressalta que não se trata de ignorar o aspecto normativo do Direito, mas de inserir a interpretação e aplicação das normas jurídicas levando em consideração a realidade em que está inserido, de modo que o Direito passa a ser parte de um ordenamento social mais complexo, em conjunto com a economia, a moral, a política, e tantas outras influências.¹³³

Fala-se então no processo instrumental, o chamado processo civil de resultados, em que se convém, *v.g.*, que a discussão teórica das regras do processo civil e sua aplicação em casos hipotéticos, visto que o anseio social ultrapassa esse modelo fictício de partes em igualdade de condições na Justiça, restrita aos argumentos jurídicos dos defensores, de modo que as técnicas processuais somente se justifiquem se se prestarem a funções sociais.¹³⁴

Rodolfo de Camargo Mancuso analisa a implementação da repercussão geral e da súmula vinculante, como meios de combater a crise numérica. Avalia que tais medidas são desprovidas da massa crítica sobre os resultados, o que permite questionar: a) se, além dos números, não se está descompromissando a justiça da resolução dos conflitos; b) se não se está se lidando com a consequência (alto judicialização), sem observar a causa do fenômeno; c) se cabe à jurisdição monopolizar controvérsias, mesmo as repetitivas, simples ou bem peculiares, que deveriam, antes, tramitar em outros órgãos e instâncias, em possível solução consensual. Nesta perspectiva, o autor defende que restaria ao Judiciário, residualmente, controvérsias que, por fator técnico consistente (ações necessárias), devam ser judicializadas (o *last resort* da experiência norte americana).¹³⁵

O autor sugere uma justiça coexistencial, que busca resolver conflitos de forma não impactante, preservando relações entre as partes, num processo não adversarial, em que a lide

¹³² PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 82.

¹³³ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 83-84.

¹³⁴ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 85.

¹³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 20-21.

é vista não como um mal, mas como oportunidade de trabalhar a crise emergente de forma adequada, visando uma possível composição justa.¹³⁶ Reporta-se ao entendimento de Mauro Cappelletti ao indicar que a justiça conciliatória é capaz de produzir resultados melhores, até qualitativamente, que o processo contencioso, tomando como exemplo os conflitos que são apenas parte de uma relação complexa e permanente, onde a justiça conciliatória (reparadora), pode preservar a relação, sendo a lide tratada como uma desordem temporária, e não uma ruptura definitiva da relação.¹³⁷

Mesmo porque, em alguns casos, frequentes na sociedade atual, a intervenção judicial pode até mesmo agravar a situação preexistente, perenizando o conflito. São casos em que há um dissídio nuclear, cercado de conflitos periféricos, em contexto complexo, cuja intervenção judicial pode acirrar posições, sendo que melhores resultados são obtidos por ampla negociação, além da judicialização do conflito (ou em sua pendência).¹³⁸ A partir destas considerações, observa-se que existem tendências legislativas de adaptação do processo ao tipo de litígio, bem como tendências de desjudicialização.

Pelas considerações acima, observou-se que a crise do Poder Judiciário é parte da crise do acesso à Justiça, e que é a partir de uma interpretação ilimitada e equivocada do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988, e no fomento insuficiente dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. A consequência é uma resposta jurisdicional inadequada, ou seja, que não logra ser *justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem reconhecido*.¹³⁹ A partir desta resposta jurisdicional inadequada, são identificados os reflexos: a crise numérica, a justiça tardia, o processo mais caro que a lide, entre outros.

No próximo tópico, será analisada a processualística moderna, para uma nova compreensão, a partir de uma releitura do conceito de monopólio de jurisdição, acerca dos aspectos do acesso à Justiça brasileiro, e sua relação com os meios alternativos de solução de conflitos.

¹³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 21-22.

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, vol. 326, abr. jun. 1994, p. 126, *apud* MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 21-22.

¹³⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 22.

¹³⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 26-27.

2.3 PROCESSUALÍSTICA MODERNA E JURISDIÇÃO

Para a compreensão do que seja o ‘acesso à Justiça’ para o ordenamento jurídico brasileiro, se faz necessário compreender as palavras de Rodolfo de Camargo Mancuso acerca do alcance do direito de ação e de petição:

[...] o propalado *acesso à justiça* não induz um compromisso ou engajamento quanto ao exame do mérito da controvérsia, porque, ao contrário do direito de petição, que é genérico e incondicionado – CF, artigo 5º, XXXIV – o direito de ação é específico e muito condicionado, de sorte que, faltando algum dos pressupostos positivos ou presente algum pressuposto negativo, não se forma validamente a relação jurídica processual, donde não poder ser dirimido o *meritum causae* (CPC, artigo 267). [...] ¹⁴⁰

A partir deste entendimento, observa-se que o direito de ação, na Constituição Federal de 1988, não pode ser ilimitado, pressupondo, antes, atendimento às condições da Ação. O autor propõe uma releitura, atualizada e contextualizada, do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (“[...] a Lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”), ¹⁴¹ em conformidade com a realidade do Judiciário brasileiro, de massificação de processos, numa sociedade de massa e conflituosa, dentro de um mundo globalizado. Essa releitura descarta que interpretação utópica e insustentável, de oferta geral, incondicionada e prodigalizada de prestação judiciária, desafio inalcançável a qualquer Estado de Direito. ¹⁴²

A justificativa, portanto, é a existência de uma sociedade massificada e conflituosa, num o mundo globalizado: tais fatores modificaram as relações humanas, o que diretamente influi nos atos e fatos jurídicos. O processo de globalização, nos últimos 20 (vinte) anos, somado ao consumo de massa, aos novos arranjos familiares, etc., etc., representou uma revolução nas relações jurídicas, não prevista quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, de modo que seus dispositivos sobre prestação jurisdicional não foram moldados à esta nova realidade. Estes fatores certamente vem contribuído para o agravamento da crise do acesso à Justiça no Brasil.

Ao relacionar os fatores acima à atual realidade judiciária brasileira, é preciso uma interpretação extensiva do acesso à justiça. A partir desta nova releitura, a aplicação do inciso

¹⁴⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 69.

¹⁴¹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹⁴² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 69.

XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988 implica considerar ser insustentável uma prestação jurisdicional genérica, incondicional e prodigalizada.

Essa releitura consiste na descentralização do acesso à Justiça:

Urge, pois, *descentralizar o acesso à Justiça*, despojando-o da aura que o tem erigido numa sorte de cláusula pétrea, contexto ainda agravado pelas limitações da capacidade financeiro-orçamentária do Estado, para prover os investimentos que seriam necessários ao “acompanhamento” do vertiginoso crescimento da demanda. O acesso à justiça deve, assim, desvestir-se dos excessos que o têm feito operar como um perigoso “convite à demanda” para, realisticamente, reduzir-se a uma *cláusula de reserva*, a uma oferta residual, operante num renovado ambiente judiciário, plasmado sob duas premissas: (i) os conflitos – inter ou plurissubjetivos – constituem um mal em si mesmos, nisso que acirram a litigiosidade, esgarçam o tecido social, fomentam a cultura demandista e, ao final, e engendram os males de um superdimensionamento do Judiciário; (ii) tais conflitos devem ter solução justa, num equilíbrio entre custo e benefício, e serem dirimidos em tempo razoável, *mas não necessariamente pela via judicial*, senão que também – e certos casos até preferivelmente – por meio dos chamados *equivalentes jurisdicionais*, tais as formas alternativas de solução de conflitos, nas várias modalidades auto e heterocompositivas.

[...]

Exemplo emblemático do ora afirmado se dá na Justiça do Trabalho, em que a jurisdição, típica ou estatal (“solução adjudicada”), aparece como *uma das formas* – não a mais ocorrente – de resolução dos conflitos, porque o universo de possibilidades a respeito se estende por outras modalidades, passando pela *autodefesa* (greve, *lock out*), pela heterocomposição (arbitragem), máxime a conciliação. [...] ¹⁴³

Essa releitura implica, portanto, numa nova prestação jurisdicional: residual, combativa à cultura do conflito e à litigiosidade. Também implica que a tratativa dos conflitos seja feita de forma justa, acessível e satisfatória, em tempo razoável, mas não necessariamente feita pelo Poder Judiciário.

Por oferta residual, compreende-se que esta releitura posicione a via judicial como oferta secundária. Neste mesmo sentido, explicita Mancuso que em muitos casos os conflitos sejam tratados preferencialmente via equivalentes jurisdicionais.

Conforme já relacionado nos subcapítulos anteriores, as ideias de instrumentalidade do processo civil, como uma das formas de representação da terceira onda (Viviane Pontes), e de renovação do processo civil como forma de facilitar o acesso à Justiça (Rodolfo de Camargo Mancuso) são correlatas. Avaliando-se a necessidade de uma nova prestação jurisdicional, é possível observar que a proposta de releitura do acesso à Justiça pode representar um avanço da terceira onda de acesso à Justiça no Brasil.

O acesso à Justiça, na compreensão de Mancuso, deve ser visto como uma cláusula de reserva, de aplicação subsidiária em situações específicas: a) nos casos que exigem judicialização, por sua natureza ou previsão legal, como as ações necessárias, e outras; b) nos

¹⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 70.

casos que versam sobre direitos indisponíveis, em que é impossível negociação, como atos de improbidade administrativa; c) nos casos submetidos à parajurisdição, com alguma nulidade insanável ou que deva ser revista judicialmente, como a decisão arbitral sobre matéria excluída. d) nos casos de competência originária dos Tribunais, como a homologação de sentença estrangeira.¹⁴⁴

Assim, o Judiciário, em vez de produzir Justiça de massa, poderá se dedicar às controvérsias não resolvidas, ou mesmo inadequadas à solução pela via auto ou heterocompositiva não estatal. A Justiça de massa existe cada vez mais organismos, orçamento, e agigantam o Judiciário indesejavelmente, sem resolver o problema, já que a crise numérica é uma consequência, não a origem. Num círculo vicioso, a oferta ilimitada de Justiça só faz aumentar a demanda por ela.¹⁴⁵

[...] Não é possível convivermos com a idéia de que somente a força obrigatória do Estado, por meio de uma sentença judicial, possa dirimir conflitos, resolver controvérsias. Precisamos nos conscientizar de que é necessário pôr um freio generalizado, evitando se, tanto quanto possível, lides temerárias, procedimentos de má-fé, recursos para se ganhar tempo, expedientes ou ações de defesas infundadas. Agir por agir, judicialmente, não mais pode ser permitido; existem instrumentos processuais, mas essas situações não têm sido evitadas.¹⁴⁶

Assim, direito de ação não é dever de ação, nem todo interesse é judicializável, de modo que o poder judiciário não deve ser uma prestação primária (como educação, saúde, segurança públicas, etc.) mas uma oferta residual.¹⁴⁷

Deste modo, não é dever do Judiciário apreciar e julgar todo e qualquer tipo de conflito, uma vez submetido à sua apreciação, mesmo porque essa prática é apontada como fator que leva à crise numérica do acesso à Justiça no Brasil.

Portanto, defende Mancuso uma visão mais literal do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988:

É preciso, pois, que o operador do Direito esteja atento para não do extrair do artigo 5º, XXXV da CF, *mais do que nele se contém*, em termos de extensão, compreensão e finalidade, dando que, realisticamente, cuida-se de dispositivo *endereçado precipuamente ao legislador*, alertando-o para excetuar da apreciação do Judiciário históricos de lesões sofridas ou temidas. [...]¹⁴⁸

¹⁴⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 71-98.

¹⁴⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 73.

¹⁴⁶ DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma experiência profissional. In DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 54.

¹⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 73-74

¹⁴⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 74.

Com efeito, o existem tentativas do ordenamento em modificar a cultura judiciarista, para enfrentar a regra da judicialização dos conflitos.

Mancuso, objetivando a demonstrar as funções do Poder Judiciário brasileiro, realiza descrição que aprofunda a compreensão sobre a dinâmica do acesso à Justiça no Brasil, caracterizada também pela recente tendência a buscar modificação na cultura judiciarista.

Analisando a dinâmica do acesso à justiça no Brasil, Mancuso defende que, em que pese a garantia constitucional do acesso à justiça, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro vem buscando mudar a cultura judiciarista, *ofertando outros meios de composição*, como a justiça de paz, a justiça desportiva (CF, arts. 98, I, e 217, § 1º),¹⁴⁹ divórcios consensuais e inventários por escritura pública nos tabelionatos, e pelo *surgimento de tipos combinados de meios auto e heterocompositivos*, como a mediação mesclada com arbitragem, ao passo que, na coletividade, vai se firmando a credibilidade nestes equivalentes jurisdicionais. Nossa Justiça é unitária, tendo como regra judicializar os conflitos, mesmo com as limitações da solução judicial de mérito em resolver efetivamente conflitos, de modo que a crise jurídica atinge aspectos sociais, políticos ou econômicos.¹⁵⁰

O Brasil, situando no Legislativo a função da criação de leis, avocou o poder de interpretação e aplicação das leis, configurando a indeclinabilidade, inafastabilidade ou ubiquidade da jurisdição.¹⁵¹

Segundo Mancuso, o Brasil assumiu o monopólio da Justiça, mas não tem conseguido ofertar uma resposta jurisdicional de qualidade, ou seja, aquela que tem seis atributos: justa (equânime), jurídica (ou seja, *tecnicamente consistente e fundamentada*), econômica, tempestiva, razoavelmente previsível (segurança) e efetiva (adequada a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos em julgado).¹⁵² Ressalta o autor que o projeto do Novo Código de Processo Civil parece prever a jurisdição integral, no artigo 4º.¹⁵³

¹⁴⁹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹⁵⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 57.

¹⁵¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 57.

¹⁵² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 59.

¹⁵³ Este artigo, atualmente em vigência no Novo Código de Processo Civil, dispõe: “Artigo 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0Ebe>. Acesso em: 20 jul. 2017.

O conceito de jurisdição estatal monopolizada vem sendo substituído pelo de jurisdição compartilhada: importa que a Justiça, estatal ou via outros meios auto ou heterocompositivos, resolva as controvérsias de forma justa, convincente, tempestivamente, e com efetividade (sem perpetuar o conflito por outros desdobramentos).¹⁵⁴

Maria Inês Targa exemplifica modificações no processo Brasileiro para abrigar sucedâneos de jurisdição, até 2004: Lei Federal nº 9.245/1995 (obrigatoriedade da audiência de conciliação no início do processo, o que define como fator que transformou o Juiz em mediador de conflitos); Lei Federal nº 9.099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que privilegia a conciliação, pelo Juiz ou por conciliadores nomeados, e prevê a arbitragem como mecanismo adotável); Lei Federal nº 9.307/1996 (revitalizou a arbitragem, já existente no Brasil, porém não regulamentado segundo a autora); modificações na CLT para inserção do procedimento sumaríssimo (privilegiador da conciliação) e das Comissões de Conciliação Prévia (sistema de solução de conflitos extrajudicial); Lei dos Juizados Federais de Pequenas Causas¹⁵⁵ que adotaram meios alternativos de solução de controvérsias.¹⁵⁶

Destarte, diz-se que um Estado logra acesso à Justiça, através do mecanismo jurisdicional, quando sua prestação jurisdicional atinge estas qualidades, as quais o Poder Judiciário brasileiro não provém integralmente.

Jurisdição, para Rodolfo de Camargo Mancuso, tem sentido atual que não necessariamente se liga à noção de Estado, sendo mais amplo, e visa prevenir lides, e resolver em tempo razoável as já judicializadas. Lides não resolvidas ‘esgarçam o tecido social’, sobrecarregam o Judiciário e estimulam a litigiosidade, interessando hoje que as lides de componham com justiça, ainda que não judicializadas (e, em alguns casos, que preferencialmente não sejam judicializadas). Este sentido delimita o espaço propício à função judicial do Estado, utilizável para lides mais complexas e singulares, não resolvidas ou não resolvíveis em outras instâncias (ações necessárias).¹⁵⁷ Do contrário, o Judiciário continuará congestionado, não podendo dar uma resposta judiciária de qualidade em tempo razoável, o que

¹⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 59-60.

¹⁵⁵ BRASIL, Lei Federal nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/3GzoY>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹⁵⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 110-111.

¹⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 60.

pode se agravar com o aumento demográfico e/ou pela expansão da litigiosidade na sociedade.¹⁵⁸

Complementando as análises supra realizadas, Viviane Pontes, em ensinamento supracitado, compara duas possibilidades de avaliação do real sentido da garantia constitucional de acesso à justiça, quais sejam, a garantia dos direitos processuais (tutela jurisdicional) e a garantia do direito material (tutela jurisdicional do direito), sendo esta a que confere respostas mais satisfatórias às pretensões transindividuais deduzidas em juízo.¹⁵⁹

O conceito contemporâneo de jurisdição, para Rodolfo de Camargo Mancuso, é baseado na composição justa dos conflitos, independentemente do meio ou instância que se obteve este fim. Assim, finalidade da jurisdição em se obter sentença de mérito (CPC/73, artigo 463) foi suprimida pela Lei Federal nº 11.232/2005, e esta ideia nova de jurisdição consagra-se no projeto de lei nº 8.046/2010 (Novo CPC), que no artigo 4º,¹⁶⁰ prevê o direito à atividade satisfativa (e não só cognosciva). O Direito brasileiro, preocupando-se com o grande número de demandas, face a lenta resposta judiciária, vem disponibilizando os meios aceleratórios do processo, para combater o ‘tempo inimigo’ (Carnelutti).¹⁶¹

Deve-se evitar primar, tão somente, pela celeridade processual, para o aperfeiçoamento do sistema de Justiça, devendo-se garantir, antes, uma Justiça cidadã, acessível ao povo.¹⁶²

Em sentido semelhante, Maria Inês Targa, evidenciando a crise do Judiciário, sobre as quais os doutrinadores indicam problemas estruturais (várias instâncias, poucos juízes e controles insuficientes), funcionais (processualística complexa e leis não adequadas) e relacionados à formação deficitária dos magistrados e advogados, expõe duas vertentes a serem melhoradas para ter uma solução de conflitos mais atuante:¹⁶³ buscar aperfeiçoar as condições

¹⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 97-98.

¹⁵⁹ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 16.

¹⁶⁰ Este dispositivo atualmente está em vigor: “Artigo 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

¹⁶¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 82.

¹⁶² CAMPOS, Marcelo Vieira de. Não basta a justiça ser célere, precisa ser acessível. *Revista ConJur*. São Paulo, dez./2011, ISSN 1809-2829. Disponível em: <goo.gl/ViMmvh>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 1.

¹⁶³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. O magistrado e a conciliação. *Boletim Informativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, ano 15, n. 159, jul. 2001. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/boletim>>. Acesso em: 19 jul. 2017, p. 24.

judiciais e extrajudiciais de solução, e em qualquer caso, é preciso a deformalização¹⁶⁴ das controvérsias:

1) Deformalização das controvérsias como meio de tornar o processo meio efetivo de obter solução aos conflitos de interesse, e um instrumento ético para realizar a justiça e garantias individuais. O processo, hoje formalizado (com dificuldades, lentidão, custo e falta de acesso), deve ser deformalizado, para virar um processo simples, rápido e de baixo custo;

2) Deformalização das lides pela busca de meios extrajudiciais de solução de conflitos: é preciso adotar tais técnicas, alternativas à prestação jurisdicional estatal, pois o monopólio estatal da distribuição da justiça gerou um processo lento, complexo e custoso, não atendendo integralmente os anseios sociais. Estes meios, chamados de Resoluções Alternativas de Disputas, são principalmente a negociação, mediação, conciliação e arbitragem, devem ser estudados e difundidos.¹⁶⁵

A partir da ideia de homologação de acordos extrajudiciais, e da vertente da deformalização das controvérsias, Maria Inês Targa busca esclarecer que não se trata de privilegiar a solução negociada e, ao mesmo tempo, submetê-la ao crivo do Judiciário: as lides devem ser cada vez mais resolvidas pelas próprias partes, com responsabilidade, permitindo em casos de conflituosidade mais acirrada e com mais relevância jurídica (em especial sobre direitos coletivos e difusos), sejam mais celeremente analisadas pelo Judiciário. Não se pode relegar outras vertentes do acesso à justiça, cabendo ao Judiciário informar os cidadãos e seus direitos e dar segurança jurídica, eventualmente. Combater a morosidade (obtida se algumas atividades forem tiradas do Judiciário) não pode ser um fim em si mesmo, sendo preciso melhorar a prestação jurisdicional ofertada. É preciso ampliar e sedimentar o uso dos MASC's (Meios Alternativos de Solução de Conflitos), reconhecer que o Judiciário não tem estrutura para atender a todos de forma célere econômica e democrática, mas é preciso a prestação do atendimento adequado, mesmo que para dar *segurança* às partes, que é uma das bases da pacificação social. A autora acredita que o Processo Civil se encaminha para isso.¹⁶⁶

Por outro lado, a vertente da deformalização das controvérsias, focando em meios extrajudiciais de solução de conflitos, enfoca na análise e difusão das ADRs (*alternative dispute*

¹⁶⁴ “A expressão deformalização tem sido utilizada, em muitos artigos, por Ada Pellegrini Grinover, entre outros, como consta, por exemplo, do artigo de sua lavra “Conciliação”, publicado na *Revista de Processo*, São Paulo, ano 11, n. 41, p. 199, jan./mar. 1986.” TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 59. Neste mesmo sentido, GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, v. 12, 1987, p. 60-82.

¹⁶⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 59-60.

¹⁶⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 86-88.

resolution - meios alternativos de solução de conflitos), como negociação, mediação e arbitragem. Ressalta a autora que estas ADRs são ‘excelentes formas de participação popular na solução de conflitos’.¹⁶⁷

Portanto, a autora defende a modificação (deformalização) do processo, para que seja instrumento ético para realização de justiça e das garantias individuais. Este entendimento vai de encontro com as novas teorias, do *processo civil de resultados*. Neste sentido, Dinamarco e Lopes fazem a correlação entre instrumentalidade do processo civil e acesso à justiça:

O processo civil moderno é o resultado de uma evolução desenvolvida a partir de um longo período no qual o sistema processual era encarado como mero capítulo do direito privado, sem autonomia; **passou por uma fase de descoberta de conceitos e construção de estruturas bem ordenadas, mas ainda sem a consciência de um comprometimento com a necessidade de direcionar o processo a resultados substancialmente justos; e só em tempos muito recentes, a partir de meados do século XX, começou a prevalecer a perspectiva teleológica**¹⁶⁸ do processo, superado o tecnicismo reinante por um século. Falamos por isso em três fases metodológicas na história da ciência processual civil: uma de *sincretismo*, vigente desde as origens; uma *autonomista* ou *conceitual*, que se implantou em meados do século XIX; e, finalmente, uma *teleológica* ou *instrumentalista*, que é a atual. [...]

[...] A definição dos escopos do processo e a consciência de que este é um instrumento a serviço de todos esses escopos permitem ao intérprete definir certas ideias, premissas e princípios que nortearão a concepção dos institutos processuais em sua aplicação a cada situação concreta. Assume particular relevância nesse contexto a ideia de *processo civil de resultados*, de íntima aderência à missão social do processo e à teoria geral do processo civil.

Consiste esse postulado na consciência de que o valor de todo o sistema processual reside na capacidade, que tenha, de propiciar ao sujeito que tiver razão uma situação melhor do que aquela em que se encontrava antes do processo. Não basta o belo enunciado de uma sentença bem estruturada e portadora de afirmações inteiramente favoráveis ao sujeito quando o que ela dispõe não se projetar utilmente na vida deste, eliminando a insatisfação que o levou a litigar ou a resistir a uma pretensão de outro sujeito e propiciando-lhe sensações felizes pela obtenção da coisa ou da situação postulada. Na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter, sob pena de carecer de utilidade e, portanto, de legitimidade social.

[...] O que determinou o banimento da *tutela de direitos* do sistema e da linguagem do processualista moderno foi a óbvia descoberta de que o processo não é um modo de *exercício de direitos* pelo autor, mas instrumento público para o exercício da jurisdição e consecução de seus escopos, particularmente o de pacificar os sujeitos e oferecer-lhes o *acesso à justiça* [...].

[...]

Sabido que o escopo magno do processo civil é a pacificação de pessoas e a eliminação de conflitos segundo critérios de justiça [...], consistindo nisso a função estatal a que tradicionalmente se *chama jurisdição*, segue-se que compete aos órgãos jurisdicionais outorgar essa proteção àquele cuja pretensão seja merecedora dela. [...] Sem a efetividade de resultados assim o processo civil careceria de legitimidade. **[Grifo Nosso].**¹⁶⁹

¹⁶⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 60.

¹⁶⁸ Significado de Teleologia: “[...] Estudo do alcance, essência e causas finais das normas legais; segundo Ihering, o fim é o criador do Direito.” GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011, ISBN 978-85-339-1749-1, p. 561.

¹⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 17-23.

Angelo Pêpe Agulha traz importante reflexão acerca da verdadeira finalidade do ordenamento jurídico:

[...] o que está por trás do estabelecimento das leis, e que serve de fonte de inspiração para qualquer legislador, é a busca pela justiça e principalmente pelo estabelecimento da conciliação entre as partes envolvidas em quaisquer questões de quaisquer naturezas.

[...] a fonte inspiradora de todo o arcabouço legal está baseada na busca efetiva do acordo que, por meio da conciliação entre as partes pode evitar uma série de desgastes físicos, de tempo e também de recursos financeiros que em certos casos nem justificariam a utilização dos recursos judiciais.

É interessante observar que o cerne da questão está baseado justamente no objetivo que na maioria dos casos fica em segundo plano em função das desavenças ocasionadas pelo conflito de posições entre as partes envolvidas.¹⁷⁰

É preciso enfrentar a situação atual, implementando uma política judiciária com mais de uma frente de modo a promover:

[...] mudança de mentalidade dos operadores do Direito; melhor informação ao jurisdicionado quanto aos outros meios e modos de resolução de conflitos; valorização e aplicação destes últimos mesmo no âmbito dos processos judiciais pendentes; prévio encaminhamento dos contraditores aos agentes, órgãos e instâncias capacitados à composição justa do conflito; concepção *residual* do acesso à Justiça estatal, por modo a valorizá-la e preservá-la para a recepção das lides relevantes para a comunidade, efetivamente complexas, ou ainda aquelas que, em razão de peculiaridades da matéria ou das pessoas envolvidas, não comportam resolução por outros meios (ou quando estes tenham sido esgotados), inclusive as ações ditas *necessárias*.

Recentemente, a ideia de monopólio estatal na jurisdição vem sendo superada, entretanto, a cultura do litígio (também chamada por Rodolfo de Camargo Mancuso como cultura demandista ou judiciarista) é responsável pelo contínuo crescimento da demanda ao Poder Judiciário, ao passo que a resposta à esta demanda, equivocadamente, tem sido o crescimento desmesurado do Judiciário, ofertando uma justiça de massa.¹⁷¹

Explicando o processo de superação da concepção de jurisdição, Mancuso:

A concepção contemporânea de *Jurisdição* vai deixando de ser tão centrada no *Poder* – dimensão *estática*, ligada à ideia de *soberania* – para se tornar aderente à *função* (dimensão *dinâmica*) que o *Estado Social de Direito* deve desempenhar no sentido de promover a *resolução justa dos conflitos, num tempo razoável*. Isso leva a que esse desiderato possa ser exercido não mais em termos de monopólio estatal na distribuição da Justiça, mas consentindo outras modalidades e instâncias decisórias, ao pressuposto de que desempenhem com efetividade suas atribuições, donde o notório crescimento dos chamados *meios alternativos* ou *equivalentes jurisdicionais*. Não por acaso, a *terceira onda* de renovação do processo civil, ao início lembrada, propugna, no âmbito da facilitação do acesso à Justiça, por um novo tipo de processo e de

¹⁷⁰ AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 83.

¹⁷¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 13.

prestação judicial: um processo de perfil não adversarial, isto é, não reduzido à dicotomia “vencedor e vencido,” mas, antes, apto a se desenvolver num ambiente menos tenso, que recepciona as divergências e busca harmonizá-las. O que, de resto, afina-se com a diretriz da “solução pacífica dos conflitos,” estabelecida na CF, artigo 4º, VII.

Portanto, a superação da ideia de jurisdição como monopólio estatal, somada ao fomento da solução justa dos conflitos, em tempo razoável, é dever do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, se faz necessário uma renovação do processo civil como forma de facilitar o acesso à Justiça.

Liberalizar ou generalizar incondicionalmente a oferta de justiça estatal gera aumento da litigiosidade na sociedade (aumento da cultura do litígio), desestimula a busca pelos meios alternativos e sobrecarga o Judiciário. Tais aspectos, juntos, são responsáveis pela crise do Judiciário, parte de uma crise ainda maior: a crise do acesso à Justiça.

Para Rodolfo de Camargo Mancuso, equivalentes jurisdicionais não visam concorrer com o Judiciário, mas sim servirem como estradas vicinais, onde devem transitar conflitos que, por sua natureza, opção das partes ou outro critério, se resolvam *fora e além* do Judiciário, e somente em caso de não resolução da lide por estes equivalentes, as partes poderão decidir, com mais segurança, pelo que seja o melhor caminho, mesmo pela judicialização, em último caso.¹⁷²

Por outro lado, a utilização dos mecanismos alternativos, em alta escala, pode de fato democratizar o acesso à justiça.

Um dos pilares da democracia é a igualdade das pessoas, que deve existir no processo, de modo que todas as partes devam estar assessoradas por profissionais de nível adequado, como os defensores públicos às partes sem condições financeiras. Outro aspecto da democratização do acesso à justiça é buscar soluções alternativas para resolver os conflitos de forma justa e célere, de modo que Targa defende ser preciso melhorar e alargar a possibilidade de mediação, implantar a mediação pelos Juizes de paz (conforme já previsto na Constituição), e melhorar os Juizados Especiais que, se bem implantados e conduzidos, podem de fato democratizar o acesso à justiça, por sua gratuidade, desnecessidade de contratação de advogado, privilégio de conciliação de conflitos (inclusive com participação de conciliadores voluntários), por sua simplificação do processo e valorização do direito material (instrumentalidade), em conformidade com as reformas processuais feitas a partir de 1994, e conforme propostas de

¹⁷² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 38-39.

doutrinadores como Kazuo Watanabe, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, entre outros.¹⁷³

Relembrando que sua obra data de 2004, Maria Inês Targa defende que o Processo Civil Brasileiro não consagra a amplitude da democracia pretendida, com rápida solução das lides. O processo, por muitos anos, foi privilegiado face o direito material, o que tem sido analisado por doutrinadores, e há uma tendência a buscar sua instrumentalidade, para alcançar o objetivo da pacificação social. É preciso melhorar o processo, para fazer dele local de uma efetiva mediação das partes em conflito, para que elas próprias alcancem solução, e sejam responsáveis, como cidadãs, pela busca solução do conflito.¹⁷⁴

Para Viviane Pontes, a interpretação errônea do acesso à Justiça, pautada numa ideia de monopólio da justiça pelo Estado, é reflexo uma interpretação equivocada do direito de acesso à Justiça, reflexo da interpretação atual do princípio da indeclinabilidade da jurisdição:

Os milhões de processos em curso em nosso aparelho judiciário estatal derivam, em larga medida, de uma leitura exacerbada e irrealista que tem sido feita do *acesso à Justiça* (também chamado princípio da *ubiquidade/indeclinabilidade/inafastabilidade da jurisdição*), sediado no inciso XXXV do artigo 5º da CF: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.” Embora inserida no capítulo dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (artigo 5º e incisos), trata-se de norma precipuamente dirigida ao Legislativo, e só indiretamente aos jurisdicionados, porque aquele inciso adverte esse Poder – e, reflexamente o Executivo, quanto à propositura de projetos de lei – para que se abstenham de apresentar textos tendentes a excluir certos conflitos ao contraste jurisdicional. Vale lembrar, desde logo, que o verbo “apreciar” é *axiologicamente neutro*, e assim aquela “garantia” não implica *compromisso* ou *engajamento* de que os históricos de lesão sofrida ou temida serão resolvidos em seu mérito, já que o enfrentamento deste depende da presença de certos quesitos – condições da ação e pressupostos processuais – e da ausência de outros tantos, tais a litispendência, a exceção de coisa julgada, a convenção de arbitragem (CPC, artigo 267, V, VI, VII).

Além dessa redução conceitual na extensão e compreensão do citado texto constitucional, a mensagem nele contida é de ser compreendida e contextualizada no ambiente geral da *resolução das controvérsias* – tarefa não confiada *exclusivamente* ao Judiciário – tanto assim que os conflitos ocorrentes no desporto devem previamente ser submetidos aos Tribunais Desportivos (CF, artigo 217, § 1º), e, além disso, certas matérias e processos seguem afetos a órgãos “parajurisdicionais” como os Tribunais de Contas (CF, artigo 71), a Justiça de Paz (CF, artigo 98), os Tabelionatos (Lei 11.441/2007: CPC, arts. 982, 983, 1.031, 1.124-A), o CADE (Lei 12.529/2011, arts. 4º e 93), sem falar que certas condutas e deliberações da Administração Pública são refratárias ao crivo jurisdicional [...].¹⁷⁵

Uma vez expresso que o princípio da indeclinabilidade da jurisdição tem como destinatário direto o Legislativo, e apenas indiretamente os jurisdicionados, fica demonstrado

¹⁷³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 50-51.

¹⁷⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 57-59.

¹⁷⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 67.

que a crise no acesso à Justiça reside na interpretação errônea sobre o monopólio estatal. Somando-se a este entendimento uma releitura do artigo 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 do termo ‘apreciação’, pois que apreciar não significa dever de julgamento de mérito de qualquer tipo de lesão sofrida ou temida, pois há que se considerar existência de pressupostos processuais, bem como interpretar o dever de apreciação no contexto geral da resolução de controvérsias (que pode significar resolução estatal e não-estatal).

Viviane Pontes, buscando o real sentido da garantia do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988, destaca duas possibilidades, a garantia dos direitos processuais (tutela jurisdicional) e a garantia do direito material (tutela jurisdicional do direito), sendo esta a que mais se aproxima do acesso à Justiça:

[...] Pode-se dizer que o Estado oferece tutela tanto quanto garante direitos processuais, como quanto garante direitos materiais, por meio dos instrumentos processuais disponíveis. [...].

A primeira acepção (tutela jurisdicional) leva o termo à idéia de proteção aos direitos processuais, estabelecidos pelo Estado.¹⁷⁶

[...] a garantia estampada no artigo 5º, XXXV, Constituição Federal, exige que, mesmo neste caso, a resposta fornecida pelo Estado seja dada dentro de parâmetros razoáveis, obedecidas as indicações fornecidas pelo direito processual em abstrato.

Nesse equilíbrio abstrato reside a tônica da tutela jurisdicional: respeitar, mesmo que de maneira apriorística, a necessidade de oferecer a todos os interessados uma resposta adequada (à preservação de seus legítimos interesses), em tempo compatível e com o menor dispêndio possível, seja no plano econômico, seja no psicológico, seja social.

[...]

A idéia é assegurar, a quem desejar estabelecer alguma pretensão em juízo, condições efetivas para que isso se dê, além de garantir àquele, em face de quem se pretende essa guarida, suficientes meios de ser ouvido, de influir, de apresentar suas versões e de demonstrar também ser em seu benefício a proteção do direito material. Vale frisar que, mesmo nesta acepção, o termo tutela jurisdicional não se limita a observar o resultado final do processo; importa todo o curso do processo e somente na medida em que todo ele seja hábil a tratar dos direitos em abstrato é que haverá realmente tutela jurisdicional.

Diversa desta noção é aquela relativa à tutela jurisdicional do direito (efetiva proteção do direito material).¹⁷⁷

Requer-se aqui uma prestação jurisdicional que, considerada em seu conjunto, esteja realmente apta a proteger o direito sustentado pelo autor.

[...]

Em que pese o mérito da primeira noção explicitada (tutela jurisdicional como instrumento de proteção de direitos processuais), entende-se que, na temática do acesso à justiça, a segunda acepção (efetiva proteção do direito material) é a que confere respostas mais satisfatórias às pretensões transindividuais deduzidas em juízo.¹⁷⁸

¹⁷⁶ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 14.

¹⁷⁷ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 15.

¹⁷⁸ PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016, p. 16.

Romper com a ideia de monopólio jurisdicional, inclusive, não se trata de uma possibilidade inconstitucional:

[...] Os constitucionalistas afirmam, com absoluto conteúdo científico, que o preâmbulo é a parte mais importante da Carta Magna. Toda a Constituição deve ser interpretada a partir dele. Quando lá diz: com a solução pacífica das controvérsias [“PREÂMBULO: Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a 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, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a **solução pacífica das controvérsias**, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”]¹⁷⁹, não se está dando exclusividade ao Poder Judiciário para a prestação jurisdicional. A solução das controvérsias por intermédio do Poder Judiciário é apenas o caminho estatal. Estão-se incentivando caminhos alternativos exercidos pela própria cidadania, com a mediação, a arbitragem, e os tribunais de vizinhança, hoje tão consagrados no Direito norte-americano e também considerados como de absoluto êxito na Nova Zelândia e na Austrália, onde operadores e não-operadores do Direito, homens de várias profissões, reúnem-se aos sábados e domingos em organizações coletivas para solucionar conflitos dos seus bairros. As soluções encontradas por eles são reconhecidas pelos órgãos estatais.

Meios alternativos também podem ser encontrados nos sindicatos, nas universidades, nas organizações não governamentais, nas instituições religiosas e educacionais. Tudo a modificar o panorama de solução de conflitos.

Sabemos, embora este dado não seja muito confiável, que apenas 2% dos conflitos são entregues ao Poder Judiciário para solução. Então, há 98% de conflitos no Brasil exigindo que outros caminhos sejam buscados ara que seja determinada a estrutura de paz.¹⁸⁰ [Grifos e Inserções Nossas].¹⁸¹

A proposta de releitura apresentada por Viviane Pontes, embora compatível à proposta de releitura de Mancuso, certamente possui roupagem diferente. Afinal, se interpretada de forma extensiva, o primado da tutela jurisdicional do direito sobre a tutela jurisdicional pode implicar em flexibilização processual em prol do direito material.

Rodolfo de Camargo Mancuso defende que o conceito de acesso à Justiça foi superdimensionado, por que vem sendo geralmente (e excessivamente) indicado no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”)¹⁸², limitando o acesso à Justiça ao acesso à prestação jurisdicional, o que

¹⁷⁹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹⁸⁰ DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 13.

¹⁸¹ DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 12.

