

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTOCOMPOSITIVA DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL: Uma alternativa
à Jurisdição Civil**

SAUL JOSÉ BUSNELLO

Itajaí(SC), 10 de julho de 2017

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTOCOMPOSITIVA DE
RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL: Uma alternativa
à Jurisdição Civil**

SAUL JOSÉ BUSNELLO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em
Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí –
UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título
de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Professor Doutor Cesar Luiz Pasold

Itajaí(SC), 10 de julho de 2017

AGRADECIMENTOS

A Deus, fonte de toda sabedoria e inspiração.

Ao Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí – UNIDAVI, pela oportunidade e apoio oferecidos, fundamentais para a concretização deste Mestrado em Ciência Jurídica.

Ao meu Orientador, Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, pela orientação, pelos ensinamentos transmitidos com humildade científica, e, pelo exemplo de dedicação, responsabilidade e sabedoria que lhe são peculiares.

Ao Professor Doutor Paulo Márcio Cruz, Coordenador do Mestrado em Ciência Jurídica do Programa de Pós-graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI, por todo o apoio e incentivo.

Aos Professores e colegas do Mestrado em Ciência Jurídica, pelo aprendizado e pela troca de experiências.

Aos funcionários do Mestrado em Ciência Jurídica, em especial a Jaqueline Moretti Quintero e Alexandre Zarske de Mello.

Aos meus familiares, amigos e amigas pelo apoio, incentivo e por compreenderem minhas ausências durante o desenvolvimento deste trabalho.

A todos que de alguma forma, direta ou indiretamente participaram da realização deste Sonho.

DEDICATÓRIA

À Carmelina Ignácio Busnello, esposa e companheira, por todos os momentos felizes que compartilhamos e pelo amor, carinho e confiança dedicados nos momentos difíceis.

Aos meus filhos Leonardo Bruno Ignácio Busnello e Vinícius Eduardo Ignácio Busnello, pelo amor, paciência, amizade e sorrisos cedidos durante a minha trajetória de vida.

Aos meus pais João Busnello (*in memoriam*) e Maria Lourdes Busnello, pelo apoio e amor incondicionais, e pela nobreza e magnitude de, apesar da sua grandeza, manterem-se humildes.

A todos aqueles que, como eu, sonham com mais justiça social.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí(SC), 10 de julho de 2017.

Saul José Busnello

Mestrando

PÁGINA DE APROVAÇÃO

(A SER ENTREGUE PELA SECRETARIA DO PPCJ/UNIVALI)

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

§	Parágrafo
§§	Parágrafos
ART.	Artigo
ARTS.	Artigos
CC/2002	Código Civil de 2002
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CP	Código Penal
CPC/2015	Código de Processo