¹⁸² BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

fez perder o real significado do termo, e ocasionou a cultura demandista ou judiciarista, sobrecarregando o Judiciário, prejudicando a cidadania, ao desestimular outros meios auto e heterocompositivos.¹⁸³

Aumentar a oferta do Judiciário, para garantir o acesso à justiça, não basta, sendo preciso adotar ações afirmativas que alterem inclusive o direito substantivo, para reduzir de fato as desigualdades, ao passo que a população seja informada pelos direitos, sobretudo relativos ao mínimo existencial, que inclui, segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, a composição justa dos conflitos, em tempo razoável e com técnica consistente, já que o acesso à justiça é parte de do contexto de existência digna.¹⁸⁴

O autor realiza considerações sobre mecanismos adequados de facilitação do acesso à Justiça, aos quais pode-se observar possibilidade de inserção dos mecanismos consensuais de solução de conflitos no ideário de facilitação de acesso à Justiça elaborado pelo autor.¹⁸⁵

Facilitar o acesso à justiça não é generalizar ou prodigalizar o acesso, o que banalizaria a solução dada pelo Judiciário (judicialização do cotidiano), cada vez mais custosa ao Estado, ao passo que a decisão judicial polariza as partes, é voltada ao passado, não pensa no futuro, nem na continuidade das relações, por vezes perpetua desavenças ou ocasiona lides futuras. O monopólio estatal na distribuição da Justiça é desatualizado e defasado, evocando a imagem da construção de uma rodovia (já citada em doutrina): se a rodovia for bem asfaltada, iluminada, sem pedágio, com acostamentos largos, etc., todos os condutores de veículos irão procurá-la ao invés das demais estradas, e logo esta rodovia estará com buscados e congestionamento.¹⁸⁶

Da mesma forma, ocorre com o Poder Judiciário. Pedindo vênias para interpretar esta analogia, observa-se que o objetivo do autor não é declarar que o Poder Judiciário não deva ser aprimorado, ágil, e bem estruturado de forma a fornecer uma solução adjudicada adequada (*justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem reconhecido*), mas que esta não deve ser a única oferta de solução de conflitos a apresentar tais características. Os equivalentes jurisdicionais, auto e heterocompositivos, também merecem investimento, espaço institucional, difusão entre os

¹⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 28.

¹⁸⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 30-31.

¹⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 37.

¹⁸⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 36.

operadores do direito e na sociedade civil, para que sejam vistos pelo público alvo como uma alternativa tão ou mais vantajosa que o Judiciário.

A analogia da estrada, acima, demonstra que dificilmente a mera ampliação do acesso à Justiça é capaz de reduzir o desgaste do Judiciário.

Neste mesmo sentido, André Gambier Campos interpreta as soluções apontadas por Falcão:¹⁸⁷ “i) pode-se acelerar e melhorar a produção de serviços jurisdicionais; ii) pode-se reduzir a demanda por tais serviços; e iii) pode-se combinar ambas estratégias.”¹⁸⁸ Entretanto, ressalta o autor “[...] quanto mais eficaz e eficiente a produção de serviços jurisdicionais, mais crescerá a demanda por estes últimos [...],” de modo que entende necessário pensar nas outras soluções.¹⁸⁹

Mendes defende que o sistema judicial tem como maior urgência encontrar meios alternativos que garantam celeridade processual e acesso à justiça.¹⁹⁰ O questionamento que resta, a partir deste raciocínio, é se solução de emprego dos mecanismos ditos alternativos pelo Poder Judiciário, ainda que parcialmente, tem o potencial de solução, de forma eficaz, da crise do Judiciário? Ou pode ser outro fator de contribuição para a expansão da litigiosidade e da cultura do litígio?

Para responder a este questionamento, faz-se necessário analisar os mecanismos alternativos de solução de conflitos, em especial a mediação, compreendida a partir do momento anterior de sua regulamentação.

3 MASC – MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

3.1 HISTÓRICO

Na democracia, a comunidade governa pela sua própria vontade, através da opinião coletiva, livre e soberana, com proteção da lei, sendo sistema que privilegia a liberdade e a

¹⁸⁷ FALCÃO, J. Estratégias para a reforma do Judiciário. In: RENAULT, S. R., BOTTINI, P. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004), apud CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

¹⁸⁸ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

¹⁸⁹ CAMPOS, André Gambier. *Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade*. IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

¹⁹⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 84.

igualdade.¹⁹¹ Desde o surgimento da democracia, na Grécia, o conflito de interesses, debate de ideias e respeito ao pluralismo importaram para que os cidadãos pudessem resolver como encaminhar suas questões e as da comunidade, juntos.¹⁹²

Culturas antigas desenvolveram, por séculos, a maturidade para privilegiar a solução conciliada dos conflitos, característica que falta às novas nações: é necessária a solução pacífica e negociada pelas próprias partes, e que exista um Judiciário forte e atuante que leve aos cidadãos a solução de seus conflitos, e o real exercício da cidadania, e para obter a paz social.¹⁹³

O mecanismo de solução de conflitos estatal é realizado pelo exercício do poder jurisdicional. Ele comporta soluções consensuais (autocompositivas), ou impositivas (heterocompositivas). Todavia, não é o único meio de solução de conflitos, podendo-se mencionar a autotutela (exercício de interesses de forma unilateral, independentemente de terceiros), bem como os meios não estatais de solução de conflitos. Estes últimos são técnicas, isoladas do exercício da jurisdição estatal, que servem à uma mesma finalidade: a pacificação social. Estes meios de solução de conflitos podem ser autocompositivos, como a mediação e a conciliação, ou heterocompositivos, como exemplo a arbitragem.

O Brasil adota o termo MASC: “Meios Alternativos de Solução de Conflitos,” para definir estes meios.¹⁹⁴ No país, a adoção dos meios alternativos de solução de conflitos não ocorreu somente a partir do atual contexto de crise do acesso à Justiça.

Com efeito, no sistema judiciário brasileiro previsto na Constituição de 1824, judicializar uma lide não era a regra, e sim exceção. A oferta do sistema de justiça era residual, na mesma medida em que os meios consensuais de solução de conflitos eram considerados como meio originário de solução de conflitos.

Neste sentido, Mancuso aponta equívoco na nomenclatura ‘instrumentos alternativos’, pois que historicamente, os meios não estatais de resolução de controvérsias surgiram antes da Justiça Estatal, sendo empregados pioneiramente na antiguidade e Idade Média. Aos poucos, a Justiça Estatal foi apropriando-se do processo e julgamento de controvérsias, e foi reduzindo as hipóteses de autocomposição, até que o Estado tornou-se detentor exclusivo do *jus puniendi*, criminalizando a justiça ‘de mão própria’, salvo resquícios autorizados da autotutela (legítima

¹⁹¹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 41.

¹⁹² TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 42.

¹⁹³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 46.

¹⁹⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 84.

defesa, estado de necessidade, prisão em flagrante, desforço imediato em defesa da posse, auto executoriedade de atos administrativos, greve).¹⁹⁵

Também questionando a nomenclatura mecanismos ‘alternativos’, Luiz Antunes Caetano propõe chamá-los de meios adequados de solução de conflitos, por questão semântica, visto que não se contrapõem ao Poder Judiciário.¹⁹⁶

A justiça de paz não é novidade trazida pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, II:¹⁹⁷ ela é prevista desde a Constituição do Império, nos artigos 161 e 162. A competência dos juízes de paz era de conciliar inclusive em questões criminais, e quanto às atribuições em matéria cível, eram sete:¹⁹⁸

[...] 1) **conciliar as partes, que para este fim recorrerem no seu juízo, valendo o acordo, por elas e pelo juiz, assinado como sentença;** 2) processar e julgar as causas cíveis de valor até quinhentos mil réis; 3) processar as causas de igual valor que versarem sobre bens de raiz, remetendo-o ao juiz substituto para julgamento; 4) preparar o processo da suspeição posta aos empregados do seu juízo; 5) processar a habilitação para o casamento civil e celebrar o ato; 6) arrecadar, provisoriamente, os bens de ausentes, vagos e do evento até que a autoridade competente providencie, e 7) abrir testamentos.¹⁹⁹

Acerca dos meios alternativos de solução de conflitos, a Carta de 1946 tinha as seguintes previsões: que competia à justiça do trabalho conciliar e julgar dissídios individuais e coletivos; possibilidade de criação de tribunais de alçada, inferiores à dos Tribunais de Justiça, e justiça togada investida por tempo limitado, para julgar causas de pequeno valor; justiça de paz temporária.²⁰⁰

A Constituição Federal de 1988 prevê que é competência dos juízes de paz celebrar casamentos, verificar processo de habilitação e exercer funções conciliatórias, sem caráter jurisdicional, entre outras funções previstas na lei.²⁰¹

A arbitragem, já era prevista na supramencionada Constituição do Império, na Resolução de 26 de julho de 1831 (causas de seguro), no Código Comercial Brasileiro de 1850, no Regulamento nº 737 de 25 de novembro de 1850, no Código Civil de 1916 (artigos 1.037 a

¹⁹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 14-15; 56.

¹⁹⁶ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 104.

¹⁹⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

¹⁹⁸ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 333-334.

¹⁹⁹ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 334.

²⁰⁰ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 260-261.

²⁰¹ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 335.

1.048), e desde 1996 passou a contar com regulamentação específica pela Lei Federal nº 9.307.²⁰²

[...] registre-se que a arbitragem foi utilizada pela diplomacia brasileira para resolução de questões de limites ou de fronteiras.

Ademais, o Mercosul, por exemplo, por efeito do Protocolo de Brasília, indica a arbitragem como um dos meios eficazes para a solução de conflitos, em seu âmbito.

Recorde-se que o Brasil tem uma singular tradição de resolver disputas envolvendo Estados soberanos por meio do Juízo arbitral *ad hoc*.²⁰³

O sistema arbitral brasileiro era facultativo na previsão da Constituição do Império, mas obrigatório na prática, sendo que sua obrigatoriedade foi revogada pela Lei nº 1.350 de 14 de setembro de 1866 (regulamentada pelo Decreto nº 3.900 de 26 de junho de 1867), que manteve apenas a arbitragem facultativa, e após sua regulamentação passou a prever a permissão de julgamento equitativo, se autorizado pelas partes.²⁰⁴

A arbitragem foi mantida por outras leis, durante a vigência da Constituição de 1891, que não a ab-rogou, sendo que o instituto foi consolidado pelo Decreto nº 3.084 de 05 de novembro de 1898. Na época da Constituição de 1934, foi promulgado o Código de Processo Civil pelo Decreto-Lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939, que disciplinou o juízo arbitral. A Constituição de 1937 não tratou da arbitragem, tal como as Constituições de 1947, 1967, EC nº 1 de 1969. O Código de Processo Civil de 1973 tratou do juízo arbitral, e a Constituição de 1988 possui a linha mais avançada sobre a arbitragem.²⁰⁵

A mediação, por sua vez, não tinha previsão legislativa, até recentemente. A mediação enquanto mecanismo de solução de conflitos não se confunde com o contrato de mediação previsto no artigo 725 do Código Civil, pois este caso se assemelha à corretagem, já que ao mediador compete agir com imparcialidade, pois não é vinculado às partes que pretendem celebrar contrato futuro, e deve colocar as partes em contato, aproximá-los, tirar dúvidas, prestar informações.²⁰⁶

3.2 CONCEITUAÇÃO

²⁰² MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 343-344.

²⁰³ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 343.

²⁰⁴ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 344.

²⁰⁵ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 345.

²⁰⁶ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 385.

Conforme já contextualizado em Capítulo anterior, as mudanças trazidas pela globalização, novas tecnologias, entre outros fatores, exigem rápida e efetiva solução para o conflito de interesses, pois uma solução tardia poderá vir a ser impertinente e mesmo impraticável ou sem benefícios às partes. O aumento da litigiosidade gerou aumento insustentável dos processos no Brasil, sem que houvesse estrutura jurisdicional correspondente. Assim, o Judiciário é incapaz de ministrar a justiça com celeridade, sendo este um fator de instabilidade social. Foi neste contexto que os meios alternativos foram adotados, e regulamentaram-se a utilização de árbitros, bem como a autocomposição dos litígios pelas partes.²⁰⁷

Os meios alternativos de solução de conflitos são identificados, por Targa, como ‘novas formas de solução de conflitos’, e ressalta que promovem a agilidade da solução, além de especificar que mecanismos como a negociação, mediação, arbitragem e outros meios podem ocorrer com ou sem a intervenção estatal (e que tal intervenção vem ocorrendo em muitos países).²⁰⁸

Conforme já abordado anteriormente neste estudo, um dos aspectos da crise do acesso à Justiça é o desconhecimento dos meios alternativos. Pode-se observar que o fenômeno de abandono dos meios não estatais chegou ao patamar tão elevado à ponto de ser completamente ignorado por parte da população.²⁰⁹

Os MASCs possuem atributos (informalidade; celeridade; confidencialidade; perfil prospectivo; tendência das partes de aderirem à decisão), ao passo que o sistema judicial heterocompositivo (principalmente o condenatório), apresenta deficiências que o desprestigia perante o povo (reporta-se aos fatos passados, por vezes irreversíveis, tendo assim um perfil retrospectivo; lentidão pelo excesso de demanda e formalismo; imprevisibilidade quanto ao resultado e duração; onerosidade).²¹⁰ É possível esquematizar e amplificar esta comparação, a partir do seguinte quadro:

Tabela 4 – Diferenças entre Mecanismos Alternativos de Solução de Conflitos e o Sistema Judicial Heterocompositivo

MASCs	Sistema Judicial Heterocompositivo
Informalidade	Excesso de formalismo
Celeridade	Lentidão (alta taxa de congestionamento)

²⁰⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 19.

²⁰⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 19.

²⁰⁹ Existem tentativas do Estado Brasileiro em ‘reensinar’, como será abordado em tópico posterior: CEJUSC.

²¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 37.

Confidencialidade	Processo é público, salvo exceção ²¹¹
Perfil prospectivo	Perfil retrospectivo
Tendência das partes de aderirem à decisão	Alta taxa de recursos e de cumprimento de sentença

Fonte: a autora.

Pela experiência, existem aspectos comuns aos meios adequados de solução de conflitos: são ágeis (facilmente provocados), informais, céleres (atingem rápido a solução do conflito), sigilosos (pela confidencialidade da solução e das manifestações das partes), econômicos (baixo custo) e eficazes, pela certeza de satisfação do conflito.²¹²

Watanabe²¹³ diferencia meios alternativos de solução de conflitos na América e na Europa: na América, meios alternativos (*ADR – Alternative Dispute Resolution*) são todos os meios que não sejam o tratamento dos conflitos pelo judiciário, o que inclui a negociação, a mediação, a arbitragem e por vezes outros que concorrem para o tratamento dos conflitos; alguns cientistas europeus definem o meio alternativo como a solução pelo Judiciário, pois historicamente a solução de conflitos era promovida sem intervenção do Estado, de modo que meios tradicionais são a negociação e a mediação. No sistema romano, o juiz privado precede o juiz estatal, sendo que este só se institucionaliza na fase final da *'cognitio extra ordinem'*.²¹⁴

A decisão judicial de mérito está perdendo terreno gradualmente, por não se adaptar às novas necessidades da sociedade de risco, massificada e globalizada, com a velocidade dos acontecimentos e pressão novos de interesses, o que demanda um novo perfil (modo renovado) de solução de conflitos: “[...] consensual, menos impactante, mais célere, desburocratizado, e tendencialmente duradouro, [...] mediante a participação dos interessados (e não com a exclusão deles) [...]”.²¹⁵ Em sentido semelhante, Lina Machado Câmara ressalta a importância dos MASC’s, em razão da tendência global de adoção destes mecanismos em razão de seus benefícios às partes.²¹⁶

²¹¹ O processo civil é, em regra, público, nos termos do Novo Código de Processo Civil: “Artigo 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. Parágrafo único. Nos casos de segredo de justiça, pode ser autorizada a presença somente das partes, de seus advogados, de defensores públicos ou do Ministério Público.” BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²¹² CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 104.

²¹³ Nesta obra (análise da autora), o autor faz muitas considerações sobre o anteprojeto da Lei de Mediação, que podem ser aplicados perfeitamente, pela qualidade de raciocínio, e similitude, ao Novo Código de Processo Civil.

²¹⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 43.

²¹⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 24.

²¹⁶ CÂMARA, Lina Machado. A mediação como solução de conflitos ambientais. *Themis – Revista da Esmeac*. Vol. 13. 2015. ISSN: 2525-5096. Disponível em: <https://goo.gl/c4xiqP>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 173.

O próximo tópico visa entender a mediação, suas classificações doutrinárias, bem como entender como o modelo era compreendido no Brasil, anteriormente ao Marco Legal da Mediação.

3.3 MEDIAÇÃO

A humanidade realiza mediação na sociedade, há anos, nas esferas pública e privada, mas matérias política, religiosa, familiar, escolar, policial, entre outras, em que mediadores têm vários nomes: ouvidores, intermediários, ministros, mentores, catalisadores, orientadores, etc.²¹⁷ Dias, menciona o começo do movimento da mediação nos Estados Unidos: 1976. Na China, mediação existe há dezenas de centenas de anos, tal como na França, Inglaterra, Noruega, Nova Zelândia, Austrália e Canadá. Na Colômbia, mediação existe desde 1983.²¹⁸

Esta mediação é definida por Carlos Fernando Mathias como: “[...] método de condução (voluntário e sigiloso), aplicado por um terceiro (naturalmente, neutro com relação às partes envolvidas), que seja pessoa capacitada, objetivando restabelecer comunicação interrompida, ou eliminar impasse, sempre procurando a que cheguem a um acordo [...]”.²¹⁹

Delgado define mediação como uma forma *alternativa* de finalização definitiva de litígio, através do acordo de vontade das partes em conflito. É preciso que o mediador compreenda e trabalhe o consentimento (vontade) das partes. Delgado, em obra anterior ao advento do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, razão pela qual o relato deve ser contextualizado (2003), explica que mesmo sem regulamentação da mediação, a técnica está presente em nosso ordenamento jurídico, defendendo constitucionalidade da mediação, pois que esta já está presente na Justiça, sendo preciso apenas criar uma disciplina específica, tal como foi feito com a arbitragem.²²⁰

Para o êxito da mediação, o mediador deve saber de suas funções psicológica e sociológica, não cabendo a ele impor decisão ou solução, mas convencer as partes pacientemente, ouvi-las, interpretar suas reações, sem envolver-se para não contaminar seu modo de buscar o consentimento das partes, pelas distorções da realidade do conflito. A

²¹⁷ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 12.

²¹⁸ DIAS, José Carlos de Mello. *Mediador: Uma experiência profissional*. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 56.

²¹⁹ MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 385-386.

²²⁰ DELGADO, José. *Constitucionalidade da mediação*. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 6.

Mediação é técnica de convencimento ampla, que abrange circunstâncias que os operadores jurídicos não estão acostumados, pois não é ensinado nos cursos de Direito, de mestrado ou doutorado, sendo que apenas atualmente existe a compreensão que a mediação é técnica amparada no ordenamento jurídico brasileiro, que soluciona definitivamente o conflito.²²¹

Todo meio de solução de conflitos depende, para sobreviver, de amparo no ordenamento, em especial na Constituição. Depreende-se, assim, que a mediação é constitucional, visto que não é possível conceber o bem-estar da cidadania e das relações interpessoais sem o estado de paz, e não há paz onde existem conflitos nas relações jurídicas. Assim, a objetivo do Estado democrático de Direito se vincula a instituir o estado de paz.²²²

Lina Machado Câmara fala da mediação ambiental, porém traz características comuns à mediação em geral: destaca o princípio da responsabilidade das partes na mediação, pois os que vivenciam o conflito são os mais adequados a obter solução geradora de benefícios mútuos. Por este princípio, adotar a mediação tem como consequência a perspectiva do conflito pelo “ganha-ganha” (“*win win*” – tenta-se o triunfo para ambas as partes), e não pela dicotomia “vencedor-perdedor,” comum aos outros meios de solução de conflitos, pois ambos têm oportunidade de vencer na mediação, já que não existe um terceiro que decide, sendo as próprias partes os ‘juízes’. O mediador, assim, apenas ajuda as partes a chegarem à própria solução, sendo processo voluntário, com as partes no controle de seus objetivos.²²³

Targa menciona o pensamento de Alejandro Ponjeman: a crise dos sistemas judiciários veio do excessivo individualismo dominante na sociedade industrial, e que o conceito filosófico de Justiça está apegado ao Aristotélico (dar a cada um o que é seu), que dirime lides através do processo, sem solucionar o conflito (sociológico), e por vezes gera mais ressentimentos, sendo cada vez mais difícil decidir, e mais preciso que as próprias partes elaborem a solução, o que se obtém na essência da mediação: rejeitar a ideia de vencer o outro, com adoção da ideia de que é possível uma solução com justaposição de desejos, primada pela autonomia da vontade. É a partir deste conceito que a autora conclui ser preciso inserir a ideia de mediação no Processo Civil brasileiro, e após, em outros ramos do Direito, não só para reduzir o volume de processos ou o trabalho dos Juízes, mas para “[...] mas a recriar uma sociedade que possa chegar a

²²¹ DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 7.

²²² DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 11.

²²³ CÂMARA, Lina Machado. A mediação como solução de conflitos ambientais. *Themis – Revista da Esmec*. Vol. 13. 2015. ISSN: 2525-5096. Disponível em: <<https://goo.gl/c4xiqP>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 176.

consensos, que tenha mecanismos eficientes de reduzir sua conflituosidade, restaurando a harmonia. [...]” Concordando com Ponjeman, a autora defende que a conflituosidade tem custos, que diminuam se houver pacificação social, fazendo com que o indivíduo, a comunidade e o país sejam mais competitivos, não havendo lugar para a ineficiência (inclusive a que advém da inaptidão para resolver conflitos).²²⁴

A partir deste raciocínio, Maria Inês Targa define mediação como atividade voltada a fazer com que as partes encontrem, pacificamente, solução para seu conflito de interesses. A atividade é feita por terceiro, neutro em relação às partes e ao conflito existente, chamado mediador, que através de técnicas disponíveis, até da Psicologia, busca auxiliar as partes a discutir pontos de discordância, para que uma parte considere o posicionamento da outra e, assim, obter consenso, não só para a construção de um acordo, mas para apaziguar seus espíritos (conciliação como resultado), e possibilitar a construção de um novo relacionamento. A mediação se desenvolve pela: criação de confiança entre as partes e entre elas e o mediador, a identificação dos pontos de conflito, os pontos de interesse comum, a criação de opções, a negociação e tomada de decisão; a confecção de um plano e processamento do acordo, passível de revisão futura, em especial em partes com relacionamentos continuados, para que se adaptem às mudanças cotidianas. O mediador une as partes e permite que solucionem a disputa por um debate sério e positivo das partes sobre suas divergências, sendo as partes as responsáveis pela solução dada, e delas o controle do resultado do processo, com regras menos complexas e fixadas pelas próprias partes, em consonância com o mediador, que tem o controle da conversa e facilita o entendimento entre as partes (identificando pontos de interseção de interesses), relevantes para a criação de um acordo e a construção de um relacionamento mais agradável. O mediador atua para que, de início, as partes superem a comunicação desgastada pelo conflito, já que por vezes as partes sequer se dispõem a conversar, não estando muito abertas a um entendimento. A qualificação do mediador está em entender as nuances do conflito e a psicologia das partes, atuando de forma neutra, ciente de que não proporá o acordo, devendo obter, das partes, a discussão de todas as suas divergências e fazê-los chegarem à uma conciliação real e efetiva.²²⁵

²²⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 130; PONJEMAN, Alejandro. *La mediación y la justicia estatal*. In: Congresso Internacional de Resolução Privada de Disputas. A Arbitragem e a Mediação no Contexto Socioeconômico do Século 21. Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da UnB. 2001. Palestra. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <www.aribter.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2002, *apud* TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 130.

²²⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 131-132.

Maria Inês Targa explica que muitas vezes a solução imposta visa pôr fim ao conflito, mas não se sedimenta nas pessoas, pois não foi a solução buscada e desejada pelas partes. A mediação decorre da razão que leva as pessoas a uma solução pacífica, pois que tem algum problema deve procurar, de algum modo, participar efetivamente dessa solução. A autora é convicta da efetivação da mediação por juízes ou profissionais com consciência desse espírito da mediação, mas seu objeto de estudo é avaliar se as técnicas da mediação extrajudiciais são aplicáveis em juízo, e quais adaptações são necessárias.²²⁶

A autora explica que a mediação pode ser classificada por várias formas, pela técnica, forma, momento, por exemplo, mas analisa os tipos de mediação passíveis de ocorrer para evitar a solução de conflito pela via jurisdicional tradicional, classificando-as em dois tipos: *mediação extraprocessual* ou *mediação processual*. A extraprocessual ocorre no seio social, sendo atividade naturalmente comunitária, sem intervenção do Judiciário, e subdivide-se em duas formas, a não profissional e a profissional. A não profissional é a realizada, v.g., pelos religiosos, ou pelos pais em relação aos conflitos dos filhos, ou seja, por todos os que tem confiança das partes em conflitos, que são consultados, ouvidos e aconselhados por elas. A profissional é atividade em crescimento, e tem sido praticada a difundida por tribunais de mediação e arbitragem, escritórios de psicologia ou advocacia, outras entidades, como associações, de forma gratuita ou onerosa. A mediação extraprocessual é técnica que se desenvolve pela escolha de um terceiro neutro pelas partes (seja um profissional ou órgão especializado), que em reuniões com os envolvidos (em conjunto ou separadamente), identifica pontos relevantes do conflito, e entre estes os pontos que pode haver, mais facilmente, um consenso. Ciente destes pontos, o mediador facilita a conversação das partes, orienta-as a deixar seus rancores e as fazem verificar pontos de proximidade ou novas relações que necessitam ser construídas, incentivando-as a conciliarem-se.²²⁷

Maria Inês Targa afirmava, em 2004, o uso da mediação *extraprocessual* era incipiente no Brasil, todavia ainda o é. O Código de Processo Civil de 1973 previa o processo público, salvo casos de segredo de justiça, burocratizado, submetido a regras de ordem pública (fixadas previamente e imodificáveis), e oneroso (custas, despesas do processo e honorários sucumbenciais). A mediação, por sua vez, não regulamentada no Brasil até o advento do Novo Código de Processo Civil, até então a modalidade extraprocessual tinha as seguintes

²²⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 23.

²²⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 132-133.

características, elencadas pela autora: pode ser sigilosa (principalmente a extraprocessual); procedimentos fixados pelas partes, com flexibilidade quanto à forma, valor e tempo despendidos; acarreta pagamento apenas do mediador, buscado no mercado; dispensa a atuação de advogados, ainda que não seja a melhor forma de ser realizada; o mediador é neutro, e conduz as partes a conversarem sobre seus reais interesses, pacificamente, trazendo humanização à solução do conflito. O mediador não pode decidir o conflito, cabendo a ele facilitar a conversação entre as partes, recomendar a conciliação como melhor meio, conversar com as partes sobre alguns posicionamentos, e orientar as partes a uma possível solução espontânea.²²⁸

A autora defende que já havia mediação processual no Brasil, em 2004, todavia seu pensamento decorre da unificação entre conceitos de mediação e conciliação. Classificou, com base nesta premissa, que a mediação processual era definida como a mediação efetivada em juízo ou por determinação legal (mediação das partes em conflito), não se confunde com a mediação endoprocessual, que é a determinada pelo juiz após a relação processual, no curso do procedimento, e encaminhada pelo *conciliador*.²²⁹

Defende Maria Inês Targa que conciliação e mediação não são conceitos distintos, pois ambos são atividades cujo fim é pacificar controvérsias, e que, tentando distinguir estes institutos, são feitas confusões generalizadas. Citando, para fundamentar seu posicionamento, as ideias de Lídia Miranda de Lima Amaral²³⁰:

“... a distinção entre conciliação e mediação não possui a menor importância entre os mais autorizados estudiosos da matéria, por serem considerados institutos afins, sobretudo porque, para muitos, por exemplo, apesar de os membros do Serviço Consultivo de Conciliação e Arbitragem (ACAS — *Advisory Conciliation and Arbitration Service*), da Grã-Bretanha, serem chamados de conciliadores e atuarem como tal, cabe-lhes também, em muitos casos, adotarem procedimentos de mediação, daí serem tomados também como mediadores.”

Em que pese não coadunarmos com a ideia de unificação entre os conceitos de mediação e de conciliação, é importante observar a importância de sua obra, respeitada sua época (2004), ao concluir que: que não é da cultura do povo brasileiro a busca por mediadores privados, sendo preciso a observação de uma fase processual antecedente, que permita às partes

²²⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 135.

²²⁹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 135-136.

²³⁰ AMARAL, Lídia Miranda de Lima. *Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: Ed. LTr, 1994, p. 23 e 25, *Apud* TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 67,

a presença do mediador, que não seja o Juiz, para a obter a conciliação, sem os custos naturais do processo.²³¹

Carlos Fernando Mathias, falando do PL nº 4.827/98, que trata da mediação judicial ou extrajudicial, defende seu redator/inspiradores do projeto foram influenciados pela transação, pois que ela é quem admite forma judicial ou extrajudicial, ao passo que a mediação foi concebida para ser uma solução alternativa de conflitos, não havendo que se falar em mediação judicial. O autor define que o PL nº 4.827/98 prevê uma pormenorização de conciliação, pela via de mediação, com atuação do juiz.²³²

Maria Inês Targa, a partir do referido Projeto de Lei nº 4.827/98 (de autoria da Dep. Zulaiê Cobra), entende a mediação definida pelo legislador como sendo *paraprocessual*. O referido Projeto de Lei, na época, previa a mediação prévia e a incidental: na prévia, a parte solicitará ao Judiciário, sem interpor a ação, que convoque a parte contrária para tentativa de conciliação, por mediador designado; a incidental é a designação de um mediador para todas as ações intentadas, salvo exceções, antes da citação:

A. Extraprocessual, dividida em não profissional e profissional e em espontânea (realizada por opção exclusiva das partes, como, por exemplo, a desenvolvida em consultórios de psicologia para casais em momento de separação) e obrigatória (realizada em virtude de disposição legal, fora do Poder Judiciário, como condição à eventual interposição de uma ação, como é o caso daquela efetivada nas Comissões de Conciliação Prévia).

B. Processual, dividida em endoprocessual e paraprocessual, sendo a primeira aquela já inserida nos diversos procedimentos (conciliação)²³³ e a segunda a que se pretende criar no Direito brasileiro, consistente na mediação prévia espontânea, que pode ser buscada no Poder Judiciário e na mediação incidental, obrigatória como procedimento inicial da maior parte das ações que forem apresentadas à Justiça Comum.²³⁴

O Projeto de Lei Federal nº 4.827/1998, continha apenas 7 artigos, tratando genericamente do conceito e uso da mediação, regras aos mediadores e normas sobre a mediação judicial ou extrajudicial. O IBDP - Instituto Brasileiro de Direito Processual e a Escola Nacional de Magistratura apresentaram uma versão consensuada do Projeto, pela fusão do projeto de lei inicial com o anteprojeto, passando a ter 26 artigos. Esta versão consensuada foi emendada no Senado, e tornou-se mais detalhada, passando a ter 47 artigos, e aprovada em

²³¹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 135-136.

²³² MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p. p. 275; p. 386.

²³³ Observe-se que esta afirmação decorre da compreensão da autora que mediação e conciliação não se confundem.

²³⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 136-137.

2006, sob o número 94/02. O projeto retornou à Câmara dos Deputados para ser apreciado, e encaminhado à CCJ – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Após o recebimento pela CCJ, o projeto parou, e está arquivado desde agosto de 2007.²³⁵

Davis explica que a mediação é mais que uma boa ferramenta, é ferramenta *essencial* para aplicação da justiça atualmente.²³⁶

Tratando da conduta e atuação do mediador antes do Novo Código de Processo Civil, Targa explica que qualquer pessoa, em tese pode ser mediador, sendo comum, em alguns povos, buscarem pessoas respeitadas, na própria comunidade, para auxiliarem na resolução dos conflitos (ex.: chefes de tribo ou pajés; rabinos; pastor). Todavia, segundo a autora, no processo judicial, a mediação deve ser feita prioritariamente pelo Juiz, pois a lei o obriga a tentar conciliação endoprocessual das partes, sendo esta a mediação endoprocessual. Defende a autora que, como o Juiz é condutor do processo, nada impede que ele designe outros profissionais para serem mediadores, em dado momento e com a anuência das partes.²³⁷

São características do mediador: ter dignidade, tranquilidade e sensibilidade, para se legitimar junto aos mediandos, pois a legitimação é a base para que o mediador ser escolhido no mercado (mediação extraprocessual) ou ser aceito pelas partes. Deste modo, o mediador deve: ser digno (o que inclui não tem conduta duvidosa), pois as partes irão confidenciar seus problemas a ele; deixar transparecer ser alguém digno, confiável e sincero; acalmar as partes em conflito, transmitindo sua tranquilidade, para o início da conversação; ter paciência para ouvir a narrativa das partes, a começar pelo autor da ação (mediação processual), sem interrompê-las; permitir que o opositor narre sua história como convir, sem limitações ao narrado na inicial (paraprocessual), ou os autos (endoprocessual); também deve, tranquila e atenciosamente, anotar, breve e informalmente, o relevante dos fatos narrados e a pretensão das partes; ter sensibilidade para checar os pontos das narrativas em que as preocupações são mútuas, e destacar pontos ou interesses comuns, pois são neles que as partes concordam, podendo iniciar a conversação e, após, a construção do acordo (considerar pontos de intersecção e premissas comuns entre as partes faz a construção do acordo fluir mais tranquilamente).²³⁸

²³⁵ PACHECO, Roberta do Carmo. A mediação de conflitos e o Novo CPC: comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10. *Novos Direitos – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. p. 29-49. ISSN: 2447-1631. Disponível em: <<https://goo.gl/UCtMit>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 42.

²³⁶ DAVIS, Edward P., Mediação no Direito comparado. p. 15-26. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 16.

²³⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 156-157.

²³⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 157-158.

Para Maria Inês Targa, a técnica mais relevante da mediação é o uso adequado das perguntas reflexivas, que permite que as partes vejam o conflito de outra forma, não considerando apenas o seu ponto de vista (comum num relato unilateral): pela conversação, outros pontos de vista são considerados, até que pontos da narrativa são, aos poucos, sendo modificados. Tal como num debate, em que de início o debatedor tem apenas seu ponto de vista, mas sua própria narrativa muda, após ouvir o ponto de vista de outro debatedor. O mediador atua promovendo a conversação entre as partes, e abrindo cada vez mais as possibilidades da conversação, ele possibilita, aos poucos, mudança da narrativa inicial, até surgirem denominadores comuns, que serão exploradas pelo mediador para construir uma narrativa comum às partes. O mediador deve estar legitimado junto às partes, também o mediador deve ajudar as partes a legitimar a parte adversa, reconhecendo razão em sua narrativa, para que as partes entendam a responsabilidade na solução do conflito, e que ninguém tem totalmente a razão, que pode ser buscada na narrativa de ambos, para construir uma terceira narrativa, aceita por todos. Ou seja, o mediador busca que as partes saiam de uma posição só, e redefinem seus papéis.²³⁹

Outra técnica à disposição do mediador é a de mostrar as partes que, abandonando rancores, *é mais fácil falar e ser ouvido*. Ao falar com raiva, não somos ouvidos, e é comum que as pessoas não considerem posições apresentadas, que considerariam se ofertadas de outro modo: sem raiva, expressando nossas ideias ponderadamente, elas são mais facilmente admitidas pelos opositores. É um método de eliminação da negatividade, importante para o bom termo da mediação, que deve ser colocada como regra de conduta nas sessões. O mediador, notando a inobservância desta regra (ex.: aumento do tom de voz; falta de urbanidade), deve intervir na conversação e chamar atenção das partes, do modo mais tranquilo possível.²⁴⁰

O mediador deve ser absolutamente neutro, assim, deve ter cuidado para, salvo se autorizado, não expor à uma parte o que colheu da outra, sendo que este cuidado deve se refletir nas expressões, maneira de ouvir das partes (em conjunto ou não), sem exteriorizar, até em suas reações faciais, se aceita ou não o que é proposto para a conciliação. Para o autor, isto demanda meditação, e preparação prévia.²⁴¹

²³⁹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 162-163.

²⁴⁰ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 163-164.

²⁴¹ DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 8.

A dificuldade do mediador é saber, com as partes, quais interesses são comuns e quais podem ser postos à mesa de negociação para desenvolver um acordo. A mediação, assim, é etapa no processo de negociação, e também a possibilidade de buscar a conciliação dos interesses das partes, antes de buscar a judicialização.²⁴²

Luiz Antunes Caetano define a mediação aqui tratada como instituto de Direito, tratando-se de meio e forma adequado/alternativo de solução de conflitos, questões ou controvérsias entre particulares, os mediados, pela interação do mediador, também particular. Tal como na arbitragem, é preciso que na mediação as partes queiram submeter-se a ela, e contratem o mediador, seja por órgão institucional ou por entidade especializada. Mas não coloca as partes em posições adversas, como na arbitragem, mas em posição de colaboração. Não há litigância na mediação, partes não estão em posições belicosas ou antagônicas, estando desarmadas. O mediador, por seus conhecimentos e técnicas apropriadas, induz as partes a encontrarem a solução, per si, da questão, controvérsia ou conflito, culminando num acordo. O processo de mediação pressupõe a compreensão, e aceitação do outro, por parte dos mediados, estudiosos e mediadores: assim, há o efeito benéfico de melhora da qualidade de vida por atingir a pacificação social.²⁴³

São modelos de mediação, segundo Luiz Antunes Caetano:

a) modelo de ‘Harvard’ (tradicional), onde nasceu o conceito atual da mediação: baseada na comunicação, em sentido linear. Mediandos expressam o conflito ou suas razões, verbalmente, escutados atentamente pela outra parte, diante do mediador, que facilita a comunicação para atingir seu fim, que é o acordo formulado pelos mediados. É o modelo mais praticado, e o mediador induz as partes a uma efetiva negociação.

b) modelo transformativo de Bush e Folger: centrado na mudança do relacionamento entre as partes, e na transformação de seu comportamento, obtendo ou não a solução do conflito;

c) “Modelo Circular-Narrativo de Sara Cobb”: modelo sofisticado, de origem complexa e multidisciplinar, e tem por método: exteriorizar o conflito aos mediados, em todas as emoções; a neutralidade (alienação) do mediador; posto o caos entre mediados, o mediador restaura a ordem; reduz a diferença entre as partes, o que alivia o conflito, e em por objetivo a obtenção do acordo. É indispensável transformar a dinâmica (narrativa) que as partes chegam

²⁴² AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 84.

²⁴³ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 97-104.

à mediação, cabendo ao mediador auxiliá-las a falar diferente, para que interajam diferente, e realizem trocas que permitam o acordo.

Caetano esclarece que outros modelos, que mesclam partes (ou nada) dos modelos acima, não devem ser descartados. Ademais, não há um ‘modelo-padrão’ a todos os conflitos, pois a mediação é aplicável em várias áreas, podendo haver um método mais adequado para cada tipo de conflito.²⁴⁴

Ao falar sobre as etapas na mediação, no modelo de Harvard, Luiz Antunes Caetano destaca que existem fatores preliminares: local apropriado, estabelecimento, pelo mediador, da melhor empatia em relação aos mediados.²⁴⁵

Primeira etapa: apresentação pessoal do mediador de forma breve e clara; o mediador deve explicar as etapas da mediação com transparência (confiabilidade).²⁴⁶

Segunda etapa: exposição do conflito por cada uma das partes, sem interrupção, e feita de forma sincera. Deve ocorrer uma escuta atenta do mediado, procurando “inferir os “porquês” da atitude ou ação contrária [...],” e com análise, pelo mediador, dos sinais exteriores, para além da fala do mediado (voz, reações, gestos).²⁴⁷

Terceira etapa: o mediador resume a exposição dos mediados para checar se as compreendeu, e ordena o conflito para centrá-lo. O mediador apresenta os pontos convergentes, separando as posições dos mediados dos interesses em discussão. Deve o mediador decompor o problema, ampliando pontos de discussão para que apareçam os interesses reais.²⁴⁸

Quarta etapa:

Decomposto o problema, os mediados retomam suas razões, aprofundando-as, deixando transparecer as diferenças [...]. Nesse momento é que o mediador aplica todo o conhecimento e técnica para, com perguntas pertinentes e próprias, estimular a reflexão dos mediados sobre os pontos convergentes, divergentes ou ainda ocultos. É interessante que os mediados constatem as convergências, posto estarão avançando parcialmente na solução.²⁴⁹

Quinta etapa: dissecado o conflito, o mediador, volta ou deixa voltar as etapas anteriores, se for o caso, provocando mediados a revelarem situações, mesmo que hipotéticas, passíveis de eventual acordo. O mediador estimula a criatividade dos mediados para que eles próprios encontrem a solução do conflito.²⁵⁰

²⁴⁴ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 109-110.

²⁴⁵ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 110.

²⁴⁶ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 110-111.

²⁴⁷ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 111.

²⁴⁸ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 111.

²⁴⁹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 111.

²⁵⁰ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 111.

Sexta etapa: mediados chegam ao consenso, deve-se redigir os termos do acordo, simples, direto e objetivo, assinado pelos mediados e por duas testemunhas.²⁵¹

Ressalva o autor que estas etapas são exemplificativas e hipotéticas, e pode ocorrer durante o processo, que uma ou ambas as partes desista do acordo (manifestação da autonomia da vontade das partes), caso em que encerra-se a mediação.²⁵²

Segundo Élio Braz Mendes, a mediação **institucional** (não formalizadas) no Brasil tem outros nomes, como as ouvidorias, que mediam instituições públicas e seus usuários, sem serem consideradas, tecnicamente, como mediação institucional.²⁵³

Cacenote e Werle falam da Mediação Familiar, e das peculiaridades dos conflitos familiares e da falta de mecanismos do Poder Judiciário para solução de tais conflitos:

A maioria dos litígios propostos em juízo necessita de uma solução rápida, entre eles, os conflitos de origem familiar, pois a cada dia que passa o convívio em família torna-se tarefa difícil de manter diante das mudanças estruturais e relacionais nas famílias. Tais mudanças tornaram os conflitos familiares mais complexos e de difícil solução pelo Poder Judiciário, isso porque o sistema jurisdicional carece de mecanismos que apreciem tanto os aspectos legais do conflito, quanto os aspectos subjetivos das partes litigantes.

Na procura de recursos que solucionem os conflitos em questão, surge a figura da Mediação Familiar, que se caracteriza como uma forma pacífica de intervenção na resolução dos conflitos em familiares, pois estabelece uma relação de diálogo entre as partes, contribuindo para o reconhecimento das causas que cada membro provocou para o surgimento do desentendimento para, assim, reconstruir o vínculo familiar e fazer com que as partes celebrem um acordo favorável para ambas.²⁵⁴

A Mediação Familiar, a fim de atender aos conflitos familiares, aborda as mudanças dos vínculos conjugais e das estruturas familiares, as causas que geraram novos conflitos. [...] Diante do descontentamento da população brasileira com a inacessibilidade da Justiça e com o esgotamento da função jurisdicional do Estado, surge a necessidade de buscar novos meios de solucionar os conflitos sociais, em especial, o conflito familiar. A criação de métodos de pacificação social paraestatais, por exemplo, visa preservar as partes da exposição de seus problemas pessoais, oportunizando a elas próprias discutirem o conflito e, assim, celebrarem um acordo satisfatório para ambas, dentro de um período de tempo razoável.²⁵⁵

A família tem passado por várias mudanças na sua composição, função e natureza ao longo dos séculos, em razão da evolução cultural e social, e pela influência da globalização nos

²⁵¹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 111-112.

²⁵² CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 112.

²⁵³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial*: formação, teoria e práticas do mediador judicial. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 11.

²⁵⁴ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. *(Re) Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 10.

²⁵⁵ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. *(Re) Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 11.

modelos sociais, culturais, políticos, econômicos e familiares. A família dependia do casamento para ser reconhecida como tal, e sua função era manter o casamento e patrimônio, até que, com a Constituição Federal de 1988, a família monoparental foi reconhecida, possibilitando a formação familiar pelo pai/mãe e filhos, e houve o reconhecimento, como entidade familiar, da união estável entre homem e mulher. Com o Código Civil de 2002, no lugar do patrimonialismo e individualidade, a *afetividade* passou a ser o critério de consolidação das relações familiares, o que desencadeou vários conflitos, pois as transformações na estrutura da família não foram, em geral, reproduzidas socialmente. Para tratar os conflitos familiares, legisladores, operadores do Direito e a própria família em conflito devem se amparar em outras áreas do saber, para entender melhor o problema: é preciso que o Direito de Família interaja com outras ciências.²⁵⁶

O Judiciário está limitado para combater conflitos familiares, pois sua ferramenta (ordenamento jurídico) é inerte face os aspectos sociais, morais e de valores presentes em tais conflitos.²⁵⁷

Conflitos familiares precisam demandar solução pacífica, autônoma e voluntária pelas partes, destacando-se o instrumento da Mediação Familiar para tanto, que foca em oferecer apoio profissional para estimular as partes a perceberem seus direitos e direitos pela ótica da crise que a família passa e a fragilidade de seus membros, e fornece meios para a solução do conflito mantendo a *psicoafetividade* dos interessados. É instrumento de notável eficiência nas varas de família e de sucessões, pois concedem soluções viáveis, céleres e econômicas. A Mediação Familiar oferece um ambiente apaziguador, confidencial (inclusive suas informações não podem ser aproveitadas pelos Tribunais ou outro órgão), favorável à negociação, cuja realização baseia-se na autonomia das partes para resolver conflitos sem enfrentamento (não adversarial). Este tipo de mediação demanda experiência do profissional, conhecimento das relações interpessoais e de direito de família, habilidades com negociação, e em lidar com o conflito, sendo preciso, por vezes, auxílio de um co-mediador, em geral psicólogos, terapeutas, psiquiatras, advogados e assistentes sociais, não impedindo que os

²⁵⁶ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 14-16.

²⁵⁷ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 17.

mediandos estejam acompanhados por seus advogados ou psicólogos, ainda que não haja comediador.²⁵⁸

O processo judicial, por sua vez, é repleto de agressões, e as partes tentam imputar culpa à parte contrária, e a demora na sua tramitação prolonga o sofrimento das partes e familiares, obstando a reestruturação. Muitas partes, neste sofrimento, perdem o interesse objeto do processo, ou já nem conhecem seus próprios interesses.²⁵⁹

Acerca da cultura da litigiosidade no Brasil, mencionam Ana Paula Cacenote e Vera Maria Werle: “A mudança cultural só vai acontecer quando as pessoas se conscientizarem que o caminho para a resolução dos conflitos de família não é o litígio e sim a mediação, pois nela as partes têm a liberdade de decidir qual é a melhor solução.” Conclui-se, então, pela importância e contribuição da Lei de Mediação e NCPC no auxílio à mudança cultural, na promoção da mediação.²⁶⁰

As autoras mencionam que entre os objetivos da mediação judicial está a responsabilização as partes, já no processo judicial, o juiz decide pelas partes, baseado no conteúdo do processo e no ordenamento jurídico. O juiz não avalia se sua decisão atenderá os interesses e necessidades das partes, pois seu objetivo é resolver questões jurídicas, e não afetivas. A mediação conscientiza as partes sobre a continuidade das relações parentais, do conflito de seus direitos e deveres, e da responsabilidade dos pais pela educação dos filhos. Não se impõe uma punição: na mediação, a responsabilidade sobre a celebração e cumprimento do acordo é somente das partes, o mediador apenas acompanha o processo e constrói o diálogo para que elas se comuniquem. No processo judicial, a responsabilidade da decisão é do juiz, as partes apenas cumprem o estabelecido.²⁶¹

²⁵⁸ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 18-19.

²⁵⁹ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 20.

²⁶⁰ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 21.

²⁶¹ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 21.

Nos conflitos familiares que envolva a escolha da guarda, é preciso que o mediador defina uma linguagem adequada, para que os cônjuges possam reconstruir a comunicação, e passem a se respeitar e compreender mutuamente.²⁶²

O objetivo da mediação familiar é pacificar o conflito entre as partes e restabelecer a comunicação entre elas, e não aliviar a sobrecarga do Judiciário.²⁶³

[...] é possível perceber que a Mediação Familiar é o processo mais adequado para os conflitos de família, pois busca atender aos ideais de dignidade da pessoa humana, de liberdade e de intimidade dos conflitantes, procurando sempre realizar um processo caracterizado pela autodeterminação das partes e pela responsabilização social. O que se espera é que o Estado divulgue o processo de Mediação Familiar por meio de políticas públicas para que a sociedade conheça seus benefícios e passe a utilizar esse instrumento pacificador.²⁶⁴

Maria Inês Targa considera que de todas as alternativas de solução de conflitos e da solução jurisdicional de conflitos, a mediação é a mais importante. É meio capaz de dar celeridade processual, baratear custos, vantagens quase sem importância face seu objetivo: pacificação dos espíritos.²⁶⁵

Élio Braz Mendes ressalta a importância que, na mediação, profissionais se envolvam na formação de novas equipes interprofissionais que desenvolvam atividades do mediador extrajudicial.²⁶⁶

Luiz Antunes Caetano expressa que não é possível computar os conflitos já mediados, em razão de sua confidencialidade, sabendo-se apenas que seu uso e prática são iniciantes, havendo destaque para os estados do Sul do Brasil, com aplicação experimental da mediação, porém exitosa, nos organismos do Poder Judiciário.²⁶⁷

Luiz Antunes Caetano, observando-se que a obra fora data de 2002, analisa que a mediação, é um instituto de Direito material, pois existe, sendo estudada e praticada ainda que

²⁶² CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 21-22.

²⁶³ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 23.

²⁶⁴ CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. (Re) *Pensando Direito* – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenequista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 24.

²⁶⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 65-66.

²⁶⁶ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 82.

²⁶⁷ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 105.

sem lei, que seria até desnecessária, caso nosso sistema jurídico fosse da *common law*, mas como pertence ao sistema da *civil law*, enquanto a mediação não for regulamentada, ela não existe no mundo jurídico.²⁶⁸

O autor Luiz Antunes Caetano identifica dois tipos de mediação, em obra de 2002, quais sejam: a *institucional*, que é “[...] estatuída e praticada pelas regras baixadas e mediadores nomeados e/ou indicados pelo Poder Público. [...]” por exemplo, a mediação judicial; e a *cidadã*, mediação praticada por normas e mediadores de associações civis ou de entidades especializadas, que estudam e implementam a mediação.²⁶⁹

Neste sentido, impõe-se como requisitos prévios para a sua escolha [da mediação] a existência de vontade de negociar, e em consequência a possibilidade de ter um objeto negociável (que não envolva a necessidade de questões de prova), onde apesar das divergências, de posições e motivações individuais, seja possível compatibilizar interesses e necessidades.²⁷⁰

Alguns dos modelos teóricos de mediação, destacados por Élio Braz Mendes por terem difundido o sucesso de seus métodos, e terem iniciado centros de mediação:

O modelo mediação estruturada de Acland tem como previsão a realização da mediação em nove etapas, que se estruturam através da preparação e desenho do procedimento, da reunião das partes em conflito, da intervenção do mediador, de dar curso à negociação ajudando as partes a comunicarem-se, da criação de um clima à convergência, do estabelecimento de interesses que estão por trás das posições, da derrubada das barreiras com ideias de solução e da formulação concreta da proposta de autocomposição.

O modelo de Folberg e Taylor concebe um megaprocessamento que vai da etapa inicial com a criação de confiança e estrutura, da apresentação e discurso inicial do mediador, da confirmação de todos os aspectos do caso, da apresentação pessoal das partes, da discussão sobre as expectativas de cada um revelando as suas posições, da revisão dos critérios da mediação, da assinatura do contrato e dos honorários, até a necessidade de sessões individuais e a discussão final do plano de trabalho.

O modelo de mediação transformadora de Bush e Folger tem vinte e sete fases específicas para o mediador praticar, voltadas para o desenvolvimento das oportunidades, do empoderamento e do reconhecimento, tendo como ponto central de abordagem o crescimento humano em duas dimensões específicas: o conhecimento de si mesmo e a relação com o outro. A primeira premissa consiste em dizer que a mediação é capaz de provocar efeitos transformadores altamente benéficos para as partes e para a sociedade. A segunda premissa diz que a mediação só tem potencial para gerar tais efeitos transformadores se o mediador introduz um sistema mental e métodos práticos favoráveis à realização de dois objetivos-chave: capacitação e sensibilização. [...].²⁷¹

²⁶⁸ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 106.

²⁶⁹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 108.

²⁷⁰ NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 201-211, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/kr6osj>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 205-206.

²⁷¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial*: formação, teoria e práticas do mediador judicial. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 50-51.

O modelo da **mediação estruturada** é o modelo de negociação de Harvard (escola americana), que inspirou o modelo usado pelo Poder Judiciário Brasileiro. Mediações estruturadas/orientadas, pressupõe-se o resultado de um acordo, com perspectiva não distributiva, mas de ganhos mútuos (“sistema de ganha-ganha”). Este modelo também usa a teoria e prática da negociação como base metodológica, embora sem o elemento da persuasão, pois são trabalhados os interesses (já a negociação, importam as posições). O modelo da mediação transformadora aborda o crescimento e a relação com o outro, baseado no modelo de Bush e Folger. É chamado **mediação transformadora**, sendo modelo centrado no modelo francês de Jean François Six (escola francesa). A corrente filosófica americana inspirou a escola filosófica francesa, mas abordam diferentemente o conflito, e divergem no resultado final desejado. O modelo de **mediação narrativa** se funda na escuta ativa, e tem como método o diálogo entre os mediandos, para que se influenciem afetiva e emocionalmente, e sigam sua própria narrativa, de modo que o mediador não segue uma estrutura, são os mediandos que conduzam a mediação. Ao mediador negocial a mediação narrativa não serve para um acordo, nem se adequa à duração do processo. O modelo da **mediação ecossistêmica** reconhece que a mediação familiar aborda o sistema de família como uma organização de indivíduos diferentes, que cooperam e colaboram para atingir seus propósitos, sendo modelo que autoriza ao mediador adotar várias teorias e modelos, conforme às necessidades das partes.²⁷²

A mediação visa solucionar a lide sociológica e restabelecer o equilíbrio entre os mediandos, diferente da solução clássica estatal, que busca solucionar a lide processual.²⁷³

3.4 CONCILIAÇÃO

Conciliação, do latim *conciliatione*, significa: “[...] ato ou efeito de conciliar, ajuste, acordo ou harmonização de pessoas desavindas; congraçamento, união, composição ou combinação. [...]” No Brasil, o termo foi adotado de forma inadequada e restritiva, como atividade do Juiz (ou alguém designado, ex.: conciliador dos Juizados) a levar as partes a um

²⁷² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 51-53.

²⁷³ COLI, Luciene Rinaldi; ROMEIRO, Sílvia Carvalho; SANTOS, Bruno Cássio de Paula. A mediação como forma não adversarial e alternativa de solução de conflitos. *Revista Científica FAGOC - Jurídica*, Ubá, v. 1, p. 27-37, 2016, ISSN 2525-4995. Disponível em: <<https://goo.gl/i5xcWX>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 36.

acordo. A conciliação foi vista como atividade menos importante em razão desta visão parcial, da baixa quantidade e qualidade das conciliações realizadas, e meio de obtenção dos acordos.²⁷⁴

Maria Inês Targa defende que a função conciliatória não envolve decidir, não integrando a jurisdição (no sentido de dizer o direito), e pode ser exercida por qualquer pessoa. Quando conciliadas, a lide é decidida pela vontade das partes, e não proferida pelo Estado Juiz. A conciliação sempre foi exercida, por exemplo, por advogados, em seus escritórios, promovendo acordo que findam litígios.²⁷⁵

Pela reforma do CPC/73 em 1994, a conciliação, já prevista no artigo 447, ganhou nova atenção, pela inserção da audiência preliminar no procedimento ordinário, conforme artigo 331 deste Código. Com efeito:

Artigo 447. Quando o litígio versar sobre **direitos patrimoniais de caráter privado**, o juiz, de ofício, **determinará o comparecimento das partes** ao início da audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo único. **Em causas relativas à família, terá lugar igualmente a conciliação**, nos casos e para os fins em que a lei consente a **transação**.

Artigo 448. **Antes de iniciar a instrução, o juiz tentará conciliar as partes**. Chegando a acordo, o juiz mandará tomá-lo por termo.

Artigo 449. O termo de **conciliação**, assinado pelas partes e homologado pelo juiz, terá **valor de sentença**. [Grifos Nossos].²⁷⁶

Deste modo, inicialmente o CPC/73 previu a tentativa de conciliação para causas que verssem sobre direitos patrimoniais de caráter privado e em causas relativas à família, para casos e fins que a lei autoriza a transação. Nota-se, primeiramente, que o legislador, aproximando as expressões conciliação e transação, podem ter causado um equívoco dos operadores do Direito e destinatários da lei acerca dos dois institutos.²⁷⁷ Inicialmente, o artigo 331 do CPC/73 tinha a seguinte redação:

Artigo 331. Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas secções precedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - deferirá a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos; II - designará a audiência de instrução e julgamento, determinando o comparecimento das partes, perito, assistentes técnicos e testemunhas.²⁷⁸

²⁷⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 62.

²⁷⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 63.

²⁷⁶ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [de 1973]. Disponível em: <<https://goo.gl/Rw3qT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁷⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 72.

²⁷⁸ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [de 1973]. Disponível em: <<https://goo.gl/Rw3qT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

Logo, salvo os casos do artigo 447 acima mencionado, a conciliação não estava inserida dentro do procedimento ordinário. Com a modificação promovida pela Lei Federal nº 5.925 de 1973, e com a reforma promovida pela Lei Federal nº 8.952/1994, a redação do referido artigo passou a ser:

Artigo 331. Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará **audiência de conciliação**, a realizar-se no prazo máximo de 30 (trinta) dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a **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. **[Grifos Nossos]**.²⁷⁹

Maria Inês Targa expõe dois sentidos do termo conciliação: a *conciliação como resultado* como sendo a harmonização das partes em conflito, a pacificação dos espíritos. A conciliação é diferente da transação, sendo esta uma forma de solução, negociada, por concessões recíprocas. É possível conciliação sem transação, e vice-versa, mas, quando há transação, há conciliação (resultado). Doutrinadores confundem indevidamente estas duas técnicas. A conciliação pode decorrer da transação, da renúncia a direito, da desistência da ação e do reconhecimento do direito alheio. A desistência extingue o processo sem julgar mérito, ao passo que a homologação da conciliação extingue o mérito julgando o mérito: ainda assim, trata-se de conciliação, em todos os casos. Outro sentido é a *conciliação, realizada durante o processo*, no Brasil, como um tipo de mediação endoprocessual. Define que, na prática, quase sempre os acordos produzidos são inadequados, e soem ocorrer assim: audiências que duram minutos, a conciliação é proposta de forma inadequada e mecânica pelos Juízes; ao ouvir a primeira negativa das partes, descarta-se a conciliação; ou, por vezes, partes são instadas a fechar qualquer acordo, pelo argumento do tempo e do custo, mas o referido acordo não apazigua as partes, ao contrário, apenas aumenta o descrédito do Judiciário. A autora defende que podem ser adotadas técnicas para que a conciliação, e não só o acordo, seja obtida por meio de uma mediação efetiva, e que a questão da mediação, seja ela dentro ou fora do processo, passa, preliminarmente, pela: adequação das pautas de audiências; treinamento dos operadores do Direito e outros profissionais, como psicológicos, para que aprendam e disseminem técnicas de mediação. Os profissionais brasileiros devem ser conscientizados de que são responsáveis pela administração de uma Justiça adequada e tempestiva.²⁸⁰

²⁷⁹ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [de 1973]. Disponível em: <<https://goo.gl/Rw3qT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

²⁸⁰ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 21-22; 65-66.

Luiz Antunes Caetano tece críticas face a conciliação trabalhista, tanto pelas Juntas de Conciliação e Julgamento, que nada ou pouco conciliam, quanto pelas audiências, marcadas a cada 10 minutos, e presentes as partes, existe a clássica pergunta, pelo juiz, se há acordo. Em caso de negativa, passa-se logo à instrução e julgamento. O autor cita onde existe conciliação no Direito brasileiro: a) Lei Federal nº 9.958 de 12/01/2000 - altera a CLT (Comissões de Conciliação Prévia); b) Código de Processo Civil [de 1973] no artigo 331, audiências de conciliação; Seção III - Da Conciliação - artigo 447, dever do juiz de conciliar as partes em litígios patrimoniais e de família; c) Lei Federal nº 9.099 de 26/09/1995.²⁸¹

Luiz Antunes Caetano divide a conciliação em duas: a **institucional**, prevista em lei, e a **não-adversarial**, que é técnica de solução de conflitos. Na primeira, as partes, já invadidas pela adversalidade, estão subordinadas ao Judiciário, e desconhecem tanto o conciliador, quanto sua formação para conciliar. Na segunda, “[...] as partes a querem [conciliação] e escolhem ou atribuem a um terceiro experiente a condução da solução do conflito.”²⁸²

Carla Maria Zamith Aguiar diferencia a conciliação em duas modalidades: conciliação sem capacitação e conciliação com capacitação. A conciliação sem capacitação é a especificada na Tabela abaixo.²⁸³

Tabela 5 – Características da Conciliação sem capacitação

Regulamentação	Quem conduz / Critérios
Constituição Política do Império de 1824; Disposição Provisória- Lei de 29 de novembro de 1832; Regulamento 737/1850; Consolidação das Leis do Processo Civil 1876	juiz de paz / pessoa eleita de acordo com as conveniências políticas regionais
Lei n. 968/1949; Lei 8.952/94- artigos 125 e 331 do CPC	juiz de direito / vínculo com a relação processual, ocupa outra posição dentro da relação processual além de conciliador
Juizados Especiais	preferencialmente bacharel em Direito / pessoa com conhecimento jurídico apenas
Comissões de Conciliação Prévia- Lei 9.958/2000	representantes de empregadores e de empregados / metade de seus membros indicados pelo empregador e outra metade eleita pelos empregados

FONTE: Carla Maria Zamith Aguiar.²⁸⁴

²⁸¹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 99-100.

²⁸² CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 100.

²⁸³ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*: mediação e justiça restaurativa. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 84.

²⁸⁴ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*: mediação e justiça restaurativa. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 87-88.

A conciliação com capacitação, por sua vez, é o que a autora define como uma forma híbrida entre a mediação e a conciliação. Ela oferece trabalho ágil, que facilita a aproximação das pessoas e reduz o volume de processos, diferindo da conciliação sem capacitação por ter atuação baseada em procedimentos estudados antecipadamente, com fixação de princípios éticos. Não é técnica recomendada, por exemplo, para casos de conflitos familiares.²⁸⁵

3.5 ARBITRAGEM

A heterocomposição, assim, pode ser feita pela função jurisdicional do Estado (dizer o direito), ou pela escolha de um árbitro pelas partes, que irá decidir. A arbitragem é mais antiga na sociedade, quando as pessoas designavam alguém de confiança para solucionar o conflito (ex.: sacerdotes, rabinos, pajés; enfim pessoas respeitadas pelas partes). A arbitragem é forma alternativa de heterocomposição de conflitos onde a solução da lide é conferida a um terceiro, neutro, e previamente escolhido, que recebe este poder via convenção privada. Assim, analisará o caso concreto, pelas regras de direito ou equidade, conforme acordado antecipadamente. A decisão do árbitro não pode ser contestada, e tem eficácia de sentença. O árbitro é o Juiz, eleito, da causa, e sua decisão é inquestionável, diferente da decisão Judicial, que é passível de revisão, em regra. A autora explica que, na decisão judicial, as normas de procedimento são imodificáveis pelas partes,²⁸⁶ ao passo que na arbitragem o procedimento e a forma de solução da lide (direito ou equidade) é escolhida pelas partes.²⁸⁷

Luiz Antunes Caetano²⁸⁸ conceitua arbitragem como “[...] método, meio e modo adequado de solução de conflitos, disputas ou controvérsias entre particulares, por árbitro(s) de sua escolha, ou por indicação, excluindo-se, assim, a solução por meio de uma ação judicial.” O autor explica que o uso da arbitragem é muito antigo, e sua prática, anterior ao Estado como monopolizador da Justiça.²⁸⁹

Luiz Antunes Caetano explica que a arbitragem já era prevista em nosso Direito pelo supramencionado Decreto nº 737/1850, todavia o mecanismo era impraticável pela necessidade de homologação da sentença arbitral pelo Juiz de Direito para se tornar exequível, sendo a

²⁸⁵ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 88-90.

²⁸⁶ Com o advento do Novo Código de Processo Civil, esta diferenciação sofreu redução, com a possibilidade de flexibilização procedimental pelas partes.

²⁸⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 118-119.

²⁸⁸ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 15.

²⁸⁹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 23.

sentença arbitral apelável, o que delongava a solução do conflito. Não havia interesse pelo uso da arbitragem, sendo este mecanismo equivalente à solução de qualquer situação judicialmente. Tais obstáculos à arbitragem permaneceram até a Lei de Arbitragem (Lei Marco Maciel), de 1996. O autor defende que a arbitragem é o meio mais prático e adequado e solução de conflitos entre particulares e, nacionalmente, já pode e deve ser praticada, na qualidade de Justiça privada.²⁹⁰

José Luis Bolzan de Moraes e Fabiana Marion Spengler explicam que a base contratual da arbitragem é o compromisso, de natureza consensual. A atividade do árbitro tem caráter público, ainda que administrem a justiça pela vontade das partes, e não tenham poder coercitivo, pois o Estado dispõe de seu poder coercitivo para que o laudo surta seus efeitos legais. O laudo arbitral, por sua vez, equipara-se à sentença judicial, e seus efetivos decorrem da lei, e não mais da vontade das partes (que se centraliza no compromisso arbitral). Assim, a arbitragem tem nuances jurisdicionais.²⁹¹

As características da arbitragem são: liberdade de contratação; utilização da arbitragem em qualquer lide sobre direitos disponíveis; possibilidade de usar técnicos que saibam as características específicas da disputa, para melhor resolver o conflito.²⁹² Os juízes têm mais Poder Jurisdicional que os árbitros, pois árbitros tem jurisdição nos processos de conhecimento, de execução e cautelares²⁹³, ao passo que o árbitro tem jurisdição de conhecimento, não a tendo para execução.²⁹⁴

A escolha da arbitragem pode se dar por contrato, quando partes convencionam que problemas decorrentes do contrato sejam submetidos à arbitragem (antes do conflito), ou pelo compromisso arbitral, que a lide, já formada, judicializada ou não, em que as partes nomeiam um ou mais árbitros. O compromisso arbitral pode ser firmado nos autos, ou extrajudicialmente, por instrumento público ou privado, com assinatura de duas testemunhas. O compromisso deve ter a qualificação das partes, do árbitro, do objeto, e do local onde a sentença será proferida.²⁹⁵

É facultado pactuar, no compromisso, a forma e prazo da emissão do laudo arbitral (por direito ou equidade), o procedimento, valor e forma de pagamento das despesas e

²⁹⁰ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 24.

²⁹¹ MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 186-187.

²⁹² TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 119-120.

²⁹³ Com as devidas adaptações do Novo Código de Processo Civil.

²⁹⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 121-122.

²⁹⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 123.

honorários arbitrais. O árbitro deve ser pessoa capaz, de confiança das partes, imparcial, independente, competente, diligente e discreto, submetendo-se às mesmas regras de impedimento ou suspeição que o Juiz, e inclusive pode ser recusado se a causa do impedimento ou suspeição for conhecida após sua nomeação ou se não foi indicado pelas partes. O árbitro adota o procedimento do órgão que está vinculado (ex.: Tribunal Arbitral), o escolhido pelas partes ou o disciplinado pelo próprio árbitro, conforme convenção de arbitragem. O árbitro buscará provas para solução do conflito, ouvindo partes e testemunhas, e pode determinar perícias, por pedido das partes ou de ofício. É livre para colher a prova, tal como o Juiz, sendo o árbitro juiz de fato e de direito, privado, equiparado à funcionário público, assim responsabilizável penal e civilmente por desvios em suas funções, e passível de crimes cometidos contra funcionários públicos.²⁹⁶

Face a decisão arbitral, há prazo de 5 dias para interposição de Embargos de Declaração, para correção de erro material, obscuridade, dúvida, contradição, supressão ou omissão. A sentença arbitral, tal como a judicial, faz coisa julgada em precisar de homologação e constitui título executivo judicial. A sentença é anulável pelo Judiciário se: nulo o compromisso arbitral; proferida por quem não poderia ser árbitro; se não preenche os requisitos, proferida fora dos limites da convenção, ou proferida via prevaricação, corrupção passiva ou concussão. Pode ser revista por um ou mais árbitros, se houver previsão em compromisso arbitral, mas a revisibilidade não faz parte da essência arbitragem, sendo excepcional.²⁹⁷

O Judiciário pode ser acionado, durante a arbitragem, para efetivar o compromisso arbitral, se a outra parte recusar cumprir a cláusula de compromisso. A sentença arbitral pode ser anulada nos casos legais, via ação proposta em no máximo 90 dias após o recebimento, ou via Ação Incidental de Embargos à Execução (respectivamente: arts. 7º, 33, *caput* e § 3º Lei de Arbitragem). Se não cumprida a sentença arbitral, pode ser intentada Execução do título, pelo Poder Judiciário. Assim, a arbitragem é meio de solução de conflitos eleito livremente pelas partes, sendo sujeitos ao Judiciário demais conflitos que decorram dessa escolha, sendo, assim, absolutamente constitucional.²⁹⁸

²⁹⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 123-124.

²⁹⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 124-125.

²⁹⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 125.

Rodolfo de Camargo Mancuso ressalta que a heterocomposição via arbitragem vem à tendência à desjudicialização dos conflitos (ou à dessacralização do acesso à justiça).²⁹⁹

Existem obstáculos à arbitragem: diante de um conflito, partindo-se do pressuposto que o possível usuário de arbitragem saiba alguma coisa sobre o mecanismo, a primeira lembrança dele é a de consultar um advogado, conhecer a ação judicial para tutelar seu direito e recorrer ao Judiciário. Outra dificuldade é não saber se a parte contrária julga conveniente e interessante a arbitragem, sendo preciso que o possível usuário, ou terceiro, tente persuadir a outra parte a aceitar este meio. Este convencimento pelo uso da arbitragem compete ao representante ou preposto do órgão arbitral / entidade especializada, e caso não haja sucesso, a lide é judicializada, o que torna as partes adversárias, e até inimigas, a partir da ciência da ação. Afinal, o polo passivo deve defender-se, contratar advogado, sob pena de revelia. No processo judicial, são contratados e pagos advogados, adiantadas custas e despesas judiciais, sendo que, após tempo indeterminável, que o autor avalia demorar anos, obter a decisão judicial com trânsito em julgado, passível de execução, iniciando outro³⁰⁰ processo.³⁰¹ Outros obstáculos são os prazos dos atos judiciais, em obediência ao contraditório, de modo que o autor defende que as partes busquem a arbitragem, por sua rapidez, informalidade, sigilo, eficácia e economia, sendo mecanismo incomparável na relação custo/benefício. Para o autor, o obstáculo principal à aceitação da arbitragem é que as partes não superam resquícios de antipatia ou inimizade oriundas do conflito, todavia caso concordem pela solução da arbitragem, e para isso é preciso diálogo, para que, juntas, definam as regras e normas para escolha do árbitro e do procedimento, tais resquícios seriam aparados. É este sentimento que impede a implementação da arbitragem, oriundo da falta de estudo sobre o conflito, sendo preciso conhece-lo e aceita-lo, para após saber como resolvê-lo, pois só se resolve o que se conhece.³⁰²

Outros obstáculos à arbitragem são: desconhecimento acerca de seu funcionamento pelas partes, desconhecimento das partes dos conceitos de árbitro, cláusula compromissória, órgão arbitral institucional/ entidade especializada, procedimento arbitral, ou sentença arbitral, o que pode fazer a arbitragem parecer muito complexa. O autor defende que o procedimento é prático, tendo por princípios a celeridade, eficácia, precisão e informalidade, sem atos formais ou dispensáveis. A arbitragem pode ser convencionada, pela cláusula compromissória, onde as

²⁹⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 68.

³⁰⁰ Com necessária contextualização da obra (2002), observa-se que, atualmente, embora não se trate de outro processo, o cumprimento de sentença importa em nova fase processual, cuja delonga também é conhecida.

³⁰¹ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 26.

³⁰² CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 27.

partes abdicam a judicialização de eventuais conflitos, preventivamente. Outrossim, mesmo após o surgimento do conflito, é possível adotar o procedimento arbitral (compromisso arbitral).³⁰³

Assim, na arbitragem, partes e árbitros vêm a se conhecer, pessoalmente, tendo todos ‘nome e sobrenome’, sem espaço para demora, e prazo para sentença, com fixação pontual da controvérsia, o que evita distorções da questão que poderiam desviar ou prolongar a lide.³⁰⁴

O árbitro, nos termos da Lei de Arbitragem, pode ser qualquer pessoa capaz, de confiança das partes.³⁰⁵

A Lei Federal nº 9.099/1995 prevê, nos arts. 24 a 26, a possibilidade de as partes, não obtida a conciliação, elegerem um árbitro, que emitirá laudo em 5 dias ao Juiz Togado, para homologação, sendo esta a arbitragem endoprocessual, sendo procedimento adequado, moderno, mas não sói ser adotado, necessitando incrementação, dada sua simplicidade, celeridade (pois, por sua irrecorribilidade, evita recursos procrastinatórios em causas de menor potencial econômico), e segurança. A Lei Federal nº 9.099/1995 é anterior à Lei de Arbitragem (1996), tendo artigos defasados e que necessitam revisão: nos Juizados, a lei prevê, por exemplo, que o laudo arbitral seja homologado, o que é incompatível com o atual ordenamento.³⁰⁶

3.6 OUTROS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO E CONFLITOS

Para Maria Inês Targa, a negociação é atividade não-adversarial de solução de conflitos, por um processo iniciado pelas partes, sem auxílio de terceiros, por um dado período e cujo fim é um acordo total, parcial ou temporário. Para negociarem, naturalmente as partes constroem regras a serem seguidas por elas, entre elas a agenda comum (data, duração e pauta da reunião), sendo meio usado em casos simples quanto complexos.³⁰⁷

A negociação pode-se conceituar como o ajuste entre duas (ou mais) partes, diretamente entre si, para um acerto (por exemplo: uma compra e venda), ou mesmo para a resolução de interesses controvertidos, satisfazendo-se mutuamente. É instituição velha como o mundo. É de se dizer que, quando Adão e Eva discutiam sobre a maçã, estavam negociando. É de se dizer que, prestarmos atenção, no dia-a-dia, estamos sempre negociando. Como teoria e técnica, o assunto é relativamente novo. Já há a figura do negociador como contratado por pessoas ou empresas para, em nome delas, negociar. Existe uma extensa bibliografia sobre “negociação,”

³⁰³ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 28-29.

³⁰⁴ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 30.

³⁰⁵ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 31.

³⁰⁶ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 128-129.

³⁰⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 113-114.

principalmente de autores norte-americanos, que trata de técnicas apropriadas a cada uma de suas aplicações; habilidades dos negociadores; da interdisciplinaridade do instituto etc.³⁰⁸

Por ser feito sem intervenção de terceiros, o principal obstáculo da negociação é o início do procedimento, o que envolve vencer a intransigência da outra parte para o início da conversação, fixação da agenda e pauta. Para que isto ocorra, este método: a) deve ser propagado, por ser o mais natural, econômico, célere e desregulamentado dos meios de solução de conflitos; b) deve haver um equilíbrio de poder entre as partes, sem isto não existe como chegarem a uma negociação efetiva, pois é certo que uma das partes renunciará aos interesses da outra, o que é inaceitável e indesejável. A autora define outros pressupostos (requisitos) da negociação: saber das próprias possibilidades e as da outra parte; conhecimento de todas as nuances do conflito; saber fazer concessões; dispor de tempo para reuniões; fixação de agenda comum; ter poder de barganha e negociação de suas posições; não haver ameaça e intimidação (abuso de poder que afasta os negociantes e impedem que a negociação *chegue a bom termo*).³⁰⁹

Mancuso classifica o compromisso de ajustamento de conduta como heterocomposição fora da jurisdição contenciosa, e atende ao princípio da busca pela solução pacífica dos conflitos (CF, artigo 4º, VII),³¹⁰ pois que este princípio estimula meios suasórios (espontâneos ou induzidos), para prevenir a lides, ou conferir celeridade da resolução dos processos em trâmite. O TAC é visto como um atalho à função judicial, afastando-se do conflito,³¹¹ e serve como instrumento para prevenir e superar controvérsias.³¹²

Mini-trial (mini julgamento) é um procedimento em que advogados das partes sustentam um caso (e até apresentam provas), como se fosse em tribunal, para seus clientes e um consultor/mediador neutro. Após a sustentação do caso, o consultor emite parecer sobre quem teria mais chances de ‘vencer’ em juízo, e baseadas nesta consultoria as partes se reúnem e tentam conciliar-se, com ajuda ou não do consultor, como mediador do caso.³¹³

O *Summary jury trial* (julgamento por júri sumário) é quando as partes resumem o caso a um júri simulado (composto por jurados do próprio Tribunal, e competentes para analisar

³⁰⁸ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 99.

³⁰⁹ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 116.

³¹⁰ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³¹¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 106.

³¹² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 106; 97.

³¹³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 116-117.

a matéria), que emitirá veredicto para melhor aconselhamento e avaliação do caso pelas partes. É meio adequado ao sistema americano, que causas cíveis submetem-se a júri popular, o que não ocorre no Brasil, mas pode ser aqui aplicado por instituições de mediação e arbitragem, em que o júri seria composto por vários mediadores/árbitros, e a partir do julgamento não vinculante destes sobre o caso, as partes estariam mais aptas a negociar, reavaliando suas posições, sendo mecanismo diferente do *mini-trial* pela quantidade de pareceres.³¹⁴

O *rent a judge* é a contratação de um Juiz privado (normalmente um juiz aposentado) pelas partes, sendo que no sistema americano as partes podem adotar este modelo, cuja solução ocorre sem publicidade. Há críticas sobre o *mini trial* e o *rent a judge* por se destinarem aos que possam pagar (mais abastados), que usam o Tribunal Multiportas, pelo próprio Judiciário, e evitem o sistema judicial tradicional, não contribuindo para seu aperfeiçoamento.³¹⁵

Ao buscar explicar tais meios de solução de conflitos, o objetivo é localizar para a multiplicidade destes meios, seus usos diferenciados, de acordo com variáveis (tipo de litígio, de partes, de tempo, de custos), demonstrando que os meios alternativos são empregáveis para lides em larga escala, com diversas finalidades, e que existem modelos estrangeiros, adaptáveis ou não, ao ordenamento jurídico brasileiro.

Todavia, os meios acima elencados não são todos os mecanismos alternativos de solução de conflitos existentes no mundo jurídico, ressaltando-se o caráter exemplificativo destes.

3.7 DIFERENCIANDO MEDIAÇÃO DOS DEMAIS MEIOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Negociação, conciliação, mediação e arbitragem são meios adequados de solução alternativa de conflitos, excluindo a jurisdição do Poder Judiciário, voltados a resolver extrajudicialmente o conflito, cada qual com características e natureza próprias.³¹⁶ Tal concepção é clássica, visto que existem exceções para a conciliação e a arbitragem (inseridas no processo civil – como exemplo nos Juizados Especiais Cíveis). A mediação abordada até o presente momento é o conceito clássico, anterior à sua regulamentação por Leis Federais, razão pela qual, enquanto tal, é mecanismo que exclui a jurisdição estatal.

³¹⁴ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 117-118.

³¹⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 118.

³¹⁶ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002, p. 98-99.

Mediação e arbitragem têm em comum o princípio da autonomia da vontade das partes (voluntariedade e consensualidade), que é a razão de ser destes institutos. A voluntariedade, na arbitragem, existe na vontade em transferir a solução do julgamento ao árbitro, e na mediação, ocorre na vontade de solucionar o conflito submetendo-o a procedimento conduzido pelo mediador. Na arbitragem, a consensualidade é identificada na cláusula compromissória ou no compromisso arbitral, ao passo que na mediação ocorre no pedido, expresso, de submissão ao procedimento.³¹⁷

A mediação **negocial**, para Élio Braz Mendes, é um método de autocomposição, ou processo heterocompositivo em que as partes são auxiliadas (assistidas ou facilitadas) a chegar em uma composição, por terceiro(s) neutro(s) ao conflito, ou por um painel de pessoas desinteressadas na causa. Por ser técnica de negociação assistida, existem leis e doutrinas que definem a mediação como autocomposição, todavia o terceiro (interventor comunicativo imparcial) é sempre produtor de heteronomia. O autor acrescenta que a confusão de classificar a mediação como autocomposição pode ser corrigida pela expressão ‘autocomposição assistida’, mas no caso da conciliação não é possível tal correção, pois a conciliação é técnica heterocompositiva em que o terceiro intervém propositivamente, embora vise autocomposição. O objetivo é um modelo de solução consensual de conflitos em que se trabalhe mais a autonomia das partes: mediação, arbitragem e conciliação objetivam autocomposição, mas suas técnicas divergem quanto “[...] à natureza metodológica essencialmente auto compositiva de cunho negocial heterocompositivo.”³¹⁸

Santos e Centeno explicam que o conciliador tem atuação interventiva (apresenta propostas, aconselha e sugere soluções), enquanto que o mediador conduz as partes à refletir, e às ouve visando construir o consenso, sem interferir diretamente, já que as partes elaboram o conflito. Por outro lado, ambos os mecanismos conduzem à pacificação social à margem da solução judicial e imposta, sendo instrumentos que podem combater a criação desnecessária ou morosidade de processos judiciais, e cujos paradigmas, se difundidos e dinamizados, podem reverter a cultura do litígio.³¹⁹

³¹⁷ CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação*: rudimentos. São Paulo, Atlas, 2002, p. 102-103.

³¹⁸ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial*: formação, teoria e práticas do mediador judicial. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 28-29.

³¹⁹ SANTOS, Aline Sueli De Salles; CENTENO, Murilo Francisco. O Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <<https://goo.gl/h6gzUr>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 250-251.

Élio Braz Mendes conceitua a arbitragem é um mecanismo privado heterocompositivo de solução de conflitos, em que um (ou mais de um) terceiro imparcial, escolhido pelas partes (árbitro), que compõe um tribunal arbitral, prolatará ao fim do procedimento uma sentença de conhecimento, e promoverá o cumprimento, encerrando diferenças técnicas das partes e finalizando o conflito.³²⁰ A arbitragem no Brasil teve sucesso, e sua atuação profissional é regulada pelo CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem). Muitos profissionais vem se dedicando à arbitragem, e escritórios de advocacia têm se especializado para formar equipes que atendam à demanda por uma justiça ágil e informal.³²¹

Mecanismos de resolução de conflitos heterocompositivos tem a presença impositiva de terceiro que intervém direta e propositivamente na relação das partes, visando o acordo para solucionar as diferenças apresentadas. Na autocomposição não existe tipo de presença do terceiro, seja no caso em que as partes se encontram para solucionar autonomamente seus conflitos, seja na autocomposição assistida, pois o terceiro não intervém para fornecer soluções, ele facilita a comunicação para que elas, por si, encontrem a solução. Diferentemente da mediação, a negociação tem elemento de persuasão, o terceiro é gestor e negociador, tendo seu próprio interesse no acordo, que é o objetivo da negociação, ao passo que a mediação pode ser vivenciada independentemente de um acordo, pois visa a comunicação efetiva entre as partes, para que compartilhem sentimentos acerca do conflito. A negociação parte do reconhecimento dos interesses das partes; a mediação, parte da expressão real dos interesses relativos aos conflitos. Por sua vez, a negociação – enquanto instrumento – pode ser usada nos mecanismos de solução consensual de conflitos, quando as partes negociam seus interesses para construir uma composição de suas divergências, todavia com atuação imparcial do facilitador.³²²

Mediação e negociação diferem em teoria, mas ambas podem trabalhar interesses dos envolvidos e fixar instrumentalmente (por processo não adjudicatório – sem impor decisão) meios de solução de conflitos. A negociação não tem etapas rígidas, mas indicativas e um norte de organizar e obter acordo, podendo ser usada para se obter acordos em qualquer mecanismo de solução pacífica de conflitos, bem aplicável à conciliação. A negociação do “projeto de

³²⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 76.

³²¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 81-82.

³²² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 54.

Harvard,” propaga vantagens de ganhos mútuos, e abriu portas para um novo modelo que surgiu na década de 70, capaz de reduzir custos das demandas judiciais e melhorar relações sociais.³²³

Carla Maria Zamith Aguiar expõe os modelos de mediação, ressaltando que não pretende restringir outras possibilidades que sejam desenvolvidas. O modelo *tradicional de Harvard*, desenvolvido por Roger Fish, William Ury e Bruce Patton, o modelo *transformativo*, de Robert Bush e Joseph Folger, o modelo *circular-narrativo* de Sara Cobb³²⁴ (estes já abordados anteriormente), e a Justiça Restaurativa,³²⁵ considerada técnica de mediação.³²⁶

Tabela 6 – Quadro Comparativo entre Conciliação com Capacitação, Mediação de Harvard (Avaliativa), Mediação Transformativa, Mediação Circular Narrativa e Mediação – Justiça Restaurativa

	Conciliação com Capacitação	Mediação Harvard (Avaliativa)	Mediação Transformativa
Quem conduz	Terceiro que tenha passado por cursos preparatórios e de reciclagem	terceiro com capacitação em Mediação Avaliativa	terceiro com capacitação em Mediação Transformativa
Objetivo	trabalhar o conflito por meio de negociações e concessões recíprocas a fim de obter um acordo	semelhante à Conciliação com capacitação	trabalhar a forma de ver o conflito, gerando o empoderamento e a participação responsável, autônoma e democráticas das partes, legitimando-as como seres humanos capazes de fazer escolhas, estabelecendo mudanças na maneira de relacionar-se por meio da construção conjunta de novas possibilidades de entendimento. Promover práticas que fortaleçam o exercício de cidadania. Fortalecer as relações humanas por meio de processos conversacionais.

³²³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 55.

³²⁴ “Os modelos Transformativo e Narrativo de Sara Cobb são muito semelhantes. O que interessa enfatizar é que o conhecimento de um maior número de instrumentos ou ferramentas proporciona ao mediador um refinamento de suas abordagens, viabilizando a criação de maiores oportunidades de entendimento e conseqüentes soluções para a dissolução das situações conflituosas.

Algumas ferramentas utilizadas por estes dois modelos são: análises de soluções tentadas mediante perguntas; re-enquadramento do contexto trazido pelo relato da situação conflituosa; re-significação da narrativa, oferecendo a oportunidade de conotar positivamente a situação conflituosa a partir da compreensão da possibilidade de geração de mudanças.” AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 106-107.

³²⁵ Carla Maria Zamith Aguiar conceitua a Justiça Restaurativa como uma nova percepção do conflito, não como mal social, mas como meio de encontro entre pessoas que não mais se entendem. AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 107.

³²⁶ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 102-107.

Contexto a ser aplicado	situações de conflito que não apresentem questões relacionais importantes, como: conflitos oriundos de relações comerciais pontuais	semelhante à Conciliação com capacitação	situações de conflito provenientes de relações que caracterizam-se pela existência de vínculos continuados
Quem participa	partes diretamente afetadas pela situação de conflito	semelhante à Conciliação com capacitação	partes diretamente afetadas pela situação de conflito, mas, caso se entenda necessário, também pessoas indiretamente envolvidas
Definição de sucesso	obtenção de acordo	semelhante à Conciliação com capacitação	transformação da relação e da forma de ver a situação de conflito, alcançar um contexto mais colaborativo por meio da flexibilização das posições e, como consequência secundária mas não necessária/indispensável, a obtenção do acordo. A humanização proporcionada pela mediação, mesmo que não leve ao acordo, cria condições mais favoráveis ao processo judicial.
Mediação Circular Narrativa		Mediação - Justiça Restaurativa	
Quem conduz	terceiro com capacitação em Mediação Circular-Narrativa	terceiro (muitas vezes da própria comunidade) com capacitação em Mediação Transformativa/Circular Narrativa/Comunicação-não-violenta	
Objetivo	semelhante à Mediação Transformativa	trabalhar a compreensão das pessoas sobre a situação conflituosa, para que haja a humanização dos envolvidos possibilitando a identificação das necessidades geradas pelo conflito/crime. Buscar a responsabilização de todos os afetados direta e/ou indiretamente, pelo conflito, promovendo a conscientização dos direitos e deveres de cada um. Facilitar a formação de redes interligadas de apoio e sustentação.	
Contexto a ser aplicado	semelhante à Mediação Transformativa	Situações de conflito que podem ser ajudadas pelo envolvimento de outros atores, além das partes diretamente afetadas. Contextos que possibilitem a formação de uma rede social de apoio	
Quem participa	semelhante à Mediação Transformativa	pessoas, direta e/ou indiretamente, afetadas pela situação conflituosa. A Justiça Restaurativa pede envolvimento da comunidade.	
Definição de sucesso	semelhante à Mediação Transformativa	assunção de responsabilidade e comprometimento de todos os envolvidos, direta e/ou indiretamente, com a resolução da situação de conflito. Restauração da Justiça como um valor a ser construído conjuntamente.	

Fonte: Carla Maria Zamith Boin Aguiar.³²⁷

Deste modo, fica demonstrado que, embora tenham finalidades comuns, os mecanismos alternativos de solução de conflitos tem diferenciações, mais ou menos evidentes se comparados uns com os outros.

³²⁷ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 119-120.

Ademais, demonstra-se que a arbitragem, por ser heterocompositiva (ainda que com presença de consenso), é muito semelhante à solução adjudicada estatal, de modo que possui semelhante dificuldade de promoção de pacificação social e de superação da cultura do litígio, pois que em regra as partes não participam da decisão.

A conciliação, por sua vez, não possui a mesma capacidade de pacificação social que a mediação, pois que possui um delineamento *superficial* do conflito, o suficiente para obtenção do acordo, não sendo, mesmo por isso, mecanismo recomendável para lides de largo espectro. A negociação, embora basilar, tem sido frequentemente aliada a outros MASC's, e possui o mesmo delineamento superficial de conflitos, pois que não há o terceiro (apaziguador).

Em detrimento da ideia dos juristas de *o que não está nos autos, não está no mundo*, na prática, o mais relevante é justo o que não está nos autos, mas que, por ser prejudicial a parte que poderia revelar, não é aduzido. Assim, o fato de as partes não relatarem as circunstâncias do conflito, faz com que o conflito não seja integralmente judicializado, pois passou pelo filtro da parte, pelo filtro do advogado, que acaba relatando ao Judiciário apenas partes do conflito que não prejudiquem a defesa dos interesses do cliente, sendo preciso que o conflito de interesses seja efetivamente conhecido pelo Estado ao menos o suficiente para que seja pacificado. Ademais, existe uma crise da verdade (a verdade não mais corresponde aos fatos, cada um tem sua própria verdade, a partir de suas experiências e forma de ver o mundo), tendo uma dificuldade em se obter a própria verdade.³²⁸

A mediação é o mecanismo alternativo de solução de conflitos que com maior sucesso consegue identificar os reais interesses das partes. Deste modo, é, de todos os mecanismos, o mais capacitado à promoção da pacificação social. Não é um mecanismo uniforme, possuindo diversas 'classificações', doutrinárias e práticas, mas sua maior vantagem é que existe uma multiplicidade de tipos de mediação, cada qual adequada para vários tipos de conflito, permitindo, em todos eles, um tratamento do conflito, a partir do restabelecimento da comunicação entre as partes, para que exerçam a capacidade de enxergar os interesses do outro, e identificar pontos de convergência, basilares não só para a construção de um acordo de vontades, mas contributivo para a construção de um novo relacionamento entre as partes.

Todavia, a mediação foi recentemente regulamentada, sendo necessário compreender, a partir de preparo teórico já abordado no Primeiro Capítulo, como a *nova* mediação se insere na processualística brasileira, o que será trabalhado a seguir.

³²⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 32-33; 38.

4 MEDIAÇÃO NA NOVA PROCESSUALÍSTICA CIVIL

4.1 MEDIAÇÃO E O NOVO CONCEITO DE JURISDIÇÃO

Dinamarco e Lopes definem jurisdição como atividade pública pela qual o órgão jurisdicional substitui a atuação dos interessados por sua atividade, para pacificar as pessoas em conflito, pela aplicação do direito em casos concretos. A jurisdição é expressão do poder estatal, pelo entendimento da função que ela representa, face os desígnios do Estado contemporâneo solidário, que trazem diretrizes para várias situações processuais relevantes, como a fixação de limites dos poderes de decisão do juiz, inclusive pela determinação da dose de poder investigatório que ele deve desempenhar. No Estado de direito, agentes do poder devem atuar em conformidade com a legalidade e responsabilidade, sendo assim imposto ao juiz limites em sua liberdade de convicção, dever de fundamentar decisões: são estes ditames da garantia democrática do devido processo legal, consistente num sistema de limitações ao exercício do poder, para segurança das pessoas.³²⁹

A partir da definição de Dinamarco e Lopes, pela nova ótica instrumentalista, o processo pode ser visto como instrumento de cooperação entre o juiz (agente do poder), e pessoas interessadas (partes). É no processo que atuam as partes durante um litígio, cada uma tendo um papel a desempenhar, com participação crescente do juiz, que o dirige. Os autores explicam que não há um conceito definitivo para o processo na doutrina, mas é possível identificar que se relaciona com o conceito de procedimento (expressão visível do processo), com o conceito de relação processual (vínculo jurídico entre sujeitos processuais) e com o contraditório (garantia constitucional que dá legitimidade política a todo o sistema).³³⁰

A garantia constitucional da ação se ajusta ao da inafastabilidade do controle jurisdicional. Uma das garantias fundamentais do Estado de direito é a abertura do Judiciário a ações de toda ordem, valor, e para qualquer pessoa, independentemente de condição social e econômica, sendo uma das mais notórias diretrizes políticas atuais. Nem por isso a ação deve estar no centro dos institutos fundamentais do direito processual como outrora. Por uma visão sistemática dos institutos processuais e da mecânica operacional do sistema, a ação é um instrumento que possibilita o exercício da jurisdição (sem provocação do interessado, não é possível exercer jurisdição, pelo princípio da demanda/ inércia do juiz). Com a iniciativa pelo

³²⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 49.

³³⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 50.

titular da ação, se instaura o processo e o juiz inicia o exercício da jurisdição, sendo obra da jurisdição e seu exercício, e não da ação, a produção de resultados no mundo exterior; é o juiz quem oferece a tutela jurisdicional a quem tiver direito, no exercício da ação.³³¹

Dinamarco e Lopes definem que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, tradicionalmente, era visto como direito de ingresso em juízo (garantia constitucional da ação), todavia a visão instrumentalista do processo trouxe sua caracterização como instrumento ético, e a necessidade de se observar a atividade jurisdicional pela visão dos consumidores (processo civil de resultados) provocando uma alteração na identificação e conteúdo do princípio da inafastabilidade: este agora, além de garantia de ingresso no Judiciário, é garantia de outorga, a quem de direito, de tutela jurisdicional *efetiva, adequada e tempestiva* (remetendo-se à ideia de Kazuo Watanabe), o que impede obstáculos à tutela. Há, então, a necessidade de prestar serviços jurisdicionais de boa qualidade, compatível com os interesses que versam o processo, e capaz de fazer justiça, em conformidade com o direito material (adequada), em prazo razoável, de acordo com a complexidade da causa, a urgência em obter a tutela, e a conduta das partes (tempestiva), ao mesmo tempo em que deve ocorrer a satisfação real do direito reconhecido pela tutela (efetiva). A tutela efetiva, adequada e tempestiva tem restrições, legítimas pelas regras do processo, e pela convivência com outras normas do ordenamento, assim: a) algumas pretensões judicializadas são barradas por fórmulas de independência e equilíbrio entre Poderes; b) existem requisitos, inclusive formais, para demandar em juízo; c) pretensões somente são julgadas ao final se presentes os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito. Assim, existem relativizações à garantia da plena universalização da tutela jurisdicional, todavia existem outros óbices, ilegítimos, e que dificultam o acesso à justiça, às vezes presentes até na lei, interpretada com valores passados e em especial em algumas realidades econômicas, sociais ou culturais não condizentes com a ordem processual (pobreza, ignorância, desvio de conduta de alguns juizes, entre outros), sendo estas barreiras internas e externas.³³²

Acerca de mecanismos aceleratórios do processo, é preciso que se observe prazo razoável com atendimento aos demais princípios constitucionais do direito processual, que devem ser ponderados em juntamente com o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional,

³³¹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 49-50.

³³² DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 54-55.

na procura por uma solução conciliadora, e a velocidade deve ser ajustada ao grau de cognição bastante à obtenção de decisão justa e em conformidade com o direito vigente.³³³

O atendimento do contraditório pelo juiz também se faz pelo diálogo, estando superada a ideia de que qualquer expressão de ideias e sentimentos do julgados sobre a causa seria um prejulgamento, e violação do dever de imparcialidade. O juiz não perde a equidistância entre as partes ao tentar conciliá-las, se com prudência tece considerações sobre a pretensão ou a prova, esclarecendo-as acerca da distribuição do ônus probatório ou advertindo-as de que é preciso provar melhor. O juiz não perde sua dignidade se, percebendo haver motivos para decidir de ofício ou julgar com base em ponto fato ou direito que não foi debatido pelas partes, as chama para que se manifestem sobre o assunto. O juiz mudo se afasta do compromisso de fazer justiça.³³⁴

Dinamarco e Lopes definem o processo como técnica para a solução imperativa dos conflitos, tendo como institutos a jurisdição, a ação e a defesa, exercida pelas pessoas por meio de advogados e pelo Ministério Público quando legitimado.³³⁵ “[...] Tudo que se diz a respeito do *processo* comporta distinções e especificações conforme a análise se dirija ao processo *civil, trabalhista, eleitoral, administrativo, penal, legislativo* ou mesmo *não estatal*.”³³⁶

Na história da ciência processual civil, existiram três fases metodológicas, a fase sincrética, presente desde as origens, a fase autonomista ou conceitual, implantada no séc. XIX, e a fase teleológica ou instrumentalista, existente atualmente. Na fase sincrética, o processo era visto como meio de exercer direitos, confundido com procedimento, pois definido como sucessão de atos, sem abordar a relação jurídica entre sujeitos. Na fase autonomista, o direito processual passou a ser visto como ciência, com método próprio em relação ao direito privado, e o processo passou a ser visto como um caminho para obter uma tutela especial pelo juiz (tutela jurisdicional), de modo que o objeto do direito processual não são os bens da vida, mas seus próprios fenômenos (jurisdição, ação, defesa e o processo). Quase um século após a superação da fase sincrética, a fase autonomista foi superada: o processo passou a ser visto não mais como instrumento do direito material, deixou de ser visto pelo prisma apenas jurídico, sem consciência de seus fins metajurídicos e de sua responsabilidade social. Esta superação ocorreu

³³³ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 57.

³³⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 65-66.

³³⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 15.

³³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 16.

pelo lançamento das bases de um método que prima pelo resultado do processo na vida dos consumidores do serviço jurisdicional, abrindo espaço para valorizar os fins sociais e políticos do processo, do valor ao acesso à justiça. Esta é a fase instrumentalista ou teleológica, que visa definir objetivos pelos quais o Estado exerce a jurisdição, para fixar técnicas adequadas.³³⁷

Todo instrumento deve estar voltado a um objetivo (os meios só têm sentido se voltados a um fim). O processo é instrumento, assim, para conhecê-lo, é preciso ter consciência dos seus escopos, de modo que o método teleológico cuida de fixar os escopos do processo, seus propósitos norteadores e as condutas dos agentes que o utilizam. O processo tem escopos: a) *sociais*, que são o de pacificar pessoas pela eliminação justa dos conflitos, e o escopo de educar as pessoas para respeitar os direitos alheios e exercer os próprios, ou seja, exercer a cidadania; b) *políticos*, que são dar estabilidade às instituições políticas, pois garantir o respeito à lei dá força à autoridade estatal. Outro escopo é o exercício da cidadania, pois o Estado democrático está calcado na participação política, de modo que importa realçar os valores da cidadania, e isto implica, no sistema processual, implantar e estimular remédios voltados à participação política, como a ação popular. Um terceiro escopo político é a preservação da liberdade, pois o processo é meio de culto às liberdades públicas pela defesa dos indivíduos e entidades face os desmandos do Estado, através da tutela jurisdicional por instrumentos como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, o *habeas data*, e outros; c) *jurídicos*, entre eles a atuação da vontade concreta do direito (teoria dualista do direito). A teoria unitária pressupõe um ordenamento jurídico em que direito material e processo sejam uma só unidade, e a criação de direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas intersubjetivas advenham da decisão judicial, e não da ocorrência de fatos previstos em normas. A corrente dualista, por sua vez, compreende que a ordem jurídica se divide nos planos substancial e processual, cada um com funções próprias. O direito material é formado por normas gerais e abstratas, pela tipificação de fatos, previstos pelo legislador, e pela fixação da consequência para estes fatos, sendo que pela ocorrência dos fatos previstos nas normas, criam-se direitos subjetivos, obrigações e relações jurídicas. Não cabe, assim, ao juiz criá-los, mas sim revelar a norma já criada, destinada a reger o caso sob julgamento. Direitos e obrigações precedem o processo, e soem extinguir pela satisfação voluntária, e não pelo processo.³³⁸

³³⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 17-19.

³³⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 20-21.

A solução de conflitos não é exclusiva do Estado pela tutela jurisdicional estatal, sendo crescentes a valorização e uso dos meios alternativos ou não judiciais de solução de conflitos, também chamados de paralelos à atuação os juízes, o que leva ao reconhecimento da equivalência entre estes meios e a jurisdição estatal. Existem diferenças entre estes meios e a jurisdição estatal no ponto de vista jurídico, pois esta última visa efetivar o ordenamento jurídico substancial, o que não cabe aos meios alternativos. Todavia, substancialmente, tanto a jurisdição estatal quanto os meios alternativos buscam a pacificação das pessoas e grupos pela eliminação de seus conflitos, sendo este o escopo social magno da jurisdição, sendo elemento que legitima propulsiona a atividade jurisdicional.³³⁹

A jurisdição contemporânea deve ser alcançar o ideal de *jurisdição participativa*, garantindo que a solução de conflitos se dê pelos meios equivalentes, e não só pela justiça Estatal, além de permitir a prevenção e solução das lides de forma justa, em prazo razoável, economizando o tempo, energia e custos. O acesso à justiça não comporta ser relacionado à abertura de portas ao Judiciário (facilitação do ingresso em juízo), nem pressupõe incentivo à litigiosidade, importando privilegiar meios auto e heterocompositivos de soluções de lides.³⁴⁰

Exemplo de inovações alinhados ao conceito de jurisdição contemporânea são a intimação do autor para *audiência* através de seu advogado, e possibilidade das partes nomearem representantes para o ato.³⁴¹

Lagastra Luchiari, por exemplo, defende que a solução adjudicada estatal continue como meio principal de solução de conflitos, sendo os mecanismos alternativos os complementares, de modo a não ferir o princípio do monopólio da jurisdição, previsto, segundo a autora, ao artigo 5º, XXXV, da CF.³⁴²

O monopólio da jurisdição, apesar de ser uma conquista à imparcialidade, segurança jurídica, e manutenção do Estado de Direito, não tem capacidade de atender a demanda de

³³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 30.

³⁴⁰ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 246.

³⁴¹ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 124.

³⁴² LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. A mediação comunitária e a “lei” da comunidade. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 145-160. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 151; BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

conflitos sociais, de modo que, paralelamente ao monopólio da jurisdição, é preciso incentivar os MASC's, sem afastar, desprestigiar ou criticar a solução estatal adjudicada, mas aceitar estes meios consensuais como 'equivalentes jurisdicionais'.³⁴³

Entre as características infraconstitucionais do novo processo civil brasileiro, Dinamarco e Lopes destacam: a) a abertura aos MASC's, quais sejam, arbitragem, conciliação e mediação; b) adoção do sistema colaboracionista, em que juiz e partes devem dialogar e cooperar para buscar soluções com maior celeridade possível; c) valorização da jurisprudência.³⁴⁴

Com a utilização dos MASC's, o Estado deixa de ser interventor e provedor geral, e permite a efetiva participação das pessoas na solução de seus conflitos, sendo este fator de fortalecimento do Judiciário, pois afasta a morosidade e atinge seu escopo, a pacificação social e, em último caso, a Justiça Real.³⁴⁵

Rodolfo de Camargo Mancuso aponta que é preciso repensar e reciclar a função judicial, reavaliá-la para que deixe de ser uma oferta primária (visão literal do artigo 5º, XXXV, da CF),³⁴⁶ e passe a ser uma cláusula de reserva, aos lides não resolvíveis por equivalentes jurisdicionais ou em casos de ações necessárias, o que implica uma releitura da tradicional divisão de Poderes (dimensão *estática* do Estado), a ser substituída pela concepção das Funções do Estado (dimensão *dinâmica*, por isso controlável em sua efetividade e economicidade).

controlável quanto à efetividade e economicidade), numa *reengenharia de tarefas*, assim sumariada: (i) as escolhas primárias e opções políticas envolvendo bens e valores fundamentais para a população devem remanescer confiadas ao Parlamento – a *policy determination* – a cargo dos representantes da coletividade, que, detendo mandato popular, elaboram a norma legal – *geral, abstrata e impessoal*; (ii) a Administração Pública, em sentido largo, se encarrega de dar *efetividade* a essa norma – administrar é aplicar a lei, de ofício – fazendo-a valer, tanto para o Poder Público como ao interno da sociedade – *policy execution* – impondo as sanções para o caso de descumprimento (v.g., multas e intervenções fundadas no poder de polícia); desse modo, (iii) sobejaria para o Judiciário o *policy control*, isto é, a emissão de comandos acerca dos conflitos acaso refratários e resistentes, seja aqueles não resolvidos

³⁴³ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. A mediação comunitária e a “lei” da comunidade. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 145-160. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 151.

³⁴⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 39.

³⁴⁵ LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. A mediação comunitária e a “lei” da comunidade. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 145-160. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 152.

³⁴⁶ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

espontaneamente pela incidência natural da norma, seja os que não foram auto ou heterocompostos por outros meios.³⁴⁷

Em sentido semelhante, Dinamarco e Lopes propõem retificação da conceituação clássica de jurisdição como poder, função e atividade, pois não é propriamente um poder, mas a expressão do poder do Estado (uno e indivisível), pois o Estado só tem uma capacidade de decidir de forma imperativa e impor decisões, sendo que o diferenciador no exercício de cada atuação estatal é a função exercida: funções legislativa (instituir normas gerais e abstratas para reger a vida das pessoas), administrativa (promover o bem comum por oferta de serviços e segurança ao povo) e jurisdicional (buscar a pacificação de sujeitos ou grupos que estejam em conflito). Assim, a jurisdição é uma expressão do poder do Estado, desempenhada com a função de pacificar, pelas atividades disciplinas na Constituição e na lei (ordenamento jurídico).³⁴⁸

O estudo sobre a jurisdição deve envolver a jurisdição exercida pelo Estado (juiz) e pela exercida na arbitragem, é que um processo, e tal como o judicial, se insere na teoria geral do processo. A crença em monopólio estatal da jurisdição pertence ao passado. Existem diferenças entre as duas espécies de jurisdição, o que não chega a descaracterizar a jurisdição arbitral do conceito de jurisdição.³⁴⁹ A jurisdição arbitral se exerce com base em poder, cuja fonte não é o *imperium* soberano estatal, mas a vontade bilateral das partes que optaram pela arbitragem (requisito básico da arbitragem). A jurisdição do árbitro também é substitutiva, embora não possa operar constrição sobre pessoas ou bens, o que pode gerar a necessidade de recurso à jurisdição estatal para execução de seu julgado.³⁵⁰

A Lei Federal nº 13.140/2015, que tem avanços importantes, todavia não definiu os alcances e questões práticas de sua aplicação, não resolveu questões como: a) necessidade de ampliar orientação específica para formação *interdisciplinar* dos mediadores; b) fixação de pressupostos teóricos, protocolos e procedimentos para exercício da mediação institucional e não institucional. A Lei outorga aos Tribunais de Justiça estaduais a responsabilidade sobre o quadro de mediadores judiciais, podendo estabelecer cursos de formação, remuneração e

³⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 45.

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 72.

³⁴⁹ Com base nesse raciocínio, Dinamarco e Lopes definem que os meios alternativos de solução de conflitos são modos de buscar a pacificação entre partes, de forma diversa do recurso à jurisdição estatal, dividindo-se em meios alternativos consensuais (ex.: mediação e conciliação), e meios alternativos heterocompositivos (arbitragem), sendo meios aplicáveis apenas para direitos ou interesses disponíveis. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 247.

³⁵⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016, p. 80.

funcionamento, o que gerará, segundo Mendes, em práticas variadas pelos estados, ainda que observadas as diretrizes do CNJ.³⁵¹

Devido ao conceito restritivo do exercício da autonomia das partes, os meios de autocomposição sem participação de terceiro, no Novo CPC, são restritos à renúncia, aceitação e transação, que divergem dos meios autocompositivos de autocomposição de conflitos com tratamento interdisciplinar, pois são restritos ao campo jurídico.³⁵²

Atualmente existe a tendência à desjudicialização das controvérsias, por meios que evitam a formação de lides, como a convenção coletiva de consumo (CDC, artigo 107), aceleram o desfecho dos processos, como a transação, a conciliação, e até a homologação de acordo extrajudicial. As alterações sobre as quais o Mancuso se refere são as promovidas durante a égide do Código de Processo Civil de 1973, sendo que este classifica como louvável a intenção do legislador de fomentar a decisão não judicial (de mérito) de conflitos, para que as partes conciliem durante o processo, ou, extrajudicialmente, adotem algum meio de mediação (pelos termos com eficácia judicial ou extrajudicial conforme o caso).³⁵³

Rodolfo de Camargo Mancuso trata de duas diretrizes: a do *aproveitamento máximo da relação jurídica processual*: positivado, v.g., na homologação da conciliação ou transação, ainda que sobre matéria não posta em juízo (CPC/73, artigo 475-N, III), para eliminar resquícios conflitivos periféricos, o que atinge o princípio da congruência, mas mostra que a ortodoxia científica pode ser sacrificada para obter um resultado útil do processo; e a da *universalidade da jurisdição*, separada em duas vertentes, voltadas: a) à necessidade de facilitar o acesso à justiça, ainda mais dos excluídos dele (ex.: acesso aos hipossuficientes, 1ª onda de renovação do processo civil); b) à ideia de que a Jurisdição não mais deve ser monopólio estatal, outros órgãos e instâncias, capazes de compor conflitos com justiça e em tempo razoável, podem se encarregar dela.³⁵⁴

O autor destaca vários meios aceleratórios que o processo civil vem adotando, nos quais se destacam a tutela antecipada, o julgamento antecipadíssimo do mérito em ações repetitivas, dentre outros. Observa que o então projeto do Novo CPC era uma ‘cruzada contra o tempo inimigo’, e que, paralelamente, tem-se fomentado os meios extrajudiciais de solução

³⁵¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 14.

³⁵² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 29-30.

³⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 100.

³⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 99.

de conflitos: termos de ajustamento de conduta, compromisso de cessação de prática sob investigação em acordos de leniência em lides sobre livre concorrência, arbitragem (cuja convenção inviabiliza judicialização), convenção coletiva de consumo, comissões de conciliação prévia, plano de recuperação extrajudicial da empresa, resolução de lides entre microempresários e empresas de pequeno porte via conciliação prévia, mediação e arbitragem. Tais meios não são obstáculos ao artigo 5º, XXXV, da CF (judiciabilidade plena),³⁵⁵ mas sinal do desejável pluralismo na solução justa dos conflitos. Historicamente, a atividade de dizer o direito (*jurisdictio*) nunca foi uniforme, em conceito, aplicação ou eficácia, ora sendo ligada à textos escritos (*civil law*), ou a costumes e precedentes judiciais (*common law*), ora monopolizada pelo Estado, ou partilhada com a coletividade (ex.: júri popular e homologação de transações entre partes, resquícios da participação popular).³⁵⁶

A ciência processual diferencia as lides, pelo valor envolvido ou matéria, para adaptar ao instrumento que ela vai ser formalizada judicialmente, de modo que: os Juizados tratam das causas cíveis de menor complexidade e penais de menor potencial ofensivo por um procedimento informal e principalmente oral, pautado na equidade; o recurso especial é restrito aos julgados dos Juizados (Súmula 203, STJ). Ou seja, existem tratamentos diversos para situações diversas (desequiparações legítimas),³⁵⁷ mas uma postura racional e realista do interesse de agir (*binômio necessidade-utilidade* do acesso à Justiça), que pede por releitura face à crise numérica da Justiça. Junto a esse binômio, poderia se somar o prévio esgotamento de outros meios de auto e heterocomposição, à semelhança do artigo 217, § 1º (esgotamento das instâncias da justiça desportiva para judicialização). Neste sentido era o PL nº 94/2002 da Câmara, com fase de mediação paraprocessual obrigatória no processo de conhecimento, que somente prosseguiria se não obtido o acordo.³⁵⁸

As inovações do Novo Código de Processo Civil acerca da audiência de conciliação e de mediação acercaram o sistema processual civil dos conceitos contemporâneos de jurisdição e de acesso à justiça. A previsão da possibilidade de realizar audiência por meio eletrônico, em

³⁵⁵ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³⁵⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 83-85.

³⁵⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 108-109.

³⁵⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 109.

especial por videoconferência, é outro indício da aproximação do sistema processual civil aos novos conceitos.³⁵⁹

Todavia, Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva explicam que soa contraditório a inserção da mediação como mais uma etapa processual, pois é um meio consensual dentro do processo, que por sua vez é estruturado pela lógica do contraditório (binário).³⁶⁰

Em contraponto a este raciocínio, vale mencionar as ideias de Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron defendem que o Novo Código de Processo Civil é fruto de uma polifonia, não sendo uma lei imposta, mas resultante de um consensual procedimento político e técnico científico (ideal de uma democracia, que desconsidera que discurso de especialistas devem definir uma legislação), sendo que esta polifonia trouxe inovações mais ou menos aplaudidas. O Novo Código de Processo Civil inovou ao conceber um formalismo processual em sintonia com o processo democrático. Para redução do número de ações (ou sobrecarga do Judiciário), ao invés de fortalecer requisitos procedimentais para recursos, o novo Código valeu-se de procedimentos democráticos, sob a luz do contraditório, como o incidente de resolução de demandas repetitivas. “A aplicação da primazia do mérito é uma das principais inovações do Novo Código e permeia todo seu texto. [...]”³⁶¹

Esse novo formalismo poderá viabilizar a utilização do procedimento como garantia de consolidação de princípios constitucionais do processo, pois em cada forma percebe-se a carga principiológica, não mais como um obstáculo à análise do mérito. A regra da primazia do mérito, prevista no artigo 4º³⁶² do Novo Código de Processo Civil, norteia o diploma legal. Não significa que o Novo Código abandonou o formalismo (constitucionalmente compreendido), o que autorizaria ao juiz flexibilizar normas a seu critério, sendo esta uma ideia combatida, pois o Novo Código se baseia no pressuposto participativo-cooperativo, e toda forma processual

³⁵⁹ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 123-124.

³⁶⁰ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 339.

³⁶¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 26-27.

³⁶² “Artigo 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.” BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

deve se fundar em uma garantia: a forma processual deve estar em sintonia com seu conteúdo correto, assim, “[...] sua aplicação ou flexibilização deva se dar em consonância com um pressuposto material e discursivo (debatido no processo), e não em razão de uma escolha solitária (ou salvacionista) do decisor (de corrigir equívocos das partes).” Deste modo o Novo Código busca dar responsabilidade a todos os sujeitos processuais, através de uma teoria normativa da participação, para que suas técnicas e formas sejam analisadas sob o prisma constitucional, para valorizar o mérito.³⁶³

Rodolfo de Camargo Mancuso, em sua obra *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*, dedica um capítulo aos “Meios bilaterais ou policêntricos de prevenção ou resolução das controvérsias,” referindo-se a tal proposta como atual e idônea, pois que alternativa eficiente à solução estatal. Sobre esta proposta, analisa que o então Projeto de Lei da Câmara nº 8.046/2010 (Novo CPC), que este:

[...] não vai de encontro ao que se está propugnando, mas antes harmoniza, sob a égide de uma *jurisdição compartilhada*, na qual a oferta de justiça estatal não exclui nem obstaculiza a busca por *outros meios e modos* de resolução de conflitos, ideário que, aliás, está acatado no § 3º do artigo 3º do citado projeto.³⁶⁴

Como resposta à ineficiência do Judiciário em administrar a litigiosidade nacional, há alguns anos vem sendo incorporadas novas formas de abordagem de conflitos, não centralizadas na figura do juiz, e voltadas ao estímulo da autonomia das pessoas para solução de conflitos, abrindo espaço para meios como a mediação, a conciliação, arbitragem e justiça restaurativa, principalmente após o advento da Lei de Arbitragem e a Lei dos Juizados Especiais, leis estas que consolidaram a mediação no processo civil.³⁶⁵

Observe-se, neste sentido, que a tendência do policentrismo processual, antes abordada, atinge tanto as soluções de conflito adjudicadas quanto as consensuais. Porém, a nova legislação, sem precedentes, confere um novo paradigma de solução de conflitos, estimulando a autocomposição.³⁶⁶

³⁶³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 35-36.

³⁶⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 25.

³⁶⁵ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 337.

³⁶⁶ SANTOS, Aline Sueli De Salles; CENTENO, Murilo Francisco. O Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <https://goo.gl/h6gzUr>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 252.

No artigo 1º, do NCPC, com efeito, fico exposta o norteamento constitucional do Código. No artigo 3º do Novo Código, fica evidente a consagração da disposição preambular da Constituição da República Federativa do Brasil, que expõe o comprometimento pela solução pacífica das controvérsias, bem como em acordo com os fundamentos da república (em especial os da cidadania, dignidade da pessoa humana), característica também presente no artigo 4º do NCPC. Os objetivos republicanos (primordialmente construção de uma sociedade livre, justa e solidária, redução das desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos) também estão presentes nos artigos 4º (obtenção de solução integral do mérito em tempo razoável), arts. 6º (cooperação entre sujeitos processuais) e arts. 7º e 8º (igualdade de tratamento, e atendimento aos fins sociais) todos do NCPC. Os direitos fundamentais, em especial o da liberdade, igualdade, segurança e legalidade (artigo 5º, da CF), estão presentes no artigo 8º do NCPC, que também se vale de princípios constitucionais que norteiam toda a Administração Pública (CF, artigo 37). O artigo 10, por sua vez, é expressão do viés participativo/cooperativo do processo.³⁶⁷

Assim o processo é exteriorizado como meio democrático de dimensionar conflitos, por critérios de cooperação ou participação. Brasil, sendo Estado democrático de Direito, se funda em destinar, inclusive, segurança e justiça, conforme preâmbulo da Constituição, de modo que, antes de arrolar os direitos e garantias fundamentais, prevê a igualdade de todos perante a lei, assegurando a segurança, legalidade, instrumentalizados pelo acesso à justiça, contra qualquer lesão ou ameaça à direito.³⁶⁸

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; [...].³⁶⁹

A cooperação não implica uma solidariedade processual utópica para que se chegue ao melhor resultado ao ordenamento, pois as partes almejam ganhar, e o juiz almeja enfrentar sua sobrecarga de trabalho. O problema é que uma atividade não cooperativa implica custos, num sistema com sobrecarga e muita litigiosidade. Com a correção normativa da

³⁶⁷ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

³⁶⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 79-82.

³⁶⁹ BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

comparticipação (ou releitura democrática da cooperação), há o compromisso por um comportamento vinculado à boa-fé normativa, de modo que a cooperação processual não é mera colaboração, mas sim o corolário do contraditório, enquanto garantia de influência.³⁷⁰

A cooperação não é dever ético da parte ir contra seus interesses, mas no sentido de uma comunidade de trabalho, pelo contraditório enquanto garantia de influência e de não surpresa, onde as partes podem (facultativamente), ao agirem defendendo seus interesses, contribuir para formar um pronunciamento juntamente com o juiz (que deve ser o facilitador desse procedimento). O entendimento correto da cooperação no Novo Código implica também que o provimento só se legitima se for resultado da aplicação do contraditório, nos termos do artigo 489, § 1º, do NCPC (requisitos da fundamentação das decisões), “[...] seja na reconstrução dos “fatos,” seja no levantamento de “pretensões a direito” (reconstrução do ordenamento) [...].” A decisão é correta, não por ser ‘justa’, o que demanda sobrecarga moral das partes e do julgador, mas porque permitiu que cada sujeito pudesse contribuir para o processo, seja na defesa de seus interesses (partes), seja atuando conforme esperado (juiz), trazendo elementos ao processo, que estarão presentes no ordenamento, ou seja, não na tutela, pois o Estado não exerce condição de tutor, mas exerce a função jurisdicional, devendo refletir para atender ou negar as pretensões das partes. De acordo com a teoria normativa da participação, o Novo Código fomenta o diálogo e controle das ações dos sujeitos processuais, por exemplo, pela boa-fé processual, pela necessidade de fundamentação das decisões, e pelo formalismo democrático, o que melhora o funcionamento do processo, pois permite fiscalizar o comportamento dos sujeitos, e leva o processo a ofertar seu máximo aproveitamento (com prevalência do julgamento do mérito, artigo 4º, NCPC). Assim, o processo, no Novo Código, aumentou a participação e influência das partes no processo.³⁷¹

Todos os sujeitos processuais, até advogados, devem buscar uma formação plural, ou seja, humanística, social, jurídica e econômica. Crer que esta tarefa compete somente ao juiz é parte do equivocado protagonismo judicial, que obsta o processo interdependente e policêntrico. O perfil democrático dos Estados democráticos de Direito modernos não comporta

³⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 87-90.

³⁷¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 90-92.

foco/centralismo em apenas um dos sujeitos processuais.³⁷² Daí advém o policentrismo processual.³⁷³

Desta forma, existe uma nova lógica processual, pautada na comparticipação, no cooperativismo, no policentrismo entre todos os sujeitos processuais, de modo a superar a lógica tradicional binária, não havendo risco de contradição pela inserção da mediação como fase processual, pois que esta modificação é necessária para adaptação do processo civil às diretrizes democráticas.

Ainda assim, existe questionamento quanto a efetividade, por si só, da modificação processo civil para adaptação do sistema de justiça brasileiro à esta mesma ótica democrática. Com efeito, Maria Stella de Amorim relata situação, em obra que, embora datada de 2006, ainda é uma realidade brasileira: a lógica do contraditório é predominante na teoria, doutrina e prática do Direito brasileiro.³⁷⁴ Deste modo, é preciso mais que uma inovação legislativa processual para superar esta lógica.

Também o ensino jurídico no Brasil é fundado na lógica binária, o que pouco propicia a visão construtivista e cooperativa dos conflitos. A maioria das faculdades de Direito brasileiras não ensinam (ou o fazem pouco) sobre conteúdos capazes de transformar a visão binária do conflito (ex.: teoria do conflito, teoria da tomada de decisões, mapeamento dos conflitos, MASC's). À título de exemplo, Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva citam que, desde 2007, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, e desde 2012, a Universidade de São Paulo, ofertam disciplinas voltadas ao estudo da mediação e conciliação³⁷⁵. Aos poucos, estes conteúdos vêm sendo aplicados nas grades dos cursos

³⁷² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 93-96.

³⁷³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 107.

³⁷⁴ AMORIM, Maria Stella de. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, Rio de Janeiro, 2006, 274 p., p. 107-131. ISSN 1678-3085. Disponível em: <<https://goo.gl/7egiMC>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 107-108.

³⁷⁵ “[...] muitas faculdades de direito já incluem as ADR em suas grades curriculares, seja como disciplina obrigatória [como, por exemplo, a Fundação Getúlio Vargas – FGV, a Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, entre outras, [...] seja como disciplina facultativa (como, por exemplo, a Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC). [...]” CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. Mediação nos cursos de Direito estimulará mudança. 12 dez. 2013. *Conjur – Consultor Jurídico*, ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://goo.gl/115qf2>>. Acesso em: 20 jul. 2017. A Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie oferta a disciplina prática obrigatória voltada aos meios alternativos de solução de conflitos na graduação. DIREITO Matriz Curricular. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<https://goo.gl/mPxaKb>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

jurídicos, porém várias gerações de operadores do Direito atuam sem terem estudados tais conteúdos.³⁷⁶

O Novo Código de Processo Civil, na visão de Santos e Centeno, tem suas diretrizes voltadas a eliminar entraves à efetividade da jurisdição e à solução de conflitos adequada, primando pelo consenso, inclusive no âmbito da Administração Pública, visando criar uma *cultura dialógica*, bem como a pacificação social, o que tende a reconstruir o tecido social mais rapidamente, desonerando a jurisdição do Estado.³⁷⁷ Para tanto, necessário que repensar os processos de pacificação, para implementar mudanças que contribuam para coesão social e melhoria dos sistemas de justiça: aí emerge a mediação, como um dos mecanismos que pode propiciar a participação e diálogo das partes na gestão de seus interesses e resolução consensual dos conflitos pelos próprios envolvidos, auxiliando a implementar uma cultura de paz.³⁷⁸

4.2 MEDIAÇÃO PARAPROCESSUAL E MEDIAÇÃO EXTRAPROCESSUAL

Implementar gradualmente um novo modelo de resolução de conflitos, pressupõe a quebra de paradigmas (alguns dogmatizados, reproduzidos sem adequação à realidade atual do Brasil). Mancuso, em sua obra, visa auxiliar na redefinição/correção de rumos dos conceitos de jurisdição e acesso à justiça, sem excessos de interpretação que monopolizaram a resolução de conflitos pelo Judiciário, cabendo aceitar e incentivar o uso de outros meios, agentes, órgãos e instâncias na resolução de conflitos, com solução técnica consistente, econômica e célere, pois vivemos numa democracia pluralista e participativa (CF, artigo 1º, p.u.): a boa gestão da coisa pública e a efetivação da paz social é dever conjunto do Poder Público, dos mandatários políticos e da sociedade civil (isolada ou coletivamente). Cabe assim, aos cidadãos, mais que votar e fiscalizar seus representantes, mas participar da gestão da coisa pública.³⁷⁹

³⁷⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 339-340.

³⁷⁷ SANTOS, Aline Sueli De Salles; CENTENO, Murilo Francisco. O Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <https://goo.gl/h6gzUr>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 247-249.

³⁷⁸ SANTOS, Aline Sueli De Salles; CENTENO, Murilo Francisco. O Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <https://goo.gl/h6gzUr>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 249.

³⁷⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e aml. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 39-40; 110; BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

Desta forma, muito antes do marco legal da mediação, consistente na Lei Federal nº 13.140/2015³⁸⁰, já se falava em inserção da mediação no sistema processual.³⁸¹

Propõe-se substituir o sistema adverso vigente por um sistema de negociação, de intermediação, para facilitar o acesso a uma solução mais justa, e que as próprias partes decidam por si.

O sistema judicial adverso, contraditório, é formal. O Estado exerce o monopólio da coerção: o que o juiz decide deve ser obedecido e cumprido pelas partes, sob pena de sanção e execução. No sistema de mediação, as partes dizem o que querem, na presença de um mediador, que nada mais é do que um corretor de intenções, um homem suficientemente preparado para isso.

A mediação não visa apenas a diminuir ou descongestionar a carga da nossa Justiça. É também defensável do ponto de vista da rapidez, pois, de acordo com o anteprojeto, será realizada, no mais tardar, em sessenta dias, diferentemente do que ocorre hoje, em que um litígio, muitas vezes, leva anos para ser solucionado.

A confiabilidade — o que se passa no âmbito de uma mediação não vale como prova em setor ou lugar nenhum.

O mediador não anota, não se ouvem testemunhas, nem se tem de produzir provas. Por isso, o procedimento de mediação é extraordinariamente informal.

A flexibilidade, a economia de custos e as soluções obtidas no processo de mediação são as mais justas, porque é a própria parte que estará ditando a solução do seu conflito, por intermédio do seu mediador, que nada mais é do que um auxiliar da vontade das partes.³⁸²

Com a Constituição Cidadã, a democracia participativa repercutiu na previsão das ações voltadas aos interesses metaindividuais, confirmando que o processo civil deve instrumentalizar os fins buscados pelo Direito material, e colocando ações coletivas como fator de inclusão de pessoas e segmentos sociais. Houve um crescimento do acesso à Justiça dos megaconflitos, mudou-se o papel dos órgãos judiciais, exigindo-se destes uma postura pró-ativa, e não mais a neutralidade e distância das crises metajurídicas. Assim, a democracia participativa convoca a todos a zelar pelo bem comum, inclusive o Judiciário, que deixa de ser mero receptor das queixas, espectador dos acontecimentos e transformações sociais.³⁸³

³⁸⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 14.

³⁸¹ De forma a reforçar a precedência deste ideário, vale à pena remeter ao pensamento de Sérgio Bermudes, em notas realizadas a partir de palestra proferida aos 14/06/1999 na AMAERJ (Associação de Magistrados do Estado do Rio de Janeiro), teceu previsões acerca do processo civil no próximo milênio, entre elas, se destacam: a) que a maior preocupação da processualística será a efetividade do processo, pois que ele é um instrumento da jurisdição, não um fim em si. Assim, o processo não será alindado ou requintado, mas sim adaptá-lo para que seja mais efetivo, despido de formalidades prescindíveis, mantendo as indispensáveis às garantir a defesa das pretensões sob exame e que mantenham a justiça da decisão; b) o processo enquanto meio de composição forçada de lides já vem se mitigando, de modo que o processo, como meio de compor amigavelmente lides, será a melhor alternativa (processo desempenhado por mediação); c) florescerão os meios alternativos de solução de conflitos, para que o processo seja meio de conciliação, sendo uma alternativa em si mesmo, a mediação e a arbitragem. BERMUDES, Sérgio. O processo civil no terceiro milênio. Palestra proferida na AMAERJ, em 14.06.99. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 7, 1999, p. 92-100. Disponível em: <<https://goo.gl/5t2g8G>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 93-98.

³⁸² DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma experiência profissional. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 55-56.

³⁸³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 111.

O Judiciário assim, deve se agregar no esforço comum para preservar interesses públicos primários, o que pode gerar crítica sobre o equilíbrio de poderes, e a possibilidade de um ativismo judicial excessivo. Todavia, numa democracia participativa de um Estado Social de Direito, o setor público é visto mais como a reunião das várias funções estatais, que devem ser prestadas satisfatoriamente ao público alvo, como os jurisdicionados, *consumidores* do sistema de justiça, implicando ao Judiciário as obrigações do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor³⁸⁴ (órgãos públicos devem fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, se essenciais, contínuos, e em caso de descumprimento/oferta insatisfatória, reparar danos). Deve o operador do Direito se conscientizar de seu papel de transformador da realidade social injusta e opressiva, pois que, principalmente nos direitos difusos e coletivos, constitucionalmente o acesso à justiça foi estendido aos novos valores e necessidades da sociedade atual.³⁸⁵

O constitucionalismo atual defende a participação e fiscalização do Estado pelos cidadãos, para que a democracia assuma como regime de governo. A fiscalização pelos cidadãos é necessária, pois o poder público existe para atender suas necessidades, sendo que, hoje, essa fiscalização é amplamente realizada pela ação do Judiciário, de modo que o Juiz passa a ter uma posição política (no sentido originário do termo). Quanto mais as pessoas entenderem a democracia e exercerem realmente sua cidadania, mais fiscalizarão o poder público e utilização do Judiciário para restaurar a moralidade administrativa, e na medida que o Judiciário atende essa demanda, de forma célere e confiável, se fortalece como poder político.

O sistema judicial brasileiro tenta, face à crise, criar e administrar novos meios políticos e legais para um modelo de justiça multiportas, para que o Judiciário conviva com os outros meios de solução de conflitos. Todavia o sistema multiportas não pode ser visto como mera forma de desafogar o Judiciário. Do contrário, a mediação, após promover a diminuição do número de processos em tramitação, equilibrar a administração da justiça e combater o congestionamento das demandas, seria um mecanismo que se esgotaria em sua função (perderia sua razão de existir). A mediação serve principalmente para transformar as pessoas e seus conflitos, por uma revolução e mudança dos padrões de percepção dos problemas.³⁸⁶

Portanto, a mediação é mais que ferramenta útil para combater a crise do Judiciário ao atender a demanda, ela é hábil para resolver o problema da demanda, através da superação da

³⁸⁴ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/P7nUD>>. Acesso em: 09 jul. 2017.

³⁸⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 112-113.

³⁸⁶ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 86-87.

cultura do litígio, e da disseminação de formas de administrar conflitos não só aos jurisdicionados, mas à sociedade (aí residindo principalmente seu caráter interdisciplinar.

Neste cenário político e econômico da administração do Poder Judiciário inserem-se os institutos da mediação e da conciliação como mecanismos de autocomposição de conflitos ocupando um lugar de destaque nas políticas de reforma do judiciário. O Código de Processo Civil de 1973 tratou de forma sumária tais institutos de direito adjetivo, reafirmando somente o instituto da conciliação como ferramenta do juízo para pôr fim ao processo mediante um acordo entre as partes, não realizando a distinção necessária entre outros institutos e mecanismos possíveis ao entendimento processual para a prática adequada e para os resultados desejados pela política nacional de meios alternativos de solução de controvérsias. [...]. Esta nova consciência sobre os modelos autocompositivos de solução pacífica de conflitos, será uma construção lenta e de toda a sociedade civil em apreender conceitos e formas de pensar, sentir e viver valores em atenção voltada para a autonomia processual democrática e participativa.³⁸⁷

O Código de Processo Civil de 1973 não diferenciou mediação e conciliação, não definiu a função inicial do juiz, para fixar à quais institutos as partes devem ser encaminhadas, e se a mediação ocorrerá dentro ou fora do Poder Judiciário. Mendes especifica a necessidade de a legislação prever o funcionamento das fases pré e endo processuais da mediação e da conciliação, para o desenvolvimento regular do processo em duração razoável. O Novo Código de Processo Civil, por sua vez, refere-se à outros métodos de solução consensual de conflitos, além da mediação, conciliação e arbitragem, para que profissionais do direito possam utilizar variados MASCs dentro e fora do processo judicial (artigo 3º, §§ 1º à 3º, do NCPC³⁸⁸).³⁸⁹

O marco legal da mediação (Lei de mediação) visa regulamentar este processo, dar mais segurança jurídica à mediação, fixar diretrizes que estabilizem uma política pública de disseminação da mediação do Judiciário, e fomentar o uso deste mecanismo na esfera pública e privada.³⁹⁰

Quanto às fases de mediação e instrução anteriores à fase de instrução e julgamento, Mendes classifica que a prática dos juízes é tímida, e bons resultados no país são condicionados à aplicação de técnicas intuitivas (sem metodologia dos profissionais), à exceção das grandes

³⁸⁷ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 88.

³⁸⁸ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

³⁸⁹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 89.

³⁹⁰ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://goo.gl/4CXKC1>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 8.

idades e capitais que implementaram as Centrais de Mediação, Conciliação e Arbitragem sob orientação do CNJ.³⁹¹

A mediação, para ocorrer, depende da capacidade de comunicação, que informe os interesses reais das partes, para tornar possível a solução dos conflitos. A mediação oferece às partes um novo modelo de relacionamento, com percepção de si da outra parte, sendo uma abordagem muitas vezes inédita às partes.³⁹²

No processo tradicional, a oitiva das partes são direcionadas, pelo profissional, à instrução processual, visando o convencimento e julgamento do processo pela procedência ou improcedência, conforme o interesse da parte. Na audiência de conciliação, normalmente existe *condução não diretiva dos interesses das partes*, o que vem ocasionando o insucesso nas tentativas de conciliação prévia. O papel do juiz é evitar a polarização das partes na fase de conciliação, devendo ser um descobridor do discurso implícito, a partir do discurso manifesto das partes: mais que perguntar se há acordo, é preciso entender os interesses reais para que ocorra acordo.³⁹³

A mediação privada tem autonomia total, é ambientada pelas partes, que expõem seus interesses. Na mediação judicial, é indispensável a flexibilidade procedimental dos métodos de mediação, e a aplicação genuína das técnicas de mediação será dificultosa, pois os agentes públicos estão inseridos no inflexível processo legal. Não existe instrução processual na mediação, nem instalação da lide tradicional ou julgamento, mas sim novas soluções de convivência entre as partes, formuladas somente por elas, sem a proposição do terceiro mediador. A mediação tradicional difere da mediação realizada no judiciário, institucionalmente estruturada, pois suas técnicas se adaptam para serem aplicáveis no Judiciário: é uma nova modalidade de mediação (*mediação judicial*), não autocompositiva estrito senso, e sim lato senso (qual seja, composição assistida com participação indireta de terceiro), em que o juiz atua com novas técnicas de procedimento judicial, com auxílio das regras de mediação assistida.³⁹⁴

Utiliza-se da mediação judicial é uma ação política e administrativo do Judiciário, face os anseios da população, desprovida de autoridade democrática e atenção do Estado brasileiro,

³⁹¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 30.

³⁹² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 32.

³⁹³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 32.

³⁹⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 37-39.

por uma solução pacífica de conflitos, que reconheça a efetiva participação das partes, a exposição dos motivos reais do conflito, e o compromisso ético na construção da solução. Os vários meios de solução autocompositiva pode confundir os jurisdicionados.³⁹⁵

Autocomposição e heterocomposição tem naturezas principiológicas diferentes. A Itália preferiu distinguir mediação da conciliação pelo ingresso ou não da ação judicial, o Brasil vem diferenciando a mediação judicial como autocomposição, pelo caráter de estimular autonomia das partes e pela presença do terceiro imparcial não propositivo.³⁹⁶

Na jurisdição heterocompositiva, busca-se um ideal de justiça previsto em lei, todavia a solução em geral satisfaz uma das partes. Por isso, conciliação, mediação e negociação são vistas como meios autocompositivos, do tipo autocomposição assistida por terceiro, e diferem entre si pela *atuação metodológica do terceiro, e sua estratégia de autocomposição*. Todos os profissionais de direito precisam conhecer os métodos de autocomposição de conflitos, e técnicas de negociação, conciliação e mediação judicial, com conhecimentos interdisciplinares, urgentemente, para que as unidades judiciárias desenvolvam uma dinâmica interdisciplinar, desde que tenham equipes de mediadores e conciliadores que colaborem na solução dos conflitos. O molde ideal de funcionamento da mediação institucional que ocorre numa unidade judiciária é que o juiz não seja o mediador, por representar a coerção e força estatal, devendo o juiz atuar indiretamente: a) recebendo a petição inicial e decidindo se encaminha às sessões de mediação (dentro ou fora do judiciário), analisando se o conflito pode ser mediado; b) conforme o procedimento específico, finalizando a mediação, ouvindo as partes se necessário, e prolatando sentença homologatória; c) nas audiências de tradicionais de conciliação, instrução e julgamento, utilizar-se das técnicas de mediação (estando bem instrumentalizado), tendo a negociação como primeiro método, e obter um acordo judicial. É possível assim, que o juiz conduza acordos por via não diretiva, de natureza autocompositiva, caso em que não se torna mediador estrito senso, mas julgado aplicador da lei, conciliando para extinguir o processo, utilizando técnicas da mediação, com escuta, facilitação do diálogo e revelação de interesses implícitos, dentro do papel de presidente da audiência e gestor do processo para uma decisão heterônoma. Cabe à equipe interprofissional/profissional com formação em mediação, na unidade jurisdicional, dar atendimento especializado aos jurisdicionados, revelando os interesses implícitos no atendimento especializado de mediação, para que as partes se sintam

³⁹⁵ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 39.

³⁹⁶ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 40.

com autonomia sobre a solução de seus conflitos, protagonistas de suas vidas. O Brasil não tem larga experiência com prática de mediação judicial, dificultando produção de conhecimentos específicos e desenvolvimento de pesquisas na área.³⁹⁷

Mendes, interpretando o artigo 128³⁹⁸ do Projeto de Lei do Estatuto das Famílias, avaliar que este pode levar a presumir que a mediação não deve ser realizada no Judiciário, ao expor que a conciliação deve ser buscada em todos os graus de jurisdição e tipos de ação, e que a mediação extrajudicial deve ser sugerida. A Itália, por exemplo, chama de conciliação a mediação feita no judiciário; também a Inglaterra restringiu a mediação ao âmbito privado, e a conciliação dentro do judiciário. No Brasil, o CNJ tenta estabelecer um modelo em que conciliação e mediação coexistam no sistema judicial, constando-se, na análise de Mendes, que existe uma experiência mista de vários modelos que se comunicam, em linguagem multi e interdisciplinar, para a construção de uma mediação autenticamente do Brasil, baseada na mediação ecossistêmica de Lisa Parkinson.³⁹⁹ O modelo funciona bem em países multiculturais como o Brasil.⁴⁰⁰

A instrumentalidade do ganha-ganha na mediação importa quando as partes desejam um acordo para compor suas necessidades e interesses, sendo que a negociação nem sempre está presente na mediação, mas é instrumento eficiente para conhecer e compor os interesses das partes, e contribuir para a pacificação da mediação. O CNJ, na Resolução nº 125/2010, adotou o modelo fundado na negociação de Harvard, o que tem auxiliado a aportar métodos de solução consensual de conflitos na esfera judicial e jurisdicional. As Centrais de Mediação, Conciliação e Arbitragem, implantadas nos estados brasileiros, experimentam novas formas de harmonização e pacificação da relações sociais pelas ações comunicativas, conciliatórias e consensuais.⁴⁰¹

A Lei Nacional de Mediação ampliou o campo de atuação da mediação para conflitos da do âmbito da administração pública, e autorizou (artigo 46), que a mediação ocorra pela

³⁹⁷ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 41-43.

³⁹⁸ BRASIL. Projeto de Lei do Estatuto das Famílias. Disponível em: <<https://goo.gl/T8m7fx>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

³⁹⁹ PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 77. *Apud* MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 49-50.

⁴⁰⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 49-50.

⁴⁰¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 56.

internet ou outro meio de comunicação à distância, facultando à parte que reside no exterior submeter-se à mediação segundo esta própria lei. A mediação tem, portanto, novas abordagens técnicas, que demandarão estudos teóricos e novos procedimentos instrumentalizados dos profissionais, sendo urgente a elaboração de protocolo que defina cada modalidade técnica de mediação, afastando confusões.⁴⁰²

As mediações **realizadas em esferas não estatais**, homologadas ou não pelo poder Judiciário, não se confundem com a mediação judicial, organizada pelo CNJ e Tribunais de Justiça, que é parte da política nacional de solução pacífica de conflitos, e cujo objetivo principal é desafogar as demandas que se acumulam em todas as instâncias do Poder Judiciário.⁴⁰³

Da análise de Carolina Motta, Gabriela Vetoretti e Fabiana Marion Spengler, pode-se inferir que a mediação judicial é o meio judicial mais flexível e amigável de solução de conflitos, consistindo num processo totalmente confidencial e voluntário, que ocorre em sessão, onde um ou mais terceiros (mediadores), sem poder decisão, auxiliam partes envolvidas em problema, para que elas encontrem, por si, a solução.⁴⁰⁴

Todavia, para Saulo Santos e Danielli Gadenz, acerca da obrigatoriedade da **audiência de conciliação ou de mediação**, o legislador teve preocupação com a liberdade das partes na audiência (princípio da autonomia da vontade das partes, previsto no artigo 166, NCPC), mas sem possibilitar a elas que escolham pela realização, ou não, desta audiência, salvo casos específicos (ex.: NCPC, artigo 334, § 4º). Os autores questionam se houve uma violação ao princípio da autonomia, ou se o Estado se preocupou em mudar a mentalidade social, buscando a cultura do consenso.⁴⁰⁵

⁴⁰² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 59-60.

⁴⁰³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 12-13.

⁴⁰⁴ MOTTA, Carolina; VETORETTI, Gabriela Barboza; SPENGLER, Fabiana Marion. Políticas Públicas no tratamento de conflitos – Mediação. *Seminário de Iniciação Científica UNISC*, 2016. Resumo. ISSN 2176-4670. Disponível em: <<https://goo.gl/oXk7wY>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁰⁵ SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no Novo Código de Processo Civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2427-2456, set./dez. 2015. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://goo.gl/4npG6d>>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 2.448.

De forma semelhante, o artigo 695 do NCPC, prevê que a mediação é imperativa nas ações de família, o que, na retira a vontade e interesse em mediar o conflito, pressupostos básicos da mediação.⁴⁰⁶

Todavia, defendemos que a imperatividade da audiência de mediação não retira do procedimento o princípio da autonomia da vontade das partes, e não descarta o interesse das partes para realizar o procedimento: existe, sim, uma mitigação⁴⁰⁷ destas características, mesmo porque a mediação judicial se estrutura completamente dentro da autonomia da vontade das partes, apenas a *oferta* da possibilidade de utilizar o procedimento é obrigatória. O objetivo do legislador, claramente, foi de difundir este mecanismo na população, e ao mesmo tempo adaptar os procedimentos e fases processuais para maior democratização (que se relaciona com um processo participativo, cooperativo, e principalmente, policêntrico).

Deste modo, não é possível equivaler a mediação judicial (paraprocessual), e a mediação extrajudicial (fora do processo civil).⁴⁰⁸ Ambos os meios foram regulamentados com

⁴⁰⁶ DILLMANN, Alexandra Tewes; MALLMANN, Raul Bohnemberger; MARTINS, Janete Rosa. Mediação Familiar à Luz dos Sentimentos. XXIV *Seminário de Iniciação Científica Unijuí*. Ensaio Teórico, Disponível em: <<https://goo.gl/KxV6Yi>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 01-02.

⁴⁰⁷ Em que pese a disposição do artigo 25 da Lei de Mediação (“Artigo 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no artigo 5º desta Lei [impedimento ou suspeição do mediador].”) o que consubstancia a mitigação da autonomia da vontade das partes, este mesmo princípio está consubstanciado em vários outros dispositivos da Lei de Mediação: Artigo 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] V - autonomia da vontade das partes; [...] § 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação. § 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação. [...] Artigo 3º [...] § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. [...] Artigo 4º [...]. § 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito. [...] Artigo 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes. [...] Artigo 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito. Artigo 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio. [...] Artigo 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência. [...] Artigo 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. [...] Artigo 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. [...]” BRASIL. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2016. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997 [Lei de Mediação]. Disponível em: <goo.gl/UQ5kMd>. Acesso em 20 jul. 2017.

⁴⁰⁸ Neste sentido, Mendes defende que a verdadeira mediação ocorre fora do modelo institucional, a vida privada das pessoas, pois é esta que preza pela autonomia das partes, sendo que se houvesse uma justiça estatal eficiente na solução heterônoma de conflitos, a sociedade não demandaria desta mesma justiça que oferecesse outros métodos, se houvessem profissionais particulares que atuassem de forma satisfatória fora do sistema estatal judicial. Prossegue o autor defendendo que, se assim fosse, caberia ao magistrado separar as demandas que deveriam estar judicializadas ou na esfera privada. MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e*

o Marco Legal da Mediação, todavia, anteriormente à esta inovação legislativa, apenas havia de se falar, no Brasil, em mediação extraprocessual.

O título da Seção III do Capítulo I, da Lei de Mediação, “do Procedimento de Mediação,” afirma a natureza jurídica da mediação, diferentemente da mediação prevista no Novo Código de Processo Civil, pois que externa ao processo judicial:

Artigo 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Artigo 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Artigo 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecurável a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Artigo 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Artigo 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Artigo 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Artigo 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.⁴⁰⁹

Com efeito, a externalidade do procedimento acima descrito em relação ao processo judicial, fica caracterizada pelo artigo 16.

São regras da mediação dispostas no Novo Código de Processo Civil: a) dever de informar, de forma clara e detalhada, o método empregado, seus princípios, regras de conduta e etapas do processo; b) autonomia da vontade das partes, para preservar decisões voluntárias e não coercitivas; c) não obrigatoriedade de resultado, de modo a não haver imposição do acordo ou de decisões aos envolvidos; d) dever de avisar as partes que o mediador está atuando sem

práticas do mediador judicial. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 94-95.

⁴⁰⁹ BRASIL. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2016. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997 [Lei de Mediação]. Disponível em: <goo.gl/UQ5kMd>. Acesso em 20 jul. 2017.

vinculação com sua profissão original, e de ofertar o chamamento de profissionais caso necessário, se todos convirem; e) compreensão do método de composição, para que as partes saibam claramente as cláusulas do acordo.⁴¹⁰

Mediação e conciliação necessitam diferenciação técnica e fixação de papéis e funções de cada uma.⁴¹¹ A diferenciação entre a mediação clássica (anterior ao Marco Legal da Mediação) e outros meios auto e heterocompositivos foi tema tratado em capítulo anterior.

Mediação e conciliação tem sido alvo de confusão de seus conceitos, em quase todas as leis brasileiras, sendo que frequentemente tais mecanismos são descritos como sinônimos, dificultando aos novos estudiosos do tema.⁴¹²

Esta confusão se opera na prática, pois em alguns Centros Judiciais de Mediação e Conciliação dos estados, sessões de mediação e conciliação ocorriam no mesmo momento procedimental, havendo presença simultânea de conciliador e mediador, e caso a mediação não tivesse sucesso, na mesma sessão se iniciava audiência de conciliação, sendo esta uma confusão de metodologias e princípios norteadores dos dois mecanismos. Diante disso, o CNJ optou por não interceder na referida Central de Mediação, Conciliação e Arbitragem, alegando que os Tribunais estaduais eram livres para organizar as centrais, e que competia ao CNJ fornecer diretrizes principais sem restringir sua atuação, organização e autonomia. Essa confusão teve contribuições do artigo 8º da Resolução nº 125/2010-CNJ (estabelece os centros judiciários de conciliação e mediação) e o artigo 166 do Novo Código de Processo Civil (definiu princípios da mediação e conciliação sem distinguir ambos). É como os termos conciliação e mediação fossem unidos, fazendo com que leigos refiram-se à ambos como um termo conjugado, sem existência autônoma um do outro.⁴¹³

Com as novas implicações e características da mediação judicial, se faz necessário traçar um modelo de diferenciação deste mecanismo, institucionalmente estruturado no Judiciário, face à conciliação já inserida no contexto judiciário, para não confundir os dois mecanismos, sua aplicabilidade entre outros aspectos. Para tanto, é utilizada a Tabela abaixo, pautada nas pedagógicas ideias diferenciadoras da conciliação judicial e mediação judicial realizada por Élio Braz Mendes:

⁴¹⁰ BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a Teoria da Mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. *Revista da Ejuse - Escola Judicial do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 20, 2014, p. 103-122. ISSN 2318-8642. Disponível em: <goo.gl/cJXqwD>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 116.

⁴¹¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 94.

⁴¹² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 57.

⁴¹³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 58.

Tabela 7 – Quadro Comparativo entre Mediação Judicial e Conciliação Judicial

Mediação Judicial	Conciliação Judicial
Linguagem ternária: busca através de terceiro da comunicação para que os mediandos superem o binômico (culpado-inocente, meu-seu direito) e pelo diálogo narrem interesses pessoais para buscar sentimento de justiça, preservando a autonomia, os interesses éticos e sentimentos reais das partes	Linguagem binária: não se afasta da linguagem binária (ambas as partes cedem em seu direito), com fortalecimento e reconhecimento dos direitos das partes em composição
Conceito interdisciplinar restrito: o mediador é situado entre várias áreas	Conceito disciplinar ou multidisciplinar: o conciliador é adstrito ao direito, e às vezes com abordagens multidisciplinares para facilitar a negociação
Escuta ativa qualificada: o mediador escuta sentimentos envolvidos	Escuta especializada sem necessidade de qualificação e treinamento: o conciliador faz escuta jurídica dos direitos e interesses das partes
Transforma conflitos: “[...] o mediador movimenta os motivos do conflito em sua transformação dialógica [...]” ⁴¹⁴	Resolve disputa de interesses
Inserir-se na relação subjetiva: o mediador atua nos sinais subjetivos das partes	Inserir-se na relação objetiva: o conciliador faz propostas pela vontade objetiva das partes
Pautar-se em sentimentos e afetos	Pautar-se em interesses: sentimentos e afetos são secundários ou desprezados
Tem conflito como método: é pelo conflito que identificam-se os reais interesses dos mediandos	Visa fim do conflito
Trabalha as diferenças: pela atenção as diferenças, o mediador estimula o respeito entre as partes	Trabalha as semelhanças: o conciliador foca nas semelhanças entre os interesses das partes
Não visa o acordo	Visa o acordo: na conciliação judicial objetiva-se o fim do processo judicial pelo acordo
Não visa desafogar o Judiciário, mas não se opõe ao desafogamento: tem efeitos preventivos, atuais e pedagógicos	Visa desafogar o Judiciário
Deve ocorrer de preferência em âmbito privado: é exercício de autonomia das partes, dispensando intervenção estatal	Conciliação: tem natureza pública estatal: a conciliação recebe intervenção do Estado
Pode ocorrer antes do conflito: é pedagógica, com fim preventivo	Ocorre somente após o conflito: não é preventiva
Não é propositiva: mediador não propõe soluções, é um facilitador de troca de propostas	É propositiva: conciliador faz propostas às partes

⁴¹⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 60.

Usa linguagem não diretiva: o mediador usa linguagem ampliada e extensiva dos mediandos	Usa linguagem jurídica: o conciliador toma “[...] diretamente os direitos das partes como centro;” ⁴¹⁵
Usa da Comunicação Não Violenta: o mediador desarma os mediandos desmotivando seus interesses aparentes e suas resistências, por técnicas de comunicação afirmativas e de recontextualização	Usa a linguagem do conflito: o conciliador usa a linguagem do conflito pela disputa de interesses e pela necessidade de composição do acordo
Não depende de lei positivada: a lei importa, mas não restringe a comunicação livre e composições, pois pode ou não ser homologada pelo Judiciário	Depende de direitos positivados: o respeito à lei é pressuposto para a tutela jurisdicional do acordo
Não exige homologação judicial: tem seu lugar preferencialmente na esfera privada	Pede homologação judicial: tem seu lugar preferencialmente na esfera pública estatal
Independente da jurisdição	Depende da jurisdição: na conciliação das partes se submetem ao domínio estatal
É prática social: sem afastar o jurídico	É prática jurídica
Evolui para fora do Poder Judiciário: tem existência plena na sociedade civil (exercício da autonomia civil e da dignidade humana)	Reside no Poder Judiciário
É facilitada, coordenada e liderada: autonomia das partes e imparcialidade	É presidida e dirigida: o conciliador preside a conciliação
Desempodera o mediador: as partes sabem que o mediador não tem poder sobre suas decisões	Dá poder de comando propositivo ao conciliador: partes estão submetidas ao poder e comando do conciliador, que conduz a audiência
Desvinculada da ação judicial: petição inicial e contestação podem ser ignorados, pois valem os sentimentos, valores e interesses reais, nem sempre contidas nessas peças	Inserida dentro da ação judicial: petição inicial e contestação norteiam as propostas de acordo
Deve ocorrer preferencialmente fora do Poder Judiciário	Tem sede tradicional nos fóruns estatais: devido ao poder do conciliador judicial
Não deve ser realizada por juízes: a figura do julgador fere a autonomia da vontade das partes	Magistrados podem conciliar [inclusive é dever processual]
Ocorre em sessão: sessão representa informalidade, em que pese o artigo 319, NCPC, sobre o termo ‘audiência de mediação ou de conciliação’	Ocorre em audiência: audiências são mais formais
Ressignifica os direitos pretendidos, sentidos e pesados pelas partes: o faz pela linguagem ternária	Exige uma renúncia negociada de direitos para a composição
Aproxima-se do conflito: é preciso mergulhar nos conflitos para entender os interesses implícitos	Afasta-se do conflito: os desgastes do conflito podem prejudicar a conciliação

⁴¹⁵ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 61.

Trabalha com disponibilidade afetiva: mediação trabalha afetos e desejos que permeiam os conflitos	Trabalha com indisponibilidade afetiva: não há espaço e tempo para buscar afetos e desejos que permeiam conflitos
Integra variados conhecimentos dos envolvidos: na mediação o objeto de conhecimento pode ser mais amplo que interesses iniciais da demanda	É restrita ao conhecimento fundante ao acordo: salvo nos casos de direito de família.
Reforma o Judiciário: também serve para desafogar, mas tem caráter transformador/reformador do Judiciário ao exigir preparação e formação interdisciplinar dos mediadores	Desafoga o Judiciário: não transforma o Judiciário, pois conciliadores exercem seus ofícios pela formação jurídica
É pedagogia do conflito: o mediador questiona objetivando a transformação	É solução do conflito: o conciliador questiona objetivando o acordo
Produz conhecimento transdisciplinar: a mediação se situa entre várias ciências que contribuem para sua teoria e prática	Produz conhecimento jurídico: a conciliação é restrita à ciência jurídica, primordialmente
Exige supervisão técnica: o ofício do mediador não se confunde como profissão estabelecida; o mediador deve ser supervisionado para não perder domínio de atuação por comprometimento emocional e afetivo	Exige coordenação técnica
Ocorre sem presença física dos autos: o mediador pode agir livre dos autos, pelas manifestações das partes	Exige presença dos autos: o conciliador é restrito aos autos e seu conteúdo
Ocorre com a presença de dois mediadores: presença do co-mediador, sendo uma dupla necessária para uma sessão de mediação (maior complexidade na abordagem dos conflitos)	Ocorre com um só conciliador
Não indica perdas: perdas não são objeto das estratégias de comunicação	Tem perdas consideradas: perdas de uma parte são argumentos para que a outra se direcione ao acordo
É livre da racionalidade: os aspectos afetivos e os desejos favorecem a subjetividade dos envolvidos, libertando o mediador da racionalidade opressora	É presa a racionalidade: o conciliador deve ser objetivo aos interesses demandados nas disputas
Observa o conflito como positivo: a mediação se aproxima do conflito, que são positivos por indicar os caminhos das transformações e soluções para evitar estagnação e cronificação	Observa o conflito como negativo: o conflito é impeditivo da relação pacífica, devendo ter seu conteúdo esquecido
Não negocia posições: posições são ignoráveis, podem até atrapalhar a construção mediativa dos conflitos	Negocia posições: posições são marcos iniciais das negociações
Inclui afetos: relações afetivas importam para alcançar interesses e sentimentos reais das partes; o elementos afetivos é base da transformação das atitudes	Afetos podem ser esquecidos: na conciliação basta a composição do acordo, sem necessidade de trabalhar afetos

É meio mais adequado aos conflitos de relações continuadas/ vínculo anterior entre partes	É menos adequada aos conflitos de relações continuadas (NCPC, artigo 165)
Não se adequa ao voluntariado: a atividade do mediador exige formação mais consistente e com mais envolvimento cognitivo do profissional que a do conciliador (boa formação teórica e prática), bem como devida remuneração	Pode trabalhar com conciliadores voluntários
Não se constitui como uma profissão regulamentada/específica: sua atuação está entre áreas de atuação e de conhecimento de várias profissões	Se constitui como exercício da profissão regulamentada de advogado
É função técnica qualificada	É exercício corporativo: a OAB regula e fiscaliza a atuação dos advogados conciliadores
Amplia a jurisdição pessoal: “[...] a primeira jurisdição para a solução de conflitos é a da esfera pessoal de autonomia das partes e quando exercida plenamente através do método da mediação de conflitos traz uma ampliação desta realidade concreta e esclarece a natureza democrática de seu modo de ser, [...]” ⁴¹⁶	Amplia a jurisdição estatal: é mais exercida dentro do modelo processual, por isso tende a manter a homologação do acordo como parte estatal dessa jurisdição
Exige nova pedagogia comunicacional das narrativas das relações entre as partes, perguntas e abordagens que transformam e vão além do conteúdo dos conflitos: o outro que surpreende com o novo até então implícito ⁴¹⁷	É pedagogia já conhecida: esta pedagogia é a negocial, a partir das propostas cujo conteúdo parte das posições já expostas pelas partes na inicial/contestação, com pouca surpresa
Contém angústias das partes: aborda mais profundamente o conflito, não trabalha o conflito, mas as pessoas, aprofundando e transformando relações	Não se propõe à conter as angústias das partes: basta o acordo para conter as resistências negociadas
É mais direito natural: a mediação se aproxima do reconhecimento do sistema ético de uma coletividade	É mais direito posto: busca a satisfazer direitos subjetivos, legalmente reconhecidos e exigidos das partes
Tem maior compromisso ético: partes expõem suas emoções e sentimentos, com mais envolvimento ético e respeito mútuo	Tem maior técnica jurídica: as partes trocam posições negociais e compõem interesses objetivos
Dispensa o advogado: o advogado tem nenhuma ou menor participação	Não dispensa o advogado ⁴¹⁸
Serve a conciliação: a técnica da mediação (escuta ativa dos reais sentimentos) pode ser útil ao	Não serve a mediação: a mediação prescinde de técnicas interdisciplinares e menos jurídicas

⁴¹⁶ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 66.

⁴¹⁷ Neste sentido, observa-se que o exercício da mediação é *ver o outro*.

⁴¹⁸ Depreende-se a exceção dos Juizados Especiais Cíveis e da conciliação trabalhista pautada no *jus postulandi*.

conciliador, para que tenha mais eficiência nos resultados	
Trabalha as relações intrínsecas	Trabalha relações extrínsecas
Acolhe sofrimento: o mediador volta-se para o sofrimento das partes, e não aos interesses e exigências	Acolhe exigências: partes negociam suas exigências e demandas pessoais
Exige mais de uma sessão: o tempo exigido é de cerca de cinco sessões. A mediação que se resolve numa só sessão é uma conciliação disfarçada de mediação	Ocorre numa audiência: pode se resolver numa audiência
É sigilosa: princípio da confidencialidade. A mediação não se comunica ao processo	Não é sigilosa: a conciliação integra seu conteúdo ao processo
Afasta o juiz e o advogado da instrução: quem participa da mediação como mediador ou advogado é impedido de atuar no processo	Aproxima juiz e advogado da relação processual
Não faz prova processual: manifestações na mediação não instruem o processo	Faz prova processual: manifestações das partes na conciliação fazem prova ou posições de aceite de negociação de direitos, como provas de reconhecimento de direitos
Não trabalha culpa/reprovação: as diferenças entre as partes não são moralizadas como culpa	Trabalha culpa: a culpa e sentimento de restauração por direitos ofendidos são trabalhados na mediação
Pressupõe responsabilização coletiva: mediação é uma construção coletiva que integra a pessoas em soluções afetivas e sentimentais, tendo acordo ou não	Individualiza responsabilização, para ocorrer o entendimento para o acordo
Consagra espírito e técnica: transforma atitudes e padrões de comportamento ético dos envolvidos	Consagra uma técnica: partes são envolvidas em técnica de negociação de posições para o acordo de seus interesses objetivos
É razão e sentimento: integra a razão objetiva dos interesses com sentimentos (subjetividade do interesse oculto)	É razão: conciliação prima pela racionalidade objetiva dos interesses pessoais
O mediando fala por si mesmo	A parte é assistida por advogado ⁴¹⁹ , conciliador pode falar pelas partes e por seus direitos
É conscientização e comunicação: existe conscientização dos interesses e sentimentos o outro	É a conformação e o acerto dos interesses das partes: não é preciso um processo de comunicação que revele interesses e transforme atitudes, mas sim mudanças nas posições perante os próprios direitos
Reporta o consciente e o inconsciente (emoções não reveladas): reportando ao inconsciente a mediação faz surgir novas decisões afetivas que compõem o acordo	Redunda no consciente: reporta aos interesses conscientes e objetivos das partes

⁴¹⁹ Depreende-se a exceção dos Juizados Especiais Cíveis e da conciliação trabalhista pautada no *jus postulandi*.

É a linguagem do ‘nós’ (ternária): novo modo de mediar pelo diálogo, coletivamente	É a linguagem do ‘eu’: a parte se posiciona, para assegurar seus interesses e obter um acordo confortável para ambos, sem abordar o ‘nós’
<i>Insight</i> é necessário: é por <i>insights</i> que o mediador induz comunicação das partes. As partes, por <i>insights</i> direcionam suas emoções e sentimentos ⁴²⁰	Dispensa <i>insight</i> : partes não expõem seus sentimentos, não ocorre <i>insights</i> de uma parte sobre a outra, o que impossibilita comunicação mediada
É mudança na valorização: um mediando introjeta o juízo de valor do outro mediando, sem perder seu próprio padrão valorativo para um acordo satisfatório parcial valorativo pessoal	Mantém o padrão valorativo
É eficaz independentemente do acordo, pois comunica as pessoas, sentimentos em emoções, o que ocasiona ou não um acordo.	Só ocorre se houver acordo: sem o acerto de interesses não há eficiência na conciliação
É ótica do desejo: mediandos podem comporem-se sem restrição da prescrição legal ⁴²¹	É ótica da lei: a conciliação é sujeita a lei
Desdobra os níveis do conflito	Simplifica os níveis do conflito: basta o nível simples para ocorrer o acerto de interesses
Não favorece proteção ao mais fraco: o aparente equilíbrio entre direitos das pessoas pode não significar os anseios legítimos de prazer e satisfação das partes	Protege direito do menos favorecido
É confundida com psicoterapia: a mediação tem uma proposta terapêutica interrelacional e social, gerando a confusão com uma psicoterapia	Não se confunde com psicoterapia
É orientação não diretiva: perguntas não são indutivas	É orientação diretiva
Não tipifica comportamento/conduitas: mediador não classifica as ações das partes conforme a lei	Tipifica condutas: o conciliador ajusta as condutas das partes pela lei, facilitando e garantindo o acordo
O mediador não tem voz própria, tem voz reflexiva, pois facilitadora das vozes das partes	O conciliador tem voz ativa a autônoma, podendo conduzir a proposição do acordo proativamente
É percepção holística do conflito: todas as dimensões do conflito importam para a percepção comunicacional do mediador	É visão pontual do conflito: interessa a parte do conflito a ser removida para possibilitar o acordo
É a capacidade de escutar o outro (os sentimentos e emoções que permeiam direitos e interesses do outro)	É a capacidade de fazer-se escutar: partes lutam para que ouçam e reconheçam seus direitos
É ética do cuidado: a mediação cuida das reais intenções e sentimentos das partes, permitindo que elas se transformem e se ‘aparelhem’ com os novos	É ética da solução demandada

⁴²⁰ O *insight* é a compreensão do outro,

⁴²¹ Interpreta-se esta disposição com a ressalva extensível A qualquer negócio jurídico, qual seja, não contrariar a lei.

Representa passado, presente e futuro: há projeção para um futuro mediado (felicidade, perdão, promessas)	Representa presente: tem um presente na conciliação que se resolva pontual e negocialmente os interesses postos e imediatos
É perdão e promessa: na mediação as partes pretendem felicidade, reconstruir emocionalmente as relações, com promessas de relações futuras com respeito e maturidade	É esquecimento e garantias: a conciliação induz as partes à garantia do cumprimento do acordo e ao esquecimento das mazelas
É efeito pedagógico em rede: mediandos multiplicam novos padrões de transformação e de gerenciamento de conflitos	É efeito interpessoal restrito: conciliados estão limitados ao padrão restrito pessoal do acordo
Não confunde lide com conflito: o conflito não é objeto da mediação, é um caminho de aperfeiçoar as diferenças pessoais	Aproxima conflito e lide: conflitos são essência do objeto da lide
Tem campo de atuação irrestrito: se insere na realização da 'cidadania democrática plena' das partes	Tem espaço de atuação restrito ao âmbito judicial: é o meio de solução que visa a homologação judicial
É princípio ético: tem espírito ético supralegal e de respeito à dignidade humana, acima da fonte do direito	É regramento: concretiza o regramento positivado na lei, sendo princípio geral e jurídico
Outras pessoas (envolvidas indiretamente no conflito) podem participar da mediação	É restrita às partes envolvidas
É mudança transformativa: pessoas passam por transição que reformula seus padrões de percepção	É mudança acomodativa: a mudança obtida acomoda o acerto de interesses dos direitos negociados
Reduz a reincidência dos conflitos: <i>idem item anterior</i>	Tem maior reincidência dos conflitos: não muda o padrão perceptivo das partes, que continuam com o modelo de comportamento gerador de conflitos
É abordagem sistêmica: abrange os sistemas de ordem pessoal, familiar e social, ao absorver as várias influências da realidade das partes e as encaminha para que sejam integradas aos serviços que gerem crescimento pessoal, de saúde, educação e cidadania plena	É abordagem sistemática pontual (focal): cuida do sistema conciliatório, restrito às influências do interesse demandado pelas partes
Mediador é de livre escolha dos mediandos: partes podem recusar a mediação	É serviço disposto: a conciliação é serviço disponível às partes sem escolha do conciliador
Não tem poder de validação de direitos: não cabe ao mediador validar direitos	Tem poder de validação de direitos: conciliador pode valer os direitos pretendidos pelas partes, pois o acordo validado pelo conciliador é homologado pelo juiz
Mediador não fornece informação técnica: se prestasse tais informações, seria parcial, e distanciaria do procedimento	Fornece informação técnica e jurídica para que as partes se conciliem conforme a lei

Mediador é imparcial	Conciliador pode ser parcial, e também exprimir sua vontade direcionada ao acordo conforme a lei, e que entenda justo
Integra o mediador no processo relacional: implica o mediador emocionalmente em sua ética pessoal, assegurada equidistância instrumental das partes, mas todos têm uma vivência emocional na mediação	Não integra o conciliador
É comportamento: foco e intenções se voltam ao comportamento das partes e não ao conflito	É procedimento: objetiva o procedimento que reconheça acerto de interesses e direitos das partes, para realizar o acordo, desconsiderando seu comportamento e conduta ética.
Reafirma a capacidade de pensar o conflito: pela alteração do padrão de comportamento, as causas do conflito são pensadas pelas partes	Reafirma a incapacidade de refletir o conflito: esta incapacidade resulta da capacidade de pensar somente feitos do conflito
É flexível: se pauta pela flexibilidade dos afetos e da autonomia sentimental. Tem mais liberdade por não se limitar às normas públicas	Anuncia rigidez e aplicação de normas públicas
Tem alto grau de cumprimento das decisões acordadas, pelo alto grau de compromisso, e fator de envolvimento emocional e ético	Exige independência das partes de cumprir a decisão: partes não se comprometem em alto grau de cumprimento
Tem soluções criativas, pelo exercício da autonomia das partes	Tem soluções uniformes e de acordo com a lei: propostas são limitadas com base nas disputas fixadas
Não parte da lide, nem se restringe à ela, tendo mais liberdade	A lide é ponto de partida das propostas, e a atuação do conciliador é restrita à lide
Inviabiliza o juiz para julgar a ação (impedimento)	Dá ao juiz mais conhecimento da ação para julgá-la
Suspende prazo prescricional em todos os âmbitos (Lei de Mediação, artigo 17, p.u., e artigo 34).	Não suspende o prazo prescricional

Fonte: MENDES, p. 60-75.

Élio Braz Mendes aponta o início de uma tradição cultural de mediação e de conciliação no país, ainda não muito conhecida em nossa prática jurídica, além de ser pouco difundida no Poder Judiciário, Defensoria Pública, Ministério Público, advocacia, outros participantes do sistema de justiça, e jurisdicionados (que esperam a segurança de uma solução oriunda de sentença judicial), o que causa dificuldades e deficiências, mais evidentes após a Constituição Federal de 1988, que prevê a garantia de acesso à justiça, e em consequência as demandas aumentaram (oriundas de usuários crentes no resultado de equilíbrio e justiça social),

sem o correspondente atendimento pelo Poder Judiciário, gerando excessiva judicialização de conflitos.⁴²²

Na Câmara dos Deputados, o projeto do Novo CPC (PLS nº 166/2010), foi aprimorado para se aproximar das ideias de constitucionalização e democratização do processo, para que seja participativo e policêntrico, e não mais protagonizado na figura do juiz, dos advogados ou das partes, mas valorizando (e responsabilizando) todos os sujeitos processuais, pela matriz cooperativa/participativa. Os 12 primeiros artigos do NCPC são a base de um sistema unitário, a ser interpretado pelo formalismo constitucional democrático. Assim, o respeito a forma deve ser aplicado ou relativizado conforme um propósito participativa, possibilitando análise das técnicas e formas processuais de acordo com as bases fundamentais da Constituição.⁴²³ Seguem abaixo alguns excertos dos arts. 1º à 12 do NCPC:

Artigo 1º O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código. [...]

Artigo 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juizes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Artigo 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. [...]

Artigo 6º Todos os sujeitos do processo **devem cooperar** entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Artigo 7º É assegurada às partes paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais, competindo ao juiz zelar pelo efetivo contraditório.

Artigo 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. [...]

Artigo 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.⁴²⁴ **[Grifo Nosso].**⁴²⁵

Humberto Theodoro Junior, Dierle Nunes, Alexandre Melo Franco Bahia e Flávio Quinaud Pedron explicam que, ao invés da mera menção aos meios alternativos, ser necessário

⁴²² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 85.

⁴²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 45-46.

⁴²⁴ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴²⁵ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

falar num sistema multiportas (que já é uma tendência, conforme artigo 3º do Novo Código de Processo Civil, conforme interpretação destes autores), pois que as mediações e conciliações são praticamente importadas às partes, tradicionalmente, principalmente em pequenas causas (mesmo aquelas que não estão acompanhadas por advogado, como admitido nos Juizados), o que se chama de ‘*coerciliações*’. As partes devem ter autonomia para escolher, livremente, o mecanismo mais adequado ao seu caso (seja mediação, arbitragem, conciliação ou mesmo a jurisdição tradicional), com as mesmas garantias processuais (contraditório, devido processo legal, e outras).⁴²⁶

Este modelo multiportas prevê a adoção de solução adjudicada tradicional junto aos meios alternativos, de forma integrada, e é temporariamente necessário em razão da cultura da população brasileira em recorrer ao Judiciário para a resolução de conflitos, de modo que este modelo integrado pode instigar à mudança o comportamento não cooperativo e agressivo das partes, em razão da realização da audiência de conciliação ou de mediação (artigo 334, NCPC).⁴²⁷

A passagem da noção de um *devido processo legal* para a de um *processo democrático* teria ocorrido para atribuir a [...] garantia fundamental uma concepção substancial. Com esse acréscimo, o instituto acolhido entre as garantias fundamentais teria assumido, além do encargo de atribuir categórica efetividade aos meios e formas de tutela obteníveis junto à justiça estatal, “o compromisso com os valores de ‘correção’, ‘equidade’ e ‘justiça procedimental’.”⁴²⁸ Em outros termos, não se há, hoje, de considerar democrático o processo que não ofereça ao litigante um resultado substancial também com ampla participação, mas alicerçado na boa-fé objetiva, que impõe a vedação a comportamentos contraditórios.⁴²⁹

A Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação) fortaleceu o movimento em prol do fortalecimento do modelo multiportas, sendo norma que possui alguns problemas de harmonia com o Novo Código de Processo Civil, pela semelhança de matérias, todavia em cada ponto, uma ou outra norma é mais específica, havendo o desafio da antinomia (contradição entre textos normativos), como exemplo, a possibilidade de ambas as partes dispensarem a audiência de

⁴²⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 187-188.

⁴²⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 261-262.

⁴²⁸ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia. *Revista de Processo*, v. 116, jul./ago. 2004, p. 158, *Apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 245.

⁴²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 244-245.

mediação, no Novo CPC, ao passo que, nos termos da Lei de Mediação, pela leitura dos arts. 3º e 27, não existe outra interpretação que não seja de mediação obrigatória⁴³⁰ (se a inicial tiver todos os requisitos e não for caso de improcedência liminar do pedido – NCPC, artigo 332), caso em que a designação da audiência de mediação é poder-dever do Juiz.⁴³¹

Antecedendo à defesa, esta audiência de mediação abrevia o tempo para o primeiro contato das partes para autocomposição, e estimula as partes a estarem mais desarmadas em audiência, podendo ser mais propício à autocomposição. Ademais, esta audiência, conduzida por profissionais habilitados, é específica para a busca da autocomposição, diferente da audiência preliminar (procedimento ordinário), realizada após a defesa do réu, e que a tentativa de conciliação é tão somente uma etapa do ato. O prazo mínimo de intervalo entre audiências permitem uma pauta de audiências com o básico de organização para conceder tempo à autocomposição, especializando mais este ato processual.⁴³²

Os arts. 3º e 334 do Novo Código de Processo Civil são exemplos da adoção do sistema multiportas (pois preveem a escolha da arbitragem, estimula da mediação, conciliação, e outros meios, ao mesmo tempo em que incumbe o Juiz ou os técnicos dos CEJUSCs de realizar a triagem do caso para direcionar ao mecanismo mais adequado).⁴³³

Deste modo, existe um modelo multiportas na nova processualística, que valoriza a mediação e outros meios alternativos. Este modelo é promissor e tem gerado muita expectativa,⁴³⁴ todavia, fica o questionamento se este modelo permitirá que a mediação, existente dentro e fora do processo civil, se desenvolva, e almeje resultados.

⁴³⁰ A sessão de mediação é imperativa, nos termos do artigo 27 da Lei de Mediação. THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 264-265.

⁴³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 276-277.

⁴³² GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 123-124.

⁴³³ MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Promessa de um Sistema Multiportas e a Inclusão da Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 15-22, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 19-20.

⁴³⁴ “É notável que, com a aplicação do instituto da mediação como alternativa para o tratamento dos conflitos, ocorrerá à soma da “ganha e ganha,” ou seja, em havendo a autocomposição, o diálogo e a comunicação, mutuamente as satisfações serão alcançadas e a estrutura dos relacionamentos sociais será mantida com o mínimo de danos.” ROCHA, Gustavo de Almeida da; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. O tratamento do conflito familiar pela mediação. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/X2sXeu>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 10. “Com a inequívoca lentidão na resolução de questões judiciais em todas as instâncias, seja por força das interpretações das leis, seja pelo acúmulo de processos e demandas judiciais em nosso país, o artifício da arbitragem estabelecida pela Lei 9.307/96, alterada recentemente pela Lei 13.129/2015, assim como a mediação

4.3 DESAFIOS DA NOVA MEDIAÇÃO PARA A PACIFICAÇÃO SOCIAL

4.3.1 Cultura do Litígio, Resistência e Mudança de Mentalidade

Mancuso, citando o aforisma “já se viu sociedade que mudou a lei, mas ainda não se viu lei que mudou a sociedade,” entende que com as positivamente dos meios alternativos, segue acentuada no Brasil a cultura judiciarista, retroalimentada também por uma leitura, no dizer do autor, equivocada, conforme já explicado anteriormente, do artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, havendo assim, um estímulo, de um lado, à judicialização, e de outro, falta de informação quanto à outras formas de resolução dos conflitos.⁴³⁵

Existem tantas demandas que se a mediação tivesse voltada a desafogar o Judiciário, a própria mediação seria congestionada, e seus novos processos não alcançariam de forma satisfatória a todas as demandas. A mediação, assim, não se presta a solucionar a crise do Judiciário, e sim a solucionar os conflitos pela comunicação.⁴³⁶

Todavia, a sociedade brasileira ainda está impregnada de uma cultura litigiosa.

No contexto da cultura hiperindividualista característica marcante da sociedade ocidental contemporânea a escolha de uma forma de resolução de conflitos fundamentada no exercício do diálogo é um desafio cotidiano para homens e mulheres de todas as faixas etárias: crianças, adultos e idosos.⁴³⁷

Os efeitos da autocomposição, como o alívio da sobrecarga do Judiciário, serão sentidos ao longo do tempo, pela implantação de uma cultura menos litigiosa. Com a efetiva implantação destes mecanismos, além da pacificação social efetiva às partes, o Judiciário poderá se dedicar às causas não-transacionáveis, ou onde a composição seja inviável, e desempenhar melhor suas funções, tendo atuação mais individualizada e minuciosa.⁴³⁸

regida pela Lei 13.140/2015, podem ser o alento tão bem vindo para desafogar o sistema judiciário, ou principalmente, resgatar a prática da mediação e arbitragem entre pessoas interessadas originalmente em ter suas pendências resolvidas da forma mais rápida possível.” AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 85

⁴³⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 26.

⁴³⁶ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 17.

⁴³⁷ ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. In: CHAI, Cássius Guimarães (Org.). *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 45-52. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 49.

⁴³⁸ BOLZAM, Angelina Cortelazzi. A mediação e a conciliação no novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 15(28), p. 159-169, jan./jun. 2015. ISSN 2238-1228. Disponível em: <<https://goo.gl/BiahpG>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 168.

Neste mesmo sentido, Saulo Santos e Danielli Gadenz acreditam que, devido à cultura do litígio, haverá um tempo de adaptação às disposições do Novo Código de Processo Civil, para apenas então ocorrerem mudanças significativas.⁴³⁹

De um lado há o Estado com o dever de incentivar a conciliação entre os conflitantes e de outro existem os jurisdicionados que desejam estar livres para decidir se querem ou não tentar uma conciliação. Nesse âmbito, cumpre mencionar que o Estado como forma de estímulo, sancionou a Lei 13.140/2015, chamada de Lei da mediação com objetivos claros de reduzir o número exorbitante de processos no Judiciário, ou seja, tal lei é uma aliada ao novo diploma processual, porém, não depende apenas desta para a mudança da nossa cultura.⁴⁴⁰

As pessoas assumem a responsabilidade por seus atos na mediação, evitando que o Estado decida por elas.⁴⁴¹ Ademais, implica uma nova visão sobre o conflito e sua dinâmica. “O conflito tem aspectos positivos que devem ser tratados como uma oportunidade de solução dos problemas a partir do reconhecimento da potencialidade positiva para a resolução das inabilidades.”⁴⁴²

Ainda que o Estado incentive a redução de demandas e busque a composição amigável, partes também devem estar conscientes dos benefícios de conciliar: é preciso, assim, conscientização da sociedade, e das partes, que a cultura do litígio deve ser superada, e dê lugar à cultura do consenso. O Novo Código de Processo Civil não poderá suprir, satisfatoriamente, a necessidade das partes, caso não mude a cultura do litígio. A ferramenta legal para auxiliar as partes a conciliarem-se está à disposição, mas a iniciativa deve vir *delas*, pois do contrário o consenso estará prejudicado.⁴⁴³

Ademais, é preciso que o Poder Público e os cidadãos atuem em conjunto para fortalecer o diálogo, e que as pessoas sejam conscientizadas sobre a possibilidade de usar os

⁴³⁹ SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no Novo Código de Processo Civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2427-2456, set./dez. 2015. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://goo.gl/4npG6d>>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 2.450.

⁴⁴⁰ SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no Novo Código de Processo Civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2427-2456, set./dez. 2015. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://goo.gl/4npG6d>>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 2.452.

⁴⁴¹ ROCHA, Gustavo de Almeida da; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. O tratamento do conflito familiar pela mediação. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/X2sXeu>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 10.

⁴⁴² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 32.

⁴⁴³ SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no Novo Código de Processo Civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2427-2456, set./dez. 2015. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://goo.gl/4npG6d>>. Acesso em: 26 jul. 2017, p. 2.452-2.453.

meios extrajudiciais de solução de conflitos.⁴⁴⁴ “É necessário considerarmos as bases culturais para pensarmos em uma estratégia mais adequada de tratamento dos conflitos de interesse.”⁴⁴⁵

4.3.2 Desafios educacionais e relacionados ao exercício da mediação

Segundo Águida Arruda Barbosa, com o Marco Legal, a mediação deixa de ser uma ‘justiça de segunda classe’, e passa a ser reconhecida no ordenamento brasileiro como forma de acesso à justiça, o que exige que o operador do Direito tenha conhecimento técnico básico para encaminhar, ou descartar a mediação, mesmo porque a mediação passou a ser matéria jurídica positivada. Sem o conhecimento teórico para aplicar a lei, a mediação se reduz a uma forma de fazer acordo para descongestionar o Judiciário, o que impede sua eficácia, e gera descrédito. “[...] O sucesso do marco legal da mediação está atrelado à máxima: educar para mediar. [...]”⁴⁴⁶

Com efeito, a mediação demanda um saber organizado, com foco interdisciplinar, como exemplo, na mediação familiar, em que é preciso conhecimentos sobre o sistema familiar, da psicologia, psicanálise, sociologia, filosofia, etc. É preciso que o mediador seja formado para: a) não julgar, nem implicitamente, os mediados, nem os aconselhar através de suas convicções e valores próprios; b) acolher os mediados, mas com proximidade suficiente para que eles sejam incluídos na dinâmica da mediação, e distância suficiente para que não sejam *conduzidos* inadequadamente pelo mediador; c) deve ter base teórica o bastante para estar encorajado à aplicar a dinâmica da mediação. É preciso, enfim, uma rígida formação de mediadores para que haja efetividade da norma, e que o marco legal da mediação difunda o modelo de mediação brasileira, que tem particularidades (pelas características e cultura nacionais).⁴⁴⁷

⁴⁴⁴ MACEDO, Maria Fernanda Soares; FABIANI, Fernando; CAPANO, Evandro Fabiani. Acesso à justiça, mediação comunitária e o princípio da solidariedade: busca pela diminuição da violência com medida de exercício à cidadania e à dignidade humana. *Revista Jurídica do CESUCA*, Cachoeirinha, v. 3, n. 6, p. 90-108, dez. 2015, ISSN 2317-9554. Disponível em: <<https://goo.gl/KhCfa8>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 92.

⁴⁴⁵ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 45.

⁴⁴⁶ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 34-42, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 37.

⁴⁴⁷ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 34-42, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 37-39.

Os mediadores, no exercício da função, tem profissão própria, voltada ao tratamento dos conflitos, sem relação com sua profissão originária.⁴⁴⁸

A mediação é construída a partir de conhecimentos das áreas jurídica, sociológica, psicológica, da teoria de sistemas, das técnicas de negociação, sendo legitimação de conhecimentos trans-disciplinares.⁴⁴⁹

A mediação também utiliza outras áreas do conhecimento, como exemplo a administração, e a comunicação social, e mesmo por isso já vinha sendo utilizada antes da Lei de Mediação, e mesmo na estrutura de muitos tribunais, como o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (NUPEMEC – Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação). A Lei da Mediação, inclusive, regulamentou o uso, na mediação judicial e extrajudicial, de outras áreas do saber de modo auxiliar.⁴⁵⁰

Mendes destaca o conteúdo intuitivo e criativo a ser desenvolvido pelo mediador: deve-se catalisar os interesses reais e legítimos das partes, e isto envolve o desenvolvimento de técnicas e mecanismos, bem como exige uma bagagem *ética, pessoal, espiritual, teórica e prática*, para que o mediador tenha: “[...] equilíbrio de personalidade, de suas próprias emoções e vivências, do seu universo psíquico, da integração da sua personalidade e de suas habilidades para conceber as abordagens dos contextos complementares da totalidade do *self*, das ordens masculinas e femininas da realidade holística humana. [...]”⁴⁵¹

O mediador deve estar preparado para complexidade do comportamento das partes, de modo que profissionais do Poder Judiciário tem o desafio metodológico de desenvolver técnicas de autocomposição assistida, face à tais complexidades, à animosidade entre as partes.⁴⁵²

As várias mudanças legislativas, constantes no processo civil, tem dificultado o entendimento do sistema processual aos ‘não iniciados’, pois exige uma visão técnica e legal, e crítica das normas processuais através da Constituição.⁴⁵³

⁴⁴⁸ SILVA, Érica, Barbosa e. Profissionalização de Conciliadores e Mediadores. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 64-75, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 68.

⁴⁴⁹ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 11.

⁴⁵⁰ AMARAL, Mathews Francisco Rodrigues de Souza do. Movimento em prol da adoção de soluções alternativas de conflitos e a nova Lei de Mediação. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, ano 7, n. 480, 2015, p. 11-30. ISSN 1984-0454. Disponível em: <goo.gl/r7upSC>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 17; 28.

⁴⁵¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 33.

⁴⁵² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 34.

⁴⁵³ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 42.

Neste sentido, Élio Braz Mendes explica que a mediação no Brasil tem sido uma difícil tarefa institucional, pois não existe modelo amplo regulamentado para definir situações específicas em que cabe mediação ou conciliação, ou outro mecanismo, salvo a existência ou não de vínculo entre as partes e relações continuadas ou não (NCPC, artigo 165, §§ 2º e 3º).⁴⁵⁴

Pela implementação recente da mediação no Brasil, poucas pessoas, incluindo operadores do direito, conhecem e aplicam esta técnica, e sabem como funciona esse procedimento inovador. Somente grandes comarcas tem os próprios centros de mediação. Deste modo, é preciso inventivo ao estudo e divulgação da mediação, principalmente aos operadores do Direito, bem como capacitação de juízes e mediadores para que a mediação dê resultados esperados (promoção de justiça e pacificação).⁴⁵⁵

Este desconhecimento acerca dos mecanismos alternativos de solução de conflitos já é conhecido: a Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010 do CNJ, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, para assegurar direito a solução dos conflitos, através de meios adequados à natureza e peculiaridade dos conflitos (artigo 1º).⁴⁵⁶ Foi através de novo olhar sobre os MASCs, e pela crise do processo tradicional, que se expôs as dificuldades da política judicial nacional de solução não contenciosa de conflitos: falta de uma educação nacional formal nas escolas sobre os MASC's; falta da formação de uma justiça de paz, de caráter interdisciplinar aos mediadores.⁴⁵⁷

É preciso, para a eficácia da máquina estatal, que operadores jurídicos e os jurisdicionados mudem sua postura, restando ao Estado adotar meios adequados e dê aportes financeiros que batem para o novo sistema de solução de conflitos consiga atingir seus objetivos, na busca de uma sociedade com mais justiça e menos conflito, mais igualitária e em consonância com os fundamentos constitucionais do Brasil, e suprimindo a expectativa do cidadão de efetivação da justiça real.⁴⁵⁸

⁴⁵⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 93.

⁴⁵⁵ COLI, Luciene Rinaldi; ROMEIRO, Sílvia Carvalho; SANTOS, Bruno Cássio de Paula. A mediação como forma não adversarial e alternativa de solução de conflitos. *Revista Científica FAGOC - Jurídica*, Ubá, v. 1, p. 27-37, 2016, ISSN 2525-4995. Disponível em: <<https://goo.gl/i5xcWX>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 34-36.

⁴⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução n 125, de 29 novembro de 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/moFNPL>>. Acesso em 14 de junho de 2017.

⁴⁵⁷ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 84-85.

⁴⁵⁸ FARIA, Kamila Cardoso; DIAS, Luciano Souto. A mediação e a conciliação como mecanismos para a solução de conflitos no contexto do Novo Código de Processo Civil. *Periódicos Semana Científica do Direito UFES*, v. 3, n. 3. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/7q342n>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 4.

Com efeito, o advogado deve ser a de agente pacificador, que atue, juntamente com o conciliador ou mediador, na promoção da solução de conflitos pelas próprias partes. O Judiciário, para os autores, deve ser a última alternativa ao litígio.⁴⁵⁹

Muitos dos advogados estão despreparados para atuar colaborativamente nas sessões de mediação, e muitos têm a cultura do litígio de forma extrema, não estando encorajados a participar da mediação ou recomendá-la aos clientes. É preciso, assim, trabalhar a participação dos advogados.⁴⁶⁰

Élio Braz Mendes afirma que “[...] o advogado formado nas hostes da centralização do contraditório e da solução adversarial de conflitos, terá dificuldades em optar pelo curso consensual do processo e aceitar de forma não traumática pela realização imediata de audiência de conciliação ou de mediação. [...]” pois que falta aos advogados e às partes a clareza na condução dos procedimentos e efeitos da mediação e da conciliação, e por não existir resultados convincentes da celeridade e executividade das decisões homologadas. Ademais, o advogado não sabe se sua remuneração será reduzida, se existirão honorários sucumbenciais: “[...] A prática correta e o conhecimento adequado dos novos procedimentos, bem fundamentados em teorias apropriadas, levarão todos os envolvidos ao convencimento de sua celeridade, segurança e remuneração profissional.”⁴⁶¹

Em sentido contrário à tendência de desjudicialização dos conflitos (e não originalmente reativo à esta tendência, pois que se trata de aspecto relacionado diretamente à cultura do litígio), está o descrédito como uma das consequências da cultura do litígio (que pode ser considerado reflexo do *desestímulo da busca pelos meios alternativos* apontado por Mancuso):

Em nosso país, por força da história política e jurídica desde a formação do nosso Estado até nossos dias, além do natural corporativismo das categorias jurídicas envolvidas, desde advogados, legisladores, vogais e juizes, há um descrédito por parte das pessoas que possa haver outra forma de resolução de questões entre partes que não seja regida e ditada pelos instrumentos jurídicos estabelecidos.⁴⁶²

⁴⁵⁹ FARIA, Kamila Cardoso; DIAS, Luciano Souto. A mediação e a conciliação como mecanismos para a solução de conflitos no contexto do Novo Código de Processo Civil. *Periódicos Semana Científica do Direito UFES*, v. 3, n. 3. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/7q342n>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 4.

⁴⁶⁰ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 16.

⁴⁶¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 91.

⁴⁶² AGULHA, Angelo Pépe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <<https://goo.gl/4dnKP9>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 84.

Deste modo, existem resistências. A mediação prevista no Novo Código de Processo Civil não tem apoio consensual amplo das categorias profissionais, sendo que a OAB logrou a inserção da obrigatoriedade de advogado na sessão de mediação judicial.⁴⁶³

Mencionando um caso particular, relata a existência dos ‘profissionais da desgraça alheia’.⁴⁶⁴

[...] São advogados que fazem uma carteira a longo prazo. Para eles não interessa acordo. As ações demandam anos; mas, lá na frente, recebem uma porção maior, fazendo disso uma carteira, associando-se com o cliente para manter a causa. [...] a primeira idéia é a de que, com o processo simples da mediação, os advogados perderiam uma possibilidade de ganho maior. Isso não ocorreria. Eles ganhariam uma possibilidade de remuneração maior a curto prazo. [...] o advogado recebe toda essa quantia em uma mediação, sem apelação, recursos ou horas perdidas de sono. A mediação, portanto, não pode parecer ao advogado um “bicho-papão” que está tomando o lugar do seu “ganha-pão”. É necessária uma mudança de mentalidade para implantar a mediação. [...].⁴⁶⁵

Já com a Resolução nº 125/2010, que influenciou o início de uma cultura consensual e dialógica na resolução de lides, inclusive dentro do Judiciário, houve resistência.⁴⁶⁶ nem todos os Tribunais adotaram essas diretrizes: não sendo uma lei federal, vários Tribunais, e inclusive Estados, não aplicaram esta resolução interna do Judiciário.⁴⁶⁷

A capacitação de profissionais para atuarem em conformidade com a nova legislação será um grande desafio ao Judiciário, e aos entes federativos brasileiros.⁴⁶⁸ Neste sentido, Juliana Farias defende que é preciso muito mais que um curso de quarenta horas e um estágio que acompanhe dez sessões são suficientes para que o profissional esteja qualificado para a mediação, tal como a Res. nº 125/2010-CNJ.⁴⁶⁹

É preciso valorizar os meios consensuais, o que implica que estes meios devem ser empregados de forma qualificada (com qualidade, e não apenas formalmente), e que é preciso

⁴⁶³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 94.

⁴⁶⁴ DIAS, José Carlos de Mello. *Mediador: Uma experiência profissional*. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 57.

⁴⁶⁵ DIAS, José Carlos de Mello. *Mediador: Uma experiência profissional*. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 57-58.

⁴⁶⁶ Esta é uma situação que permanece, conforme será exposto posteriormente.

⁴⁶⁷ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. *Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal*. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://goo.gl/4CXKC1>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 10.

⁴⁶⁸ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. *Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal*. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://goo.gl/4CXKC1>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 11.

⁴⁶⁹ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. *Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal*. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <https://goo.gl/4CXKC1>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 15.

interpretar todo o sistema processual civil, incluindo o minissistema de métodos consensuais (e todas as normas do Novo Código), pela ótica de promoção da solução consensual dos conflitos.⁴⁷⁰

Élio Braz Mendes informa que compete ao juiz, relativamente às mediação e conciliação nas fases pré e endo processual: garantir a celeridade processual, evitando desperdício de tempo e custas processuais; aplicar a legislação substantiva e adjetiva, e apreciar a demanda para encaminhar corretamente para a mediação, conciliação, ou outro mecanismo.⁴⁷¹

Mendes considera válido o Poder Judiciário tentar administrar na esfera processual a mediação, desde que o juiz não seja o mediador, e que tenha à disposição uma equipe de mediadores ou conciliadores. Defende que o juiz seja mediador se este tiver formação especializada em mediação, e garanta incomunicabilidade da mediação com a instrução processual, estando impedido de julgar, e o impedimento para mediar caso o juiz tenha participado da instrução, se o processo foi suspenso para a mediação nessa fase. Cabe ao Judiciário educar a sociedade, empoderar as pessoas a fazer autocomposição e heterocomposição como exercício de cidadania, validando tais processos, o que prescinde que o Judiciário esteja capacitado por profissionais com conhecimento técnico e prático de técnicas de mediação judicial, adaptados ao conflito judicial e suas características “[...] sociais, raciais, ambientais, de tempo, modo de atuação, duração das falas, forma apropriada de condução da negociação e de tratamento sociológico do conflito, [...]”⁴⁷²

Entretanto, existe a sobrecarga dos juízes: sentenciam, instruem processos, presidem audiências, prolatam decisões interlocutórias, atendem advogados, e muitas vezes acumulam a função de diretores de foro, relacionadas à justiça eleitoral e turmas recursais. Na segunda instância, não é diferente para os desembargadores, havendo também sobrecarga.⁴⁷³

Com efeito, o relatório Justiça em Números 2016 (ano 2015), mostra que existem 17.338 magistrados no Brasil (2.381 de segundo grau; 14.882 de primeiro grau). No final de 2015, no Brasil haviam 74 milhões de processos em tramitação. A carga de trabalho aumentou

⁴⁷⁰ TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no Novo CPC. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 24-33, 2016. ISSN 2175-446, p. 25-27.

⁴⁷¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 92.

⁴⁷² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 35.

⁴⁷³ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Projeto Legislativo de Novo Código de Processo Civil e a crise da jurisdição. *Revista da Ejuse - Escola Judicial do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 20, 2014, p. 123-148. ISSN 2318-8642. Disponível em: <goo.gl/CJXqwD>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 133-134.

6,5% em média para cada magistrado, em relação ao ano anterior.⁴⁷⁴ A sobrecarga, deste modo, é mais um óbice para o acúmulo, pelos magistrados, da função de mediar.

A visão litigiosa e judicial das lides é habitual dos operadores jurídicos e da população, sendo preciso mudar a mentalidade para valorizar uma cultura de paz, pelo fortalecimento dos equivalentes de jurisdição. Esta mudança é gradual, e depende, entre outros fatores, de acolher a tendência de reforço dos meios alternativos, tal como ocorreu com o Novo Código de Processo Civil.⁴⁷⁵

Élio Braz Mendes frisa que é preciso um movimento intenso de revolução educacional e cultural para desenvolver uma política nacional de solução pacífica de conflitos por autocomposição, para informar à população sobre os MASCs. Mendes defende que a escuta das partes em audiência de instrução e julgamento no modelo tradicional tem conteúdo de negativa da vontade/interesse real das partes, não sendo investigados os interesses ocultos que as partes não expõem na audiência, por questão de defesa. O mediador e o conciliador judicial, em alguns casos, conseguem trabalhar nos interesses reais das partes (e não somente nos expostos no processo legal).⁴⁷⁶

É preciso que se insiram técnicas de mediação nos Cursos de Direito do Brasil, para que as conciliações, extrajudiciais primordialmente, apaziguem de fato as relações sociais e desafoguem o Judiciário. A conciliação tem muitas vantagens se comparada à solução tradicional Estatal: é produto da vontade das partes; permite que as partes solucionem o conflito, entre si, assim mais facilmente cumprem o acordo, evitando execuções intermináveis. Acerca da conciliação endoprocessual, a autora defende que os órgãos a Justiça atingem plenamente os objetivos da lei, conduzindo as partes à conciliação, pois se obtém uma solução consensual, desarmam-se os espíritos e insta-se a concórdia.⁴⁷⁷ É preciso, inclusive, que a ‘disciplina

⁴⁷⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016*: ano base 2015. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017, p. 37-44.

⁴⁷⁵ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <https://goo.gl/gydahe>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 122.

⁴⁷⁶ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 31.

⁴⁷⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 80-81.

Mediação' seja obrigatória nos cursos de direito,⁴⁷⁸ para que no longo prazo as próximas gerações amplifiquem a superação da cultura do conflito.⁴⁷⁹

É preciso, portanto, para uma real reforma do Judiciário, que a postura mental e intelectual dos operadores do Direito mude, em especial a os juízes servidores do Judiciário, sendo muito importante a conscientização sobre as formas alternativas de resolução de conflitos, jurisdicionalizadas ou não, e seus benefícios. É preciso, também, que a política de autocomposição seja intensificada e expandida, com capacitação dos membros do Judiciário, e mesmo fora do aparato jurisdicional estatal, sendo indispensável que os três Poderes se articulem para inserir, principalmente no plano educacional (ensino básico), com ênfase no ensino fundamental, e após no ensino médio e superior, com disciplinas obrigatórias para estudos dos MASC's em todos os níveis de ensino. É preciso, também, que haja uma campanha nacional de conscientização sobre os meios alternativos, com distribuição de cartilhas informativas, que sejam ministrados palestras e cursos, e o uso de utilizados todo tipo de imprensa e mídia, redes sociais, entre outros, com participação de entidades, públicas e privadas, principalmente universidades, na campanha. Também são necessárias políticas de implementação dos MASC's, de forma pré-processual e endoprocessual.⁴⁸⁰

O impulso necessário para, quem sabe, um *giro comportamental* visando o abandono daquele paradigma beligerante absoluto que *abusa* do devido processo legal, deve vir com o emprego simultâneo da *máxima potência* político-institucional direcionada a *demonstrar concretamente* aos titulares das expectativas por direitos o seguinte: ser mais proveitosa a autogestão de crises e conflitos, ainda que assistida por meio da mediação, por exemplo, do que aguardar indefinidamente um resultado incerto e imposto pelo Poder Judiciário, à força.⁴⁸¹

Juízes brasileiros historicamente são formados em escolas de positivismo jurídico, de modo que bacharéis são formados com uma visão orientada de forma dualista, cartesiana, binária [voltada ao contraponto], e reducionista do âmbito da ciência jurídica, de modo que a

⁴⁷⁸ Neste mesmo sentido: MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Promessa de um Sistema Multiportas e a Inclusão da Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 15-22, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 19-20; MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 26.

⁴⁷⁹ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 34-42, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 39-40.

⁴⁸⁰ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Projeto Legislativo de Novo Código de Processo Civil e a crise da jurisdição. *Revista da Ejuse - Escola Judicial do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 20, 2014, p. 123-148. ISSN 2318-8642. Disponível em: <goo.gl/cJXqWd>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 140-142.

⁴⁸¹ RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <https://goo.gl/fUKL9g>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 73.

prática da aplicação do direito quase sempre é não dialética: a subsunção do fato à norma não propõe soluções não litigiosas de conflitos, o que não é adequado e bastante para resolver conflitos intersubjetivos que são judicializados. Conflitos são solucionados de forma contenciosa, sem levar em conta a ampla dimensão social da ciência normativa, pois a cabe ao jurista conhecer o objeto por meio da norma.⁴⁸²

Para efetivar políticas públicas que concretizem a melhoria do acesso à justiça, que oferte uma ordem jurídica justa e dissemine a cultura de paz, é preciso a participação de alguns setores da sociedade. O próprio artigo 6º, V, da Res. 125/2010-CNJ prevê parceria com órgãos públicos, e instituições públicas e privadas de ensino, sendo que as universidades, enquanto formadoras de novos operadores do direito e cidadãos, são basilares para mudar a cultura de judicialização. Assim, para a implementação da conciliação e mediação, judicial e extrajudicial, importa a parceria com as universidades, seja pela prática extrajudicial através dos núcleos jurídicos, pela pesquisa e extensão na área, seja pela oferta de cursos, oficinas, aos discentes e à comunidade.⁴⁸³

Existe um parâmetro interpretativo para as normas sobre meios consensuais, qual seja, a *qualidade*: por exemplo, o artigo 191 do NCPC⁴⁸⁴ tem a manutenção da qualidade como limitador; a remuneração dos mediadores deve ser bastante para atrair bons profissionais; a satisfação das partes deve ser indicador de avaliação dos serviços (NCPC, artigo 167, § 4º).⁴⁸⁵

A Lei Federal nº 13.140/2015 e o Novo Código de Processo Civil devem ser meio de educação (educar para mediar), o que demanda que mediadores sejam bem formados, capacitados e que façam a diferença entre as partes. Ademais, para ser mediador, é preciso ter talento, criatividade e coragem. Portanto, para eficácia da mediação é necessário investir na formação dos mediadores, que multiplicarão a cultura de tratar conflitos pela comunicação.⁴⁸⁶

⁴⁸² MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 14-16.

⁴⁸³ PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 16.

⁴⁸⁴ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁴⁸⁵ TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no Novo CPC. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 24-33, 2016. ISSN 2175-446, p. 326; BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017

⁴⁸⁶ BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 34-42, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 41.

4.3.3 Desafios procedimentais da mediação judicial

A partir do novo modelo de audiência previsto no Novo Código de Processo Civil (audiência de conciliação e de mediação), há o risco de desequilíbrio na condição social e econômica dos litigantes alterarem a condução e resultado da autocomposição, podendo ocorrer um aumento das pacificações sem justiça, sem equilíbrio, com vícios de consentimento, podendo ser um retrocesso em conformidade com os conceitos atuais de jurisdição e de acesso à justiça.⁴⁸⁷

Todavia, estas audiências devem ser dirigidas por auxiliares da justiça habilitados, e sua especialização tende a reduzir a ocorrência de desequilíbrios. Todavia, este risco comum tanto aos equivalentes jurisdicionais, como a jurisdição tradicional (solução adjudicada estatal). Deste modo, ainda que necessária atenção para evitar o desvirtuamento dos objetivos da audiência inovadora, não é caso de desencorajar o uso dos equivalentes jurisdicionais (conciliação e mediação), como meios basilares para resolver conflitos que objetivam o efetivo acesso à justiça.⁴⁸⁸

Ainda assim, a mediação judicial necessita de busca por um desenho institucional que equilibre a relação dos litigantes grandes e individuais, para empoderamento destes últimos, garantindo que tome decisões autônomas, estando bem informados.⁴⁸⁹

Por outro viés, é preciso que, com urgência, reflita-se sobre a política nacional de solução pacífica de conflitos, e sobre a falta de previsões técnicas e procedimentais para o tratamento adequado dos conflitos, na forma institucional ou privada. O Brasil tem um ordenamento jurídico positivado, correlato com um ordenamento de difícil modificação, de modo que o sistema tradicional deverá ser transformado em sua organização, composição e funcionalidade, para recepcionar o modelo de bases dialógicas, não positivadas, em que interesses das partes se relacionam mais com suas decisões, construídas no modelo autocompositivo. O novo sistema, então, será de pluralidade de formas mistas de solução de conflitos. Cabe ao Poder Judiciário prestar sua parcela democrática de serviço pela solução de

⁴⁸⁷ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 124-215.

⁴⁸⁸ GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 125.

⁴⁸⁹ ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. A Mediação, a Conciliação e os Grandes Litigantes do Judiciário. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 76-87, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 84.

conflitos com celeridade, eficiência e ofertando uma pluralidade de modelos jurisdicionais e não jurisdicionais, o que se adequa ao momento atual de expressiva democracia representativa e crescimento econômico e social pela qual a sociedade civil brasileira passa.⁴⁹⁰

Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva entendem que, no Brasil, a o modelo de mediação que vem sendo adotado, é a mediação negocial, inspirada no modelo dos Estados Unidos (em especial o de Harvard), sendo um estilo de mediação que visa o acordo, e que tem se multiplicado por sua capacidade de reduzir processos judiciais estagnados. Segundo as autoras, o Manual de Mediação Judicial do CNJ⁴⁹¹ utiliza o modelo de Harvard.⁴⁹²

As autoras alertam que, deste modo, tem se difundido um modelo de mediação que resolve conflitos pela produção de acordos, mas que não confere mudança real nas relações interpessoais, sendo modelo que aparenta ser pouco eficaz na transformação da cultura adversarial. O diálogo e a alteridade são basilares às relações entre pessoas e grupos, com benefícios sociais e individuais. Quando enfocada no acordo, a mediação arrisca perder seu caráter de ensinar nova visão dos conflitos e das relações, pois busca o fim da lide pelo acordo de interesses. A importação de modelos de mediação vindos do exterior (principalmente dos Estados Unidos), sem adaptação às necessidades da sociedade e peculiaridades da cultura brasileira, é um problema, pois: a) a mediação é necessária e útil na medida em que é mais que uma técnica negocial para resolver conflitos; b) há um objetivo de vincular a mediação à redução de demandas no Brasil, o que pode desvirtuar os objetivos fundamentais da mediação (valorização do diálogo; alteridade em relações interpessoais).⁴⁹³

O Conselho Nacional de Justiça, nas propostas iniciais de justiça consensual, adotou o modelo americano (ADR), que se presta a utilizar a mediação para obter um acordo final, encerrando uma demanda judicial, em detrimento do modelo francês, *Justice de Proximité*, ao

⁴⁹⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 96-97.

⁴⁹¹ Com efeito, a bibliografia do *Manual* possui diversas produções oriundas da *Harvard University Press* e da *Harvard Negotiation Law Review*, além do uso das ideias de Roger Fisher e William Ury, identificado com o referido modelo (FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Imago, 2005). AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça. 5 ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/MH34m7>>. Acesso em: 20 jul. 2017, 376 p.

⁴⁹² ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 334-345.

⁴⁹³ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 335-336.

passo que o modelo francês visa administrar a transformação do conflito para a evolução da relação socioafetiva dos mediandos.⁴⁹⁴

No Brasil a adoção do modelo americano ou francês não está confirmada na prática.⁴⁹⁵

Considerando estes obstáculos à cultura do consenso, em que pese a nova sistemática processual civil trazida pela Lei Federal nº 13.105/2015, existe o desafio, citado por Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva, de evitar que a mediação seja absorvida, no processo, como mera etapa procedimental, ou desvirtuada pela lógica binária que vê o conflito de forma não construtivista (*conflito enquanto mal a ser eliminado*), ou que seja usada como ferramenta para descongestionar o Judiciário. A mediação nos Estados Unidos surgiu dentro do movimento chamado ADR – *Alternative Dispute Resolution*, que buscava formas mais rápidas, econômicas e menos desgastantes para a solução de lides, com mais autonomia para as partes tomarem suas decisões, com objetivo de evitar riscos dos processos judiciais. Os programas de ADR neste país eram fundados na rejeição do conflito na sociedade, e objetivavam evitar a judicialização do conflito.⁴⁹⁶

Absorção dos meios alternativos de solução de conflitos pela estrutura estatal não alivia a sobrecarga do Judiciário.⁴⁹⁷ Mesmo porque a demanda não se reduz, sendo sua chave a mudança na cultura do litígio. Com efeito, notadamente o legislador não buscou as ferramentas plúrimas (o sistema multiportas) objetivando, de imediato, reduzir custos e acelerar a tramitação processual, mesmo porque a capacitação obrigatória dos mediadores e conciliadores e a criação dos CEJUSCs envolvem gastos. Existem, no Brasil, algumas propostas interessantes de adoção dos mecanismos alternativos de solução de conflitos por iniciativa da sociedade civil.⁴⁹⁸

Como a mediação é mais indicada aos conflitos em relações continuadas, ou seja, que se prolongam no tempo, não se encerrando após o acordo de interesses (ex.: conflitos familiares, de vizinhança, comunitários), por vezes o foco no acordo é insuficiente para que as partes

⁴⁹⁴ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 93-94.

⁴⁹⁵ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 94.

⁴⁹⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 340-341.

⁴⁹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 269-270.

⁴⁹⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 271.

possam passar a observar o conflito como algo natural, que não deve ser eliminado através de um único acordo.⁴⁹⁹

Mendes defende a organização da mediação institucional para além do modelo de mediação estrutural e negocial (visando apenas o acordo), de modo que ofereça “[...] um espaço de mediação transformadora capaz de realizar os anseios das partes pelo sentimento de justiça. [...]” Esta mediação estatal poderá ser vista como um poder do estado de ser instrumento estatal de uma cultura de paz no Poder Judiciário. O autor identifica, assim, relação entre o direito positivo e as bases filosóficas e institucionais que organizam a mediação judicial e extrajudicial, pela legitimação do direito positivo através do reconhecimento “[...] nortes éticos da comunidade a que serve esse direito. [...]”⁵⁰⁰

Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva explicam que a Meta 3 CNJ/2015⁵⁰¹, pelo estímulo à produção dos CEJUSCs, para que homologuem em média mais acordos, através de mediação ou conciliação, que as unidades judiciárias correlatas, estimulou o uso da mediação, com foco na realização de acordos, de forma pré-processual, para evitar a judicialização em massa de lides, sendo indicador de que aspectos quantitativos estão superando os qualitativos, de modo que a mediação nas unidades judiciárias pode não ter sucesso, tal como a conciliação não vem tendo, pois sua lógica não é compatível com a do Judiciário (binária e pautada na produtividade).⁵⁰²

Muito além de ser um método exógeno de resolução do conflito, a mediação tem grande potencial para prevenir e gerir situações conflituosas. Sua metodologia dialógica pode e deve ser usada como prevenção e gestão de impasses, como estratégia pedagógica para a promoção da emancipação, realização da cidadania, da democracia, da solidariedade e da paz social, transformando a cultura adversarial em cultura de cooperação, de intercompreensão de exercício dialógico e da alteridade, desde que se altere o seu foco, minimizando a valorização do acordo e dirigindo seus objetivos para a melhoria da relação entre os mediandos e destes com o conflito.

Com vistas à obtenção do acordo, a metodologia da mediação pode ser explorada para além das técnicas negociais de resolução do conflito. Mais importante que utilizar de tais técnicas, o mediador deve voltar sua atuação para promover uma comunicação eficiente entre os mediandos, com escuta recíproca e troca de informações, centrando-se no estímulo ao reconhecimento mútuo e consciente de suas necessidades. [...]. Por

⁴⁹⁹ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 342-343.

⁵⁰⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 20-21.

⁵⁰¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2015*. Disponível em: [...] [<https://goo.gl/47e82d>]. Acesso em: 20 jul. 2017], *Apud* ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 344.

⁵⁰² ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 344-345.

meio de uma tradição dialógica da mediação, os envolvidos em conflitos poderão realizar, com frequência, a escuta empática e o exercício da alteridade, nos quais cada um reconhece e legitima o lugar do outro, gerando processos de intercompreensão para o alcance de objetivos comuns e para a ressignificação da relação continuada dos mediandos, preparando-os para lidarem com conflitos futuros de forma cooperativa, e não destrutiva.⁵⁰³

Adriana Goulart de Sena Orsini e Nathane Fernandes Silva defendem o estímulo à mediação extrajudicial, pautada na ideia acima representada de mediação, e não na mediação negocial, para que esta mediação extrajudicial seja ferramenta eficaz na transformação da cultura do litígio em cultura de paz.⁵⁰⁴

As autoras explicam que o reconhecimento do ambiente extrajudicial como ambiente desenvolvedor da mediação é conquista da Lei da Mediação, sendo que, na justificação de seu projeto de Lei original (PL nº 517)⁵⁰⁵, o legislador expõe que a mediação se presta a superar a ideia de levar ao Judiciário lides que poderiam ser resolvidas em outro ambiente, mais adequado, de modo que é não faz sentido que o Judiciário mantenha a mediação sob sua custódia. Sugerem implicitamente que o Judiciário atue de modo *transitório e residual* (observe-se a coadunação com as ideias de Mancuso, expostas anteriormente), nos casos que sejam anteriormente identificados que possam ser tratados pela mediação. Também alertam a mediação judicial, como frente à crise (principalmente numérica) do Judiciário, acaba reduzindo investimentos e disseminação da mediação no ambiente extrajudicial, meio mais capacitado à formação da paz social.⁵⁰⁶

[...] O papel do Direito é impor limites às relações, evitando que elas se tornem abusivas. Isso não significa dizer que o Poder Judiciário deve abarcar, em sua estrutura, todas as formas de solução de conflitos e de regulação da sociedade. [...].
 [...] Escolas, hospitais, universidades, empresas e associações vêm utilizando a mediação, obtendo êxito em seus propósitos, sem a necessidade de tutela pelo Poder Judiciário. Os espaços judiciários continuarão a ser importantes opções para os cidadãos, mas é preciso fortalecer a cultura de que o acesso à justiça pode ser realizado por outros caminhos, designadamente pelas vias extrajudiciárias.⁵⁰⁷

⁵⁰³ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 346.

⁵⁰⁴ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 347-348.

⁵⁰⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado no 517 de 2011. Disponível em: <https://goo.gl/bX5MjS>. Acesso em: 24 jun. 2017. Este é o Projeto de Lei que originou o PL nº 7.169/2014, transformado posteriormente na Lei nº 13.140/2015 (Lei de Mediação). BRASIL. Projeto de Lei nº 7169/2014. Disponível em: <https://goo.gl/mYhcGB>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁵⁰⁶ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 348-349.

⁵⁰⁷ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 350.

Estas iniciativas extrajudiciais não estão ligadas às metas numéricas, nem à redução de casos, estando mais próximas (geográfica e estruturalmente), dos cidadãos, de modo que estão mais vantajosas, inclusive por seu papel de valorização qualitativa. Deste modo, Orsini e Silva defendem o estímulo à mediação fora da estrutura judiciária.⁵⁰⁸

Logo, a mediação será uma via promissora para o exercício da cidadania quando for gerida, primordialmente, no seio da sociedade. Em virtude da existência de um potencial transformador das relações por meio da mediação, esse método não pode ser encarado como uma alternativa a mais ao aparato judicial, que promova o seu desafogamento. Tampouco deve ficar sob a guarda do Poder Judiciário, que deve atuar residual e transitoriamente para fortalecer uma cultura da mediação, não podendo dela se apropriar, pois a mediação está presente – e deve estar – em todos os campos sociais. A mediação é prática social, não podendo ser engessada por nenhum órgão, estatal ou privado, e deve ser também desenvolvida pela sociedade.

Diante disso, a promoção de uma cultura de mediação, na qual o diálogo, a intercompreensão, a empatia e a emancipação sejam a tônica das relações, só será possível quando se abandonar a ideia de que a mediação deve estar sob a tutela judiciária para a resolução de conflitos pela via do acordo. O fomento maciço ao uso judicial da mediação tende a servir muito mais aos anseios de maior celeridade e ao esvaziamento dos tribunais do que aos anseios dos próprios cidadãos de apreenderem uma via diferenciada para a abordagem dos conflitos.

Convém citar que a proximidade entre mediação e sociedade dar-se-á pela via da própria sociedade, e não pela de políticas judiciárias voltadas para a redução ou a extinção dos conflitos. O que deve ser transformada é a visão sobre o conflito e sobre o modo de interação interpessoal, que, pela visão aqui adotada, só pode ser construída pedagogicamente no cotidiano das relações, na vivência social dentro dos mais variados campos, e não esporadicamente em mais uma etapa processual.

Dessa forma, deve-se abandonar a promessa de que a mediação será capaz de por um fim às demandas judiciais pela via do acordo, estimulando a consolidação de um paradigma no qual a mediação figura como a essência das relações, o que só será possível se as políticas de incentivo ao seu uso ultrapassarem o lugar de resolução pontual de impasses. Torna-se imprescindível que se fomentem políticas sociais de mediação para a gestão e a prevenção de conflitos nos mais diversos âmbitos e para os mais diversos fins, de forma que se encontre no conflito o seu cerne produtivo, capaz de produzir uma regulação pelo Direito pautada no diálogo e na ética da alteridade, efetivamente voltada à qualidade de vida e ao desenvolvimento de uma cultura voltada à paz. Esse é o horizonte de efetividade da mediação.⁵⁰⁹

Juliana Farias avalia que o Novo Código de Processo Civil deu impacto positivo à mediação, que pode ser difundida e, no futuro, ser a primeira opção das partes para solução de conflitos. Também a Lei de Mediação pode difundir a mediação, judicial e extrajudicialmente, e trazer muitas vantagens, importantes, todavia não se pode olvidar ou afastar as origens da mediação (extrajudicial, e particularizada, com simplicidade, agilidade e informalidade). É

⁵⁰⁸ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 351.

⁵⁰⁹ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 353.

preciso cuidado para evitar que esta regulamentação expanda uma ‘nova’ faceta da mediação, ritualizada, rígida, padronizada, mas que fortaleça a mediação em sua essência.⁵¹⁰

A mediação é um método eficiente, mas é preciso superar a concepção de que ela se presta a desafogar o Judiciário, pois esta não é sua função principal, que consiste em solucionar o conflito na essência, estimulando a comunicação, restabelecendo vínculos, tratando das diferenças, sentimentos e emoções, sendo processo complexo e profundo. Para manter a essência da mediação, ela deve ser praticada de forma detalhada, individualizada e artesanal (lapidada).⁵¹¹

Receia-se, por outro lado, que a mediação seja desvirtuada, quer dizer, aplicada de forma massificada, com profissionais desqualificados, e este método seja desacreditado pelos usuários, na sua eficiência.⁵¹² Alerta-se, portanto, para o risco de a mediação não obter o sucesso almejado, e sofrer a mesma trajetória que os Juizados Especiais:

Vejo os juizados de pequenas causas — que começaram como uma forma de permitir acesso mais fácil à camada mais humilde da população como a experiência, em princípio combatida, que funcionou, sendo utilizada, hoje, como uma forma de solucionar a crise da Justiça e não para facilitar o acesso à Justiça pela população mais humilde. Ampliaram a competência dos juizados sem que o Estado cuidasse de organizá-los e aparelhá-los melhor, bem como dar tratamento adequado para seus funcionários. Estamos presenciando — pelo menos observo isso no Estado de São Paulo —, em alguns juizados, a distribuição de senhas para atendimento, a formação de filas, transformando-se em uma espécie de "INPS" dos juizados. Todas essas instituições, essas formas de tratamento dos conflitos de interesse, devem ser pensadas e implementadas com essa preocupação fundamental e não com a preocupação de solucionar a crise da Justiça. Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. **Tenho um grande receio de que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na⁵¹³ sociedade; não se pode pensar nela como uma forma de aliviar a sobrecarga a que o Judiciário está sendo submetido hoje, porque daremos à mediação o mesmo encaminhamento que estamos dando hoje aos juizados especiais.**

Ou ando se trata de solução adequada dos conflitos de interesses, insisto em que o preceito constitucional que assegura o traz implicitamente o princípio da adequação; não se assegura apenas o mas se assegura o acesso para obter uma solução adequada aos conflitos, solução tempestiva, que esteja bem adequada ao tipo de conflito que está sendo levado ao Judiciário.

⁵¹⁰ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 12-14.

⁵¹¹ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 14.

⁵¹² FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 14-15.

⁵¹³ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 45.

Observa-se, na prática, que conflitos, principalmente aqueles que ocorrem entre duas pessoas em contato permanente (marido e mulher, dois vizinhos, pessoas que moram no mesmo condomínio), exigem uma técnica de solução como a mediação, em virtude de se buscar nesses conflitos muito mais a pacificação dos conflitantes do que a solução do conflito, porque a técnica de hoje de solução pelo juiz, por meio de sentença, é uma mera técnica de solução de conflitos, e não uma técnica de pacificação dos conflitantes, ou seja, é um ponto extremamente importante para pensarmos em como instituir melhor a mediação [...].

Se as partes não forem pacificadas, se não se convencerem de que elas devem encontrar uma solução de convivência, isto é, se a técnica não for a da pacificação dos conflitantes, e sim a da solução dos conflitos, as mesmas partes retornarão ao tribunal outras vezes. Então, existe diferença no tratamento de conflitos entre duas pessoas em contato permanente e entre aquelas que não se conhecem. [...] em outras [hipóteses] nas quais as partes necessitem de uma convivência futura, continuada, há necessidade muito mais de pacificação do que de solução de conflito. **[Grifo nosso]**.⁵¹⁴

Ademais, o Novo CPC e a Lei de Mediação não preveem um controle de qualidade e de satisfação sobre a mediação realizada: é preciso questionar as partes se ficaram satisfeitas, ou não, e pedir que exponham seus motivos, para evitar que profissionais pratiquem a conciliação, mas que, por negligência ou imperícia, apresentem a técnica como mediação, de forma errada.⁵¹⁵

Apesar das críticas – frise-se: pertinentes e construtivas – Juliana Farias defende que a prática da mediação deve ser mantida, mas com atenção para solucionar as dificuldades, salientando que o NCPC e a Lei de Mediação estão em consonância com as necessárias mudanças que devem ocorrer com urgência no Brasil: transformação da cultura do litígio em cultura do consenso.⁵¹⁶

4.3.4 Desafios da implementação e à efetividade da Mediação

Alexandre Raslan, em 2014, ressaltou como a Resolução nº 125/2010-CNJ, o Projeto de Lei Federal nº 8.046/2010 e o PLS nº 166/2001 (originários do Novo Código de Processo Civil) carecem de qualquer incentivos, recompensas ou sanções, ofertando mais do mesmo, pois aos interessados é dada a mesma situação que encontrariam no Judiciário, sem atrativos econômicos e jurídicos desestimuladores da judicialização. A única exceção à falta de

⁵¹⁴ WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. Mediação: um projeto inovador. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 45-46.

⁵¹⁵ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 15.

⁵¹⁶ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 16.

incentivos está no artigo 6º da Res. 125/2010: o único beneficiário é o juiz, que poderá ascender na carreira.⁵¹⁷

É preciso que as partes sejam incentivadas a se empenhar para solucionar o conflito, não somente quando o conflito já está judicializado. Todavia, a supramencionada Resolução nº 125/2010 prevê, sempre, que esta tentativa seja feita na estrutura, física ou humana, do Poder Judiciário, sob sua responsabilidade. Todavia, existem três dificuldades: orçamentárias, de recursos humanos e de gestão das atividades meio ou fim.⁵¹⁸

Mesmo que possível a realização de parcerias com entidades públicas ou privadas (Res. 125/2010, arts. 3º, 5º, V), tais entidades, não importa sua natureza, tem limitações orçamentárias, de gestão e de pessoal, sendo estes alguns exemplos de dificuldades estruturantes.⁵¹⁹

Assim, também existe o desafio estrutural: o Poder Judiciário apresenta um quadro de mau funcionamento, em razão da lentidão e formalismo processuais, além dos custos e graus de recursos, fazendo com que a mediação seja vista como uma salvação. Para Élio Braz Mendes, é preciso evitar a consolidação da mediação com o Poder Judiciário para descaracterizar os objetivos metodológicos da ‘verdadeira mediação transformativa’, pois que esta técnica não serve apenas para prover resultados de processos encerrados no Poder Judiciário.⁵²⁰

Como as normas sobre mediação deixaram a cargo dos Tribunais regular sua remuneração, e autorizando o voluntariado, presume-se que muitos Tribunais pretendem ter mediadores voluntários, ou utilizar conciliadores, sem capacitação para mediar, em desvio de função, e sem concurso público. No âmbito privado, a cobrança de honorários do mediador também não é regulamentada, o que pode levar as partes a recorrer à mediação judicial, que aparentemente não terão custo.⁵²¹

⁵¹⁷ RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 75.

⁵¹⁸ RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 71.

⁵¹⁹ RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 72.

⁵²⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 82.

⁵²¹ FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXXC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 15.

Antes mesmo da vigência do NCPC e da Lei de Mediação, Juliana Farias expôs que há falta de investimento e adequação para instalar a mediação nos Tribunais, e por outro lado, há uma grande disseminação das câmaras privadas, cujos níveis éticos e histórico de práticas são desconhecidos, podendo tornar o campo mais capitalista e competitivo, mais que o comprometimento com ética, qualidade e satisfação.⁵²²

A judicialização excessiva é oriunda de comportamento que reconhecem outras instâncias não estatais de resolução de conflitos como ineficientes, sendo preciso que a atuação político-institucional tenha elementos com incentivos concretos para que as pessoas não judicializem. A sociedade tem sido influenciada, pelo sistema de Justiça, que o Judiciário suporta a administração, e execução da satisfação dos interesses individuais disponíveis, sem que isto obste a fundamental tarefa de promoção da paz social. Um sistema de sanção e recompensa pode mudar comportamentos, dando benefícios reais.⁵²³

Mancuso alerta que não basta apenas o tratamento massivo dos conflitos, sob pena de não se investigar e resolver a causa do problema, e retroalimentar a demanda, tal como se deu nos Juizados Especiais estaduais e federais, estes últimos que vêm sendo interiorizados ou proliferados pelo Brasil, que ao contrário de absorver a demanda, fomenta-a, de modo que o gerenciamento quantitativo dos processos deve ser acompanhado de mudança de mentalidade (dos operadores do Direito, da população), sobre os equivalentes jurisdicionais, que resolvem e previnem dissídios, junto com vontade política para resolver conflitos administrativamente, evitando judicialização.⁵²⁴

Há vozes na doutrina contra a institucionalização da mediação, seja pela a perda de seu caráter criativo e aberto, seja pelo risco de rigidez e perda da informalidade da mediação. Todavia, parece que o Código busca mostrar às partes e procuradores a alternativa da mediação, e não regular estes procedimentos, mesmo porque assegura os princípios da mediação (independência, autonomia da vontade e informalidade), além de autorizar técnicas negociais que visem ambiente favorável ao consenso, bem como que as partes possam ter controle sobre as regras da mediação (NCPC, artigo 166, *caput*, §§ 3º e 4º), de modo que não tenta limitar a criatividade da mediação ou ferir o princípio da autonomia. Neste mesmo sentido, artigo 168,

⁵²² FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 15.

⁵²³ RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 73.

⁵²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 30.

do NCPC, permite que as partes escolham a câmara privada ou mediador, ainda que não cadastrado no Tribunal. Assim, o legislador buscou institucionalizar a mediação para ofertá-la como alternativa à cultura da sentença. A mediação extrajudicial tem óbices à sua aplicação: desconhecimento dos métodos judiciais pela população, que buscam judicializar; resistência das pessoas, por buscarem vencer a demanda, e fazer a outra parte perder, ao invés do consenso.⁵²⁵

A Tabela abaixo demonstra como a mediação vem, aos poucos, entrando em pauta entre os operadores do Direito e população em geral.

Tabela 8 – Incidência das Demandas à Ouvidoria do CNJ, por tema, nos anos de 2014, 2015 e 2016

Incidência das demandas à ouvidoria do CNJ por tema (2014)								
Assunto	Reclamação	Informação	Solicitação	Sugestão	Pedido de acesso à informação	Elogio	Denúncia	Total
Morosidade processual no Poder Judiciário	8.498	56	71	1	6		1	8.633
Decisão judicial	704	10	21	1	3		5	744
Atuação de magistrado	440	15	6	1	4	33	29	528
Administração de tribunal	326	21	19	2	1		4	373
Incidência das demandas à ouvidoria do CNJ por tema (2015)								
Assunto	Reclamação	Informação	Solicitação	Sugestão	Pedido de acesso à informação	Elogio	Denúncia	Total Geral
Morosidade processual no Poder Judiciário	7.973	42	30		3			8.048
Decisão judicial	408	9	5					422
Atuação de magistrado	338	25	3		1	26	6	399
Melhorias para o Poder Judiciário	15	2	6	120		4		147
Conciliação e mediação	11	84	35	2	2	1		135
Atuação de servidor/funcionário do Poder Judiciário	109	2				10	1	122
Cumprimento de decisão judicial	75	1	3					79

⁵²⁵ PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010, Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 17-18.

Morosidade no cumprimento de decisão judicial	40							40
Incidência das demandas à ouvidoria do CNJ por tema (2016)								
Assunto	Reclamação	Informação	Solicitação	Sugestão	Pedido de acesso à informação	Elogio	Denúncia	Total Geral
Morosidade processual no Poder Judiciário	9.675	113	65			1	23	9.877
Atuação de magistrado	418	55	12	1	2	39	41	568
Decisão judicial	465	10	7	1		1	17	501
Conciliação e mediação	34	216	73	4	4	1	1	333
Cumprimento de decisão judicial	143	1	6				5	155
Melhorias para o Poder Judiciário ⁵²⁶	12	6	8	99				125
Atuação de servidor/funcionário do Poder Judiciário	93	2	3			10	6	114

Fonte: CNJ.⁵²⁷

Com efeito, a mediação, que não era temática da ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça, passou a ser tópico de questionamentos para os mais variados fins, em especial em informação e solicitações.

O artigo 24 da Lei de Mediação trata dos Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos, responsáveis pela mediação e conciliação pré-processuais e processuais, e por programas de fomento à autocomposição:

Artigo 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

⁵²⁶ Este tema da ouvidoria ('Melhorias para o Poder Judiciário' estava presente na pesquisa da Ouvidoria do CNJ em apenas um dos trimestres de 2014, razão pela qual não foi inserido no relatório, apesar da menção do tema.

⁵²⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2015*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/FjG1eJ>>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4-5; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório Anual da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/iSRu5w>>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4-5; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *17º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *18º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *19º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4-5; CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *20º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017, p. 4-5.

Na Justiça Estadual, em atendimento à Meta 3 2016 (CNJ), foram instalados em 2016 497 unidades de CEJUSC's em todo o território nacional. Estes Centros foram responsáveis, durante o ano de 2016, pela realização de 373.308 encerramentos de casos em fase pré-processual, e 199.421 encerramentos de casos na fase processual.⁵²⁸ Estas cifras demonstram:

a) quantitativo de acordos realizados ainda é humilde, ainda mais se considerarmos as altas taxas de congestionamento do Judiciário, todavia, os CEJUSC's estão, aos poucos, sendo instalados, institucionalizando os meios alternativos de solução de conflitos dentro da estrutura Judiciária;

b) existem estados que estão instalando CEJUSC's em grande quantidade, o que é promissor, como o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que instalou 191 unidades no período. Por sua vez, Tribunal de Justiça do Estado do Acre (TJAC), instalou tão somente 3 CEJUSC's, no mesmo período, e o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas não instalou qualquer unidade do CEJUSC's.

A Meta 3 de 2016 do CNJ, entretanto, é voltada aos casos de conciliação. Não existe, por pesquisa levantada, nenhuma meta do CNJ voltada à avaliação de casos de mediação. Isto somente faz aumentar o receio de que a mediação seja desvirtuada. Afinal, os relatórios de produtividade de todos os CEJUSC's nacionais em 2016 encontram-se nos relatórios da Meta 3 do CNJ, o que faz questionar se foram contabilizados *mediações* e *conciliações* como cifras idênticas, para formação de relatórios.

Observa-se a previsão de existência contínua dos mecanismos estatais e não estatais de solução de conflitos, todavia com dificuldades de institucionalização.

4.3.5 Obrigatoriedade da Audiência de Mediação e Cultura de Paz

A imposição da mediação nos processos, prevista no Novo Código de Processo Civil, tem sido objeto de debates, pois um código democrático, que dá voz às partes, tira delas a escolha pela via da mediação.⁵²⁹

A maior crítica ao Novo Código de Processo Civil é se a mediação judicial será, ainda, uma mediação, em sua essência e características, pois poderá se diferenciar da mediação extrajudicial. Roberta do Carmo Pacheco defende que é louvável a adoção judicial da mediação, e que esta iniciativa deve ser estimulada e aperfeiçoada. Positivar a mediação judicial, apesar

⁵²⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Metas 2016*. Disponível em: <<https://goo.gl/DZaeSx>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵²⁹ PACHECO, Nivea Maria Dutra. *Mediação de conflitos: um novo paradigma. Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/UHKwTb>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 100.

das críticas de que este modelo não usa todo o potencial da mediação, pode avançar o reconhecimento e credibilidade da mediação, desde que o novo modelo não seja engessada, ou seja reduzida à conciliação, o que desestimularia o uso e daria descrédito à mediação.⁵³⁰

A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334 do NCPC é mais uma oportunidade de autocomposição, sendo que esta audiência não se realizará se ambas as partes não quiserem, de modo que não há pressão pelo acordo.⁵³¹

Ainda que o Novo Código de Processo Civil preveja que o conciliador tem poder de sugestão às partes, é vedado a ele constrangê-las ou intimidá-las objetivando o acordo, o que de modo que são proibidas as ‘coerciliações’ de hoje. Já o mediador auxilia as partes a entenderem as questões em conflito.⁵³²

Assim, apesar as duras críticas que se podem fazer à tendência de absorção dessas técnicas no bojo do processo jurisdicional, o Novo CPC, buscando reduzir os déficits de sua eficiência, diante até da ausência de profissionalismo no uso das técnicas, tenta promover um peculiar modelo multiportas no qual o processo judicial encampa a solução adjudicada (jurisdicional), além da possibilidade endoprocessual [...] [NCPC, artigo 3º]⁵³³ de uma conciliação e/ou mediação profissionalizada.

Apesar da obviedade de tal constatação, o CPC/2015 tenta se afeiçoar e aprimorar às perspectivas delineadas pela Resolução 125, de 29.11.2010, com as alterações de 31.03.2013, de aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios, de modo que se promova uma efetiva profissionalização e adequação desses meios ainda tão negligenciados no direito brasileiro.⁵³⁴

Roberta do Carmo Pacheco defende que o PL nº 8.046/10 (NCPC) reforça o incentivo de desenvolver e valorizar os MASC’s, e se preocupa com a mediação judicial, sem obstaculizar nem regulamentar a mediação prévia ou a extrajudicial. Para a autora, a mediação poderá seguir passos da arbitragem, que após Lei Federal nº 9.307/96, estimulou a criação de entidades arbitrais privadas.⁵³⁵

⁵³⁰ PACHECO, Roberta do Carmo. A mediação de conflitos e o Novo CPC: comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10. *Novos Direitos – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. p. 29-49. ISSN: 2447-1631. Disponível em: <<https://goo.gl/UCtMit>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 46-47.

⁵³¹ PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 18.

⁵³² THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 275-276.

⁵³³ BRASIL. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 276.

⁵³⁵ PACHECO, Roberta do Carmo. A mediação de conflitos e o Novo CPC: comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10. *Novos Direitos – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. p. 29-49. ISSN: 2447-1631. Disponível em: <<https://goo.gl/UCtMit>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 43; 46.

Cada um de nós tem responsabilidade da construção de uma cultura de paz.⁵³⁶ A Constituição Cidadã coloca os poderes estatais a serviço dos indivíduos, por meio de uma base teórica de proclamação dos Direitos Fundamentais. O foco não é saber quais são os princípios, garantias ou direitos proclamados, mas os mecanismos que possibilitem sua promoção e realização (efetividade).⁵³⁷

A Constituição concede oportunidade de refletir sobre novas formas de solução de conflitos, como modelos a serem usados pelo Poder Judiciário, a partir: a) da previsão preambular de compromisso dos constituintes com a solução pacífica das controvérsias; b) da previsão de que a dignidade e a cidadania são fundamentos da República Federativa do Brasil; c) do artigo LXXVIII, do artigo 5º da Constituição Federal, alterado pela EC nº 45/2004.⁵³⁸

As novas formas de resolução de conflitos podem promover grandes mudanças na forma como operadores do Direito e usuários do sistema de justiça pensam e agem. A prestação jurisdicional volta-se, não à eliminação do conflito com a finalidade de pacificação social (pois isto pode levar a distorções no raciocínio dos procedimentos empregados), e sim a construção de um sistema que conceda garantia a pacificação social. Leis processuais devem perceber a relação processual como uma relação inter e intra-processual. As partes, tendo oportunidade de encontro após a controvérsia, podem vir a dialogar, e com ajuda de terceiro, construir soluções, o que concede maior eficiência processual, e uma nova cultura que privilegie atitudes com cooperatividade e responsabilidade.⁵³⁹

Paz não significa ausência de conflitos, mas pelo conflito as partes poderão, ou não, formar novas possibilidades de se entenderem.⁵⁴⁰ A paz que se objetiva não é aplicada de cima para baixo, mas construída em cada pessoa.⁵⁴¹

⁵³⁶ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 11.

⁵³⁷ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 18.

⁵³⁸ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 22-25.

⁵³⁹ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 24; 30-31.

⁵⁴⁰ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 38.

⁵⁴¹ AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 38.

O uso da mediação e da conciliação deve servir não apenas ao desafogamento do Judiciário, mas para mudar o pensamento, de modo que as pessoas vejam a mediação e a conciliação como métodos que buscam uma decisão mais democrática, dando voz às partes, para que elas escolham a melhor solução. Este é um incentivo à cidadania.⁵⁴²

Em que pese a legislação histórica e sistematicamente tenha previsto tais mecanismos como necessariamente coexistentes à solução estatal de conflitos, a atual opção legislativa e institucional do Estado brasileiro em adotar os meios não estatais de solução de conflitos visa combater a crise do Judiciário. Tais mecanismos não são paliativos de crise, são formas sustentáveis de se obter uma cultura de paz.

Um Estado democrático de Direito busca efetivar a dignidade da pessoa humana e a cidadania, o que inclui acesso à ordem jurídica justa, que pode ser obtida, também, por meios de decisões cidadãs, consensuais e democráticas, de modo que os meios consensuais devem ser incentivados pelo Estado, e setores sociais, como a universidade. Assim, o Estado se aproximará dos cidadãos, e a cultura de paz será feita através de políticas públicas de iniciativas estatais ou da sociedade. Portanto, meios consensuais não devem ser empregados para extinguir massivamente processos, mas como política pública de longo prazo, para mudança da cultura e para prevenção de conflitos.⁵⁴³

Assim, a atuação estatal não pode se restringir ao Novo Código de Processo Civil, devendo ocorrer incentivo e investimento na pesquisa, extensão e apoio às políticas públicas não governamentais (pois esta modalidade de políticas públicas fortalecem a democracia).⁵⁴⁴

[...] o processo deixou de ser um meio pelo qual a jurisdição diz o direito para se tornar um ato jurídico complexo resultante da operação de um núcleo de direitos fundamentais, de que as técnicas processuais devem servir as funções sociais,

⁵⁴² PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 13.

⁵⁴³ PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 19.

⁵⁴⁴ PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017, p. 20.

e de que a jurisdição tradicional não é a única forma de solução de conflitos a ser considerado.⁵⁴⁵

Para a realização da mediação, é preciso que o conflito seja visto como um fenômeno social, por vezes positivo (e não de forma negativa, um mal a ser combatido), bem como abandonar a lógica do processo judicial de ganha-perde, e adotar a lógica do ganha-ganha, o que envolve outro tipo de gerenciamento de conflitos, ajudando a buscar uma solução consensual, formando uma cultura de compromisso e de participação entre as partes.⁵⁴⁶

A mediação é democrática, pois: “[...] rompe com os marcos de referência da certeza determinados pelo conjunto normativo, postos de forma hierarquizada. [...]”; entende o conflito como meio positivo de evolução social; baseia-se na relação entre as partes, sendo espaço de reencontro (compartilhar para tratamento de lides).⁵⁴⁷

A paz envolve ausência de violência, e também vida digna e existência tranquila, com respeito pelas opiniões e sentimentos alheios.⁵⁴⁸

Admitir que o acesso deve ser mais que formal, compreendendo o acesso à ordem jurídica justa, deve haver preocupação com a qualidade das soluções adjudicadas e dos meios consensuais também, para que não se forme uma justiça de segunda classe, que daria aos meios consensuais obrigação de acesso formal, sem preocupação com resultados efetivos. O Novo CPC coloca os meios consensuais como norma fundamental, o que presume a existência da preocupação com a qualidade.⁵⁴⁹

O modelo tradicional do devido processo legal já não é adequado, para a maior parte das pessoas, à certas demandas judiciais, pois insuficiente para construir justiça e paz social de conteúdo interdisciplinar.⁵⁵⁰

Para Mendes, a mediação é uma inovação interdisciplinar “[...] para uma teoria da nova concepção da ação e da atuação dos profissionais do direito, [...],” que devem usar técnicas

⁵⁴⁵ POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 10, 2015. p. 676-701. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://goo.gl/QPAcF6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 699, p. 683.

⁵⁴⁶ POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 10, 2015. p. 676-701. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://goo.gl/QPAcF6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 699, p. 699.

⁵⁴⁷ POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 10, 2015. p. 676-701. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://goo.gl/QPAcF6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 699.

⁵⁴⁸ PACHECO, Roberta do Carmo. A mediação de conflitos e o Novo CPC: comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10. *Novos Direitos – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. p. 29-49. ISSN: 2447-1631. Disponível em: <<https://goo.gl/UCtMit>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 31.

⁵⁴⁹ TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no Novo CPC. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 24-33, 2016. ISSN 2175-446, p. 25; 32.

⁵⁵⁰ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 22.

interdisciplinares judicial ou extrajudicialmente. Teórica e praticamente, a mediação exige metodologia instrumental de comunicação entre as partes, assim se inserindo no padrão científico linguístico.⁵⁵¹

O artigo 3º do Novo Código de Processo Civil demonstra que o objetivo da lei é que operadores do direito estimulem e ampliem as práticas dos meios de solução consensual de conflitos, sendo que a mediação e a conciliação são exemplificativos, mencionados por serem mais conhecidos, mas não são os únicos métodos que devem existir (ex.: Justiça Restaurativa, técnicas mediativas que vem sendo aplicadas nas varas de família e/ou infância e juventude, como a Comunicação Não Violenta – CNV, de Marshall Rosenberg; a partir da nova abordagem da Psicoterapia Sistêmica das varas de família, destaca-se a prática das Constelações Familiares, método terapêutico criado por Berl Hellinger na Alemanha, e desenvolvida em Amargosa/BA pelo Juiz Sami Stock).⁵⁵² Serão as novas habilidades dos operadores do direito que delinearão os limites dos tipos de meios não adversariais de solução de conflitos no Brasil.⁵⁵³

Deste modo, os mecanismos alternativos de solução de conflitos e a justiça estatal não são incompatíveis, devem se integrar e complementar, até porque a tentativa de resolução consensual da lide é parte do ofício do juiz,⁵⁵⁴ e de todos os demais sujeitos processuais, na processualística moderna.

A mediação, seja ela paraprocessual ou extraprocessual, deve ser fomentada, para a formação de uma cultura de paz.

⁵⁵¹ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 24.

⁵⁵² A terapia das Constelações Familiares vem sendo veiculada pelo Juiz Sami Stock em vários cursos de formação de outros magistrados, sendo um sucesso tutelado pelo TJBA e outros tribunais estaduais, que adotaram a técnica.. MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 59.

⁵⁵³ MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 58-59.

⁵⁵⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 17.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O conflito é algo natural, inerente às relações humanas. Quanto mais relações interpessoais e intergrupos, maior a possibilidade de surgimento de conflitos. São os conflitos que permitiram o avanço das sociedades humanas (bem como o desenvolvimento tecnológico, econômico, social, e em todos os outros aspectos), visto que é a partir da discordância entre ideias que é possível a criação de algo novo;

2. O Brasil é um país com histórico de inefetividade dos direitos fundamentais, e até o processo que democratização (1988), este foi o fator que mais afastou a população de uma existência digna, e em último caso, da cidadania;

3. Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve maior democratização do acesso à Justiça, todavia o sistema de Justiça brasileiro não tinha condições estruturais, nem de gestão (envolvendo a questão financeira e administrativa) para atender a recente e crescente explosão de demanda, o que causou o panorama atual de catástrofe do sistema de Justiça do Brasil. Por sua vez, a oferta de Justiça, na concepção atual, envolve que esta seja: “[...] *justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida reconhecidos no julgado.*”⁵⁵⁵

4. Outros aspectos contribuíram para o aumento da demanda em ritmo descontrolado: a) a cultura do litígio; b) a opção por Judicializar, em razão da própria cultura do litígio e do desconhecimento dos mecanismos alternativos de solução de conflitos (e a ausência de uma política judiciária que divulgue estes meios); c) o advento da globalização, com a sociedade massificada, hiperindividualista, bem como as inovações tecnológicas, que aceleraram, em quantidade e qualidade, das relações humanas e, portanto, os conflitos;⁵⁵⁶

5. O Poder Judiciário, de modo a se adaptar à demanda crescente, expandiu-se⁵⁵⁷ exageradamente em custos, em recursos humanos, em estruturas físicas (multiplicação de unidades judiciárias no Brasil), todavia, desacompanhado de um correto diagnóstico acerca das causas para a litigiosidade, esta expansão retroalimentou a demanda (aumentando cada vez mais o congestionamento de lides no Judiciário), e fomentou o aumento da crise, com o descrédito,

⁵⁵⁵ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5, p. 26-27.

⁵⁵⁶ Observe-se que, neste sentido (globalização), a crise do sistema de Justiça não é exclusividade nacional. Com efeito, mesmo países desenvolvidos enfrentam problemas de insatisfação dos jurisdicionados.

⁵⁵⁷ Neste sentido, há destaque para a Emenda Constitucional nº. 45/2004, a Resolução nº. 125/2010-CNJ, e a Secretaria da Reforma do Judiciário, atualmente extinta e incorporada na Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania.

pela população, acerca da efetividade do sistema de Justiça, da possibilidade de ter uma vida digna e de poder exercer, de fato, sua cidadania;

6. Observe-se que a crise do Judiciário afeta todos os três Poderes da República, pois o descrédito, somado à inefetividade do ordenamento jurídico, afeta a soberania nacional, a credibilidade e estabilidade das instituições, e em último caso, as finalidades do Estado brasileiro dispostas na Constituição Federal, não encontram efetividade. A paz social não encontra espaço para se instalar, seja institucionalmente, seja na mente dos cidadãos;

7. Assim, a crise do sistema de Justiça desestabiliza o Estado brasileiro, o que acaba fomentando a desestabilização da sociedade brasileira como um todo, fator este que já vem ocorrendo com as mudanças sociais ocasionadas pela globalização. Fala-se em crise da verdade, como uma anomalia social em que o litígio está de tal forma impregnado, que permite o desenvolvimento até mesmo das relações humanas mais simples (ex.: em família, na comunidade);

8. A crise do sistema de Justiça brasileiro também se relaciona com a alta quantidade de formação de operadores do Direito, a formação deficitária da esmagadora maioria destes (o que reflete na advocacia, no Judiciário, etc.), bem como com a tendência nacional de normatizar para combater crises (fúria legislativa), o que torna a prática Jurídica brasileira complexa, contraditória e inefetiva;

9. O Poder Judiciário está absolutamente sobrecarregado com demandas, sendo este outro fator que prejudica a promoção da paz, pela manutenção de uma ordem jurídica justa;

10. Neste panorama, se identifica uma nova tendência, legislativa e doutrinária, de adaptação do processo civil ao tipo de litígio, bem como de desjudicialização. Para entender esta nova tendência, é preciso entender a processualística moderna, para uma nova compreensão do sentido do monopólio de jurisdição, e a correção deste novo conceito com os meios alternativos de solução de conflitos;

11. O Estado brasileiro assumiu o monopólio da jurisdição para fazer frente às desigualdades sociais, jurídicas e econômicas. Todavia, na processualística moderna, observou-se que o Estado brasileiro, através do monopólio da jurisdição, não consegue ofertar uma resposta jurisdicional justa (equânime), jurídica (ou seja, *tecnicamente consistente e fundamentada*), econômica, tempestiva, razoavelmente previsível (segurança) e efetiva (adequada a assegurar a efetiva fruição do direito, valor ou bem da vida reconhecidos em julgado);

12. O monopólio da jurisdição tem levado à crise numérica da Justiça (excesso de demandas), por não permitir outras instâncias pacificadoras com a mesma legitimidade perante

a população, que faz com que piore a litigiosidade, pelo desconhecimento ou opção por não utilizar formas não adversariais, em razão da falta de confiança na ‘segurança’ e ‘legitimidade’ destes meios;

13. A regulamentação da Mediação pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei de Mediação trouxe importantes modificações para o procedimento, além de criar a fase processual de mediação;

14. Esta nova mediação se coaduna com a nova processualística brasileira, que pressupõe um processo democrático, voltado à participação de todos os sujeitos processuais, a cooperação entre eles, e simboliza o fim do protagonismo judicial, inaugurando a tendência policêntrica no processo civil brasileiro;

15. Esta nova processualística, ao mesmo tempo que democratiza o processo, voltando o direito processual à sua finalidade material, instrumental (voltada à resultados), também comporta um incentivo tal à mediação e outras técnicas de solução de conflitos, que alguns doutrinadores defendem o fim do monopólio jurisdicional;

16. A mediação, da forma como está regulamentada, e diante da expectativa que os mecanismos alternativos de solução de conflitos sejam a resposta para a crise do sistema de Justiça brasileiro, tem desafios educacionais e procedimentais alarmantes, sendo necessário uma união de forças entre Legislativo, Executivo e o Judiciário, e sociedade civil para a superação destes desafios, de forma a, por exemplo: a) criar um incentivo, por parte do Ministério da Educação, Ordem dos Advogados do Brasil e Poder Judiciário, para modificação de estruturas curriculares, em toda a rede de ensino, para se adequarem à nova perspectiva de tratamento de conflitos, com ênfase nos cursos de Direito e de pedagogia, para atingir precipuamente os futuros operadores jurídicos e as futuras gerações; b) fornecer investimento suficiente para a estruturação dos CEJUSC’s; c) realizar modificações legislativas no processo civil para a concessão de incentivos reais aos mecanismos alternativos; d) fomentar maior nível de controle acerca da produtividade dos CEJUSC’s, diferenciando quais métodos de solução de conflitos estão sendo aplicados nos casos, através do Conselho Nacional de Justiça; e) criar incentivos, quiçá até tributários ou de efetivo financiamento ou orçamentário, conforme for o caso, para que instituições de ensino superior, públicas e particulares auxiliem na estruturação e funcionamento da mediação extrajudicial;

17. Ainda que estes desafios sejam superados, não significa que a mediação se tornará a solução para todas as mazelas do Judiciário brasileiro, escoando toda a sobrecarga judiciária, pois somente com uma nova perspectiva, consensual, de tratamento dos litígios no Brasil, seja através do processo judicial heterocompositivo, seja por todas as demais formas legítimas de

tratamento de conflitos, é que a crise do sistema de Justiça poderá ser superada. Para esta nova perspectiva consensual, que deve ser disseminada entre operadores do Direito e em toda a sociedade civil, indispensável se faz reavaliar a perspectiva sobre o conflito, não como mal a ser combatido, mas como oportunidade de crescimento e florescimento das relações intersubjetivas. Apenas nesta nova perspectiva o Brasil terá a constitucionalmente almejada paz social.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, Carla Maria Zamith Boin. *A humanização do sistema procesual como forma de realização dos princípios constitucionais: mediação e justiça restaurativa*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito)–UNITOLEDO, 2007. Disponível em: <goo.gl/3GRKJy>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- AGULHA, Angelo Pêpe. A conciliação, a mediação e a arbitragem como solução para acordos. *Revista Olhar*, Sorocaba, v. 1., n. 1, jun. 2016, p. 81-86. Disponível em: <https://goo.gl/4dnKP9>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- ALMEIDA, Guilherme Assis de. Mediação e o reconhecimento da pessoa. In: CHAI, Cássius Guimarães (Org.). *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 45-52. Disponível em: <https://goo.gl/fUKL9g>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- AMARAL, Lúcia Miranda de Lima. *Mediação e arbitragem: uma solução para os conflitos trabalhistas no Brasil*. São Paulo: Ed. LTr, 1994.⁵⁵⁸
- AMARAL, Mathews Francisco Rodrigues de Souza do. Movimento em prol da adoção de soluções alternativas de conflitos e a nova Lei de Mediação. *Boletim Conteúdo Jurídico*, Brasília, ano 7, n. 480, 2015, p. 11-30. ISSN 1984-0454. Disponível em: <goo.gl/r7upSC>. Acesso em: 23 jul. 2017.
- AMORIM, Maria Stella de. Juizados Especiais na Região Metropolitana do Rio de Janeiro. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, n. 17, Rio de Janeiro, 2006, 274 p., p. 107-131. ISSN 1678-3085. Disponível em: <https://goo.gl/7egiMC>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- ASPERTI, Maria Cecília de Araujo. A Mediação, a Conciliação e os Grandes Litigantes do Judiciário. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 76-87, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- AZEVEDO, André Gomma de (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: Ministério da Justiça e Conselho Nacional de Justiça. 5 ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <https://goo.gl/MH34m7>. Acesso em: 20 jul. 2017, 376 p.
- BARBOSA, Águida Arruda. Mediação: Educar para Mediar. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 34-42, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017.
- BERMUDES, Sérgio. O processo civil no terceiro milênio. Palestra proferida na AMAERJ, em 14.06.99. *Revista da EMERJ*, v. 2, n. 7, 1999, p. 92-100. Disponível em: <https://goo.gl/5t2g8G>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵⁵⁸ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2.

BOLZAM, Angelina Cortelazzi. A mediação e a conciliação no novo Código de Processo Civil. *Cadernos de Direito*, Piracicaba, v. 15(28), p. 159-169, jan./jun. 2015. ISSN 2238-1228. Disponível em: <<https://goo.gl/BiahpG>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BORDONI, Jovina d'Avila; TONET, Luciano. A mediação como instrumento de solução de conflitos familiares. *RJLB – Revista Jurídica Luso Brasileira*, Lisboa, ano 2, n. 3, p. 879-901, 2016. ISSN 2183-539X, Disponível em: <<https://goo.gl/N59oji>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Emenda à Constituição nº 358/2005. Disponível em: <<https://goo.gl/R1YbEY>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <goo.gl/zaRrL>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil de 1939. Disponível em: <<https://goo.gl/DQsvxm>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<https://goo.gl/Hqapu9>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Disponível em: <goo.gl/v2fChu>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.478, de 25 de julho de 1968. Dispõe sobre ação de alimentos e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/km3Yi7>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970. Dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, altera dispositivos da Consolidação das Leis do Trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na Justiça do Trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/gfavRb>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil [de 1973]. Disponível em: <<https://goo.gl/Rw3qT>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/vtXEo>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/1Z9o0F>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/UdwKV>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/P7nUD>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992. Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/ds7u07>>. Acesso em: 27 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 9.278, de 10 de maio de 1996. Regula o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Disponível em: <<https://goo.gl/lkmMpF>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 10.259 de 12 de julho de 2001. Disponível em: <<https://goo.gl/3GzoY>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005. Altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, para estabelecer a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento e revogar dispositivos relativos à execução fundada em título judicial, e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/9v0GeI>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Altera os arts. 112, 114, 154, 219, 253, 305, 322, 338, 489 e 555 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos à incompetência relativa, meios eletrônicos, prescrição, distribuição por dependência, exceção de incompetência, revelia, carta precatória e rogatória, ação rescisória e vista dos autos; e revoga o art. 194 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil. Disponível em: <goo.gl/jH7FnB>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 11.341, de 7 de agosto de 2006. Altera o parágrafo único do art. 541 do Código de Processo Civil - Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973, para admitir as decisões disponíveis em mídia eletrônica, inclusive na Internet, entre as suscetíveis de prova de divergência jurisprudencial. Disponível em: <goo.gl/DPJzNo>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em: <goo.gl/OPKpMY>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa. Disponível em: <goo.gl/E6uHd>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 12.011, de 4 de agosto de 2009. Dispõe sobre a criação de 230 (duzentas e trinta) Varas Federais, destinadas, precipuamente, à interiorização da Justiça Federal de primeiro grau e à implantação dos Juizados Especiais Federais no País, e dá outras providências. Disponível em: <<https://goo.gl/R8Uus5>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil, de 16 de março de 2015. Disponível em: <goo.gl/6b0EbE>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2016. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997 [Lei de Mediação]. Disponível em: <goo.gl/UQ5kMd>. Acesso em 20 jul. 2017.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania. Relatório de Gestão 2015/2016. 134 p. Disponível em: <<https://goo.gl/nyvejQ>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 8.

_____. Projeto de Lei do Estatuto das Famílias. Disponível em: <<https://goo.gl/T8m7fx>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei nº 7.169 de 2014. Disponível em: <<https://goo.gl/mYhcGB>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado no 517 de 2011. Disponível em: <<https://goo.gl/bX5MjS>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei Federal nº 94/2002. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. Disponível em: <goo.gl/wwK3ES>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. Projeto de Lei Federal nº 4.108/2004. Dá nova redação ao § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, para expungir desse dispositivo, o ponto em que exclui da incidência da norma geral prevista no § 3º desse mesmo artigo a Fazenda Pública quando ela é condenada em quantia que não seja de pequeno valor; tendo parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, pela constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação deste e do de nº 5.097/2005, apensado, com substitutivo. Disponível em: <<https://goo.gl/rmWwiM>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

BRITO, Gilton Batista. O acesso à justiça, a Teoria da Mediação e a Resolução 125/2010 do CNJ. *Revista da Ejuse - Escola Judicial do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 20, 2014, p. 103-122. ISSN 2318-8642. Disponível em: <goo.gl/cJXqwD>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CACENOTE, Ana Paula. WERLE, Vera Maria. Mediação Familiar. Uma proposta transformadora para os conflitos familiares. *(Re) Pensando Direito – Revista do Curso de Graduação em Direito do Instituto Cenecista de Ensino Superior de Santo Ângelo IESA*. Santo Ângelo, ano 2, n. 4. jul./dez. 2012. Disponível em: <<https://goo.gl/qvagw7>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CAETANO, Luiz Antunes. *Arbitragem e mediação: rudimentos*. São Paulo, Atlas, 2002.

CAHALI, Francisco José; RODOVALHO, Thiago. Mediação nos cursos de Direito estimulará mudança. 12 dez. 2013. *Conjur – Consultor Jurídico*, ISSN 1809-2829. Disponível em: <<https://goo.gl/115qf2>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CÂMARA, Lina Machado. A mediação como solução de conflitos ambientais. *Themis – Revista da Esmec*. Vol. 13. 2015. ISSN: 2525-5096. Disponível em: <<https://goo.gl/c4xiqP>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. *Revista Panóptica*, ano 1, n. 6. Disponível em: <<https://goo.gl/SWvnLQ>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CAMPOS, Marcelo Vieira de. Não basta a justiça ser célere, precisa ser acessível. *Revista ConJur*. São Paulo, dez./2011, ISSN 1809-2829. Disponível em: <goo.gl/ViMmvh>. Acesso em: 20 jun. 2017.

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

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal do acesso à Justiça. Tradução José Carlos Barbosa Moreira. *Revista Forense*, vol. 326, abr. jun. 1994.⁵⁵⁹

CARVALHO, J. M. *Cidadania no Brasil*. O longo caminho. 3 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

COLI, Luciene Rinaldi; ROMEIRO, Sílvia Carvalho; SANTOS, Bruno Cássio de Paula. A mediação como forma não adversarial e alternativa de solução de conflitos. *Revista Científica FAGOC - Jurídica*, Ubá, v. 1, p. 27-37, 2016, ISSN 2525-4995. Disponível em: <https://goo.gl/i5xcWX>. Acesso em: 20 jul. 2017.

COMOGLIO, Luigi Paolo. Il “giusto processo” civile in Italia. *Revista de Processo*, v. 116, jul./ago. 2004.⁵⁶⁰

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *17º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *18º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *19º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2014. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *20º Relatório Trimestral da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2014*. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <goo.gl/m2xfGK>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. *Metas 2015*. Disponível em: [...] [<https://goo.gl/47e82d>. Acesso em: 20 jul. 2017].⁵⁶¹

_____. *Metas 2016*. Disponível em: <https://goo.gl/DZaeSx>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. *Relatório Anual da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2015*. Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://goo.gl/FjG1eJ>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁵⁵⁹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5.

⁵⁶⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

⁵⁶¹ ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília. v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017.

_____. *Relatório Anual da Ouvidoria do Conselho Nacional de Justiça 2016*. Brasília, DF, 2017. Disponível em: <<https://goo.gl/iSRu5w>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

_____. Resolução n 125, de 29 novembro de 2010. Disponível em: <<https://goo.gl/moFNPL>>. Acesso em 14 de junho de 2017.

_____. *Sumário Executivo Justiça em Números 2014: ano base 2013*. Brasília, 2014. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Sumário Executivo Justiça em Números 2015: ano base 2014*. Brasília, 2015. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____. *Sumário Executivo Justiça em Números 2016: ano base 2015*. Brasília, 2016. Disponível em: <goo.gl/TNzjbd>. Acesso em: 20 jun. 2017.

DAVIS, Edward P., Mediação no Direito comparado. p. 15-26. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DELGADO, José. Constitucionalidade da mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DIAS, José Carlos de Mello. Mediador: Uma experiência profissional. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DILLMANN, Alexandra Tewes; MALLMANN, Raul Bohnemberger; MARTINS, Janete Rosa. *Mediação Familiar à Luz dos Sentimentos*. XXIV *Seminário de Iniciação Científica Unijuí*. Ensaio Teórico, Disponível em: <<https://goo.gl/KxV6Yi>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria Geral do Novo Processo Civil*. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

DIREITO Matriz Curricular. Universidade Presbiteriana Mackenzie. Disponível em: <<https://goo.gl/mPxaKb>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

FALCÃO, J. Estratégias para a reforma do Judiciário. In: RENAULT, S. R., BOTTINI, P. (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Saraiva, 2005. (Comentários à Emenda Constitucional n. 45/2004).⁵⁶²

FARIA, Kamila Cardoso; DIAS, Luciano Souto. A mediação e a conciliação como mecanismos para a solução de conflitos no contexto do Novo Código de Processo Civil. *Periódicos Semana Científica do Direito UFES*, v. 3, n. 3. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/7q342n>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵⁶² CAMPOS, André Gambier. Sistema de Justiça no Brasil: Problemas de Equidade e Efetividade. *IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada*. Brasília, fev. 2008. Texto para Discussão nº 1328. ISSN 1415-4765. Disponível em: <<https://goo.gl/33jkb6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 26.

FARIAS, Juliana Guanaes Silva de Carvalho. Panorama da mediação no Brasil: avanços e fatores críticos diante do Marco Legal. *Revista Direito UNIFACS*, Salvador, n. 188, p. 1-19, fev. 2016. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://goo.gl/4CXKC1>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. Projeto Legislativo de Novo Código de Processo Civil e a crise da jurisdição. *Revista da Ejuse - Escola Judicial do Estado de Sergipe*, Aracaju, n. 20, 2014, p. 123-148. ISSN 2318-8642. Disponível em: <goo.gl/cJXqWd>. Acesso em: 20 jul. 2017.

FISHER, Roger; URY, William. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Imago, 2005.

GALANTER, Marc. “*Afterword: Explaining Litigation.*” In: *Law and Society Review*, n. 9, 1975.⁵⁶³

_____. “*Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change.*” (Por que só são beneficiados os que “tem”?) Especulações sobre os Limites da Reforma Judiciária). In: *Law and Society Review*, v. 9, 1974.⁵⁶⁴

GRINOVER, Ada Pellegrini. Deformalização do processo e deformalização das controvérsias. *Revista de Processo*, v. 12, 1987.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri. *Dicionário técnico jurídico*. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2011, ISBN 978-85-339-1749-1.

GUTIERREZ, Daniel Mota; CUNHA, Jânio Pereira da. Jurisdição Processual e Democracia: Advento da Audiência de Conciliação e de Mediação, Efetivação dos Meios Equivalentes e Acesso à Justiça. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, ano 13, n. 17, p. 108-131, jan./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/gydahe>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE OPINIÃO PÚBLICA E ESTATÍSTICA – IBOPE. ICS – Índice de Confiança Social 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/vcC7wd>>. Acesso em 19 jul. 2017, p. 7. Amostra com 2.002 entrevistados de municípios brasileiros.

LANDIM, Francisco Edson de Souza; GONDIM, Lílian Virgínia Carneiro. Mediação comunitária e a justiça humana: um elo efetivo da cultura de paz. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 98-111. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

LUCHIARI, Valeria Ferioli Lagastra. A mediação comunitária e a “lei” da comunidade. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 145-160. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

⁵⁶³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

⁵⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

MACEDO, Maria Fernanda Soares; FABIANI, Fernando; CAPANO, Evandro Fabiani. Acesso à justiça, mediação comunitária e o princípio da solidariedade: busca pela diminuição da violência com medida de exercício à cidadania e à dignidade humana. *Revista Jurídica do CESUCA*, Cachoeirinha, v. 3, n. 6, p. 90-108, dez. 2015, ISSN 2317-9554. Disponível em: <<https://goo.gl/KhCfa8>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. 2 ed., rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2014. ISBN 978-85-203-5006-5.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A Promessa de um Sistema Multiportas e a Inclusão da Mediação no Novo Código de Processo Civil. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 15-22, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017.

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma História do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009. 437 p.

MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

MORAIS, José Luis Bolzan. *Mediação e arbitragem, alternativas à jurisdição!* 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MOTTA, Carolina; VETORETTI, Gabriela Barboza; SPENGLER, Fabiana Marion. Políticas Públicas no tratamento de conflitos – Mediação. *Seminário de Iniciação Científica UNISC*, 2016. Resumo. ISSN 2176-4670. Disponível em: <<https://goo.gl/oXk7wY>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

NASCIMENTO, Dulce. Mediação de Conflitos na Área da Saúde: experiência portuguesa e brasileira. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, Brasília, v. 5, n. 3, p. 201-211, jul./set. 2016. Disponível em: <<https://goo.gl/kr6osj>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Credenciamento de mediador e honorários. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. Entre a promessa de efetividade da mediação: uma análise da mediação no contexto brasileiro. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 18, n. 115, jun./set. 2016. Disponível em: <goo.gl/uENLWu>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PACHECO, Nivea Maria Dutra. Mediação de conflitos: um novo paradigma. *Legis Augustus*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 89-101, jul./dez. 2015. Disponível em: <<https://goo.gl/UHKwTb>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PACHECO, Roberta do Carmo. A mediação de conflitos e o Novo CPC: comentários sobre os dispositivos do PL 8046/10. *Novos Direitos – Revista Acadêmica do Instituto de Ciências Jurídicas*, v. 2, n. 1, jan./jun. 2015. p. 29-49. ISSN: 2447-1631. Disponível em: <<https://goo.gl/UCtMit>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

PARKINSON, Lisa. *Mediação Familiar*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 77. *Apud* MENDES, Élio Braz. *Mediação Judicial: formação, teoria e práticas do mediador judicial*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito e Teoria Geral do Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

PEREIRA, Everton Machado; PEDROSO, Joseane Ceolin Mariani de Andrade. A mediação e a conciliação como política pública para a cultura de paz: uma análise à luz do Novo Código de Processo Civil. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/scw5Nr>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

PONJEMAN, Alejandro. *La mediación y la justicia estatal*. In: Congresso Internacional de Resolução Privada de Disputas. A Arbitragem e a Mediação no Contexto Socioeconômico do Século 21. Grupo de Pesquisa e Trabalho em Arbitragem, Mediação e Negociação da UnB. 2001. Palestra. Brasília: Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Disponível em: <www.arbitr.com.br>. Acesso em: 10 fev. 2002.⁵⁶⁵

PONTES, Viviane Aparecida Fernandes. *A tutela jurisdicional coletiva como instrumento do acesso à justiça*. 2008. 152 p. Dissertação (Mestrado em Direito)–Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2008. Disponível em: <<http://goo.gl/N5jL3Q>>. Acesso em: 21 mai. 2016.

POZZATTI JUNIOR, Ademar; KENDRA, Veridiana. Do conflito ao consenso: a mediação e o seu papel de democratizar o direito. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*, Santa Maria, v. 10, n. 10, 2015. p. 676-701. ISSN 1981-3694. Disponível em: <<https://goo.gl/QPAcF6>>. Acesso em: 20 jul. 2017, p. 699.

RASLAN, Alexandre Lima. Mediação como momento-instância legitimador da resolução de crises: do ambiente livre ao sistema prisional. *Mediação Comunitária*. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão/Jornal da Justiça/Cultura, Direito e Sociedade, 2014. (Coleção Global Mediation Rio), ISBN: 978-85-98144-46-7. p. 61-79. Disponível em: <<https://goo.gl/fUKL9g>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Gustavo de Almeida da; TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. O tratamento do conflito familiar pela mediação. In: XII SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 2015. *Anais...* Santa Cruz do Sul: Universidade de Santa Cruz do Sul, 2015. ISSN 2358-3010. Disponível em: <<https://goo.gl/X2sXeu>>. Acesso em: 23 jul. 2017.

⁵⁶⁵ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, p. 130.

SANTOS, Aline Sueli De Salles; CENTENO, Murilo Francisco. O Novo Código de Processo Civil e a Lei de Mediação: o incentivo à consensualidade na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*. Disponível em: <<https://goo.gl/h6gzUr>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

SANTOS, Saulo do Nascimento e GADENZ, Danielli. A conciliação e a mediação no Novo Código de Processo Civil: incentivo do estado ou violação do princípio da autonomia das partes? *Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, v. 10, n. 4, p. 2427-2456, set./dez. 2015. ISSN 1980-7791. Disponível em: <<https://goo.gl/4npG6d>>. Acesso em: 26 jul. 2017.

SILVA, Érica, Barbosa e. Profissionalização de Conciliadores e Mediadores. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 64-75, 2016. ISSN 2175-4462. Disponível em: <goo.gl/2iyQpw>. Acesso em: 20 jul. 2017.

TAKAHASHI, Bruno. De novo, os meios consensuais no Novo CPC. *Revista Científica Virtual ESA OAB/SP - Mediação e Conciliação*, São Paulo, ed. 23, p. 24-33, 2016. ISSN 2175-446.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. *Mediação em juízo*. São Paulo: LTr, 2004, ISBN 85-361-0571-2, 2004, ISBN 85-361-0571-2.

_____. O magistrado e a conciliação. *Boletim Informativo do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, ano 15, n. 159, jul. 2001. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/boletim>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. *Novo CPC – Fundamentos e sistematização*. 3 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WARAT, Luis Alberto. Ecologia, Psicanálise e Mediação. Tradução Julieta Rodrigues. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). *Em nome do acordo: A mediação no direito*. Florianópolis: ALMED, 1998.

WATANABE, Kazuo. Modalidade de mediação. In: DELGADO, José et al. *Mediação: um projeto inovador*. Corregedoria da Justiça Federal, *Série Cadernos do CEJ (Centro de Estudos Judiciários)*, Brasília, v. 22, 2003. Disponível em: <goo.gl/gNV9Xg>. Acesso em: 20 jul. 2017.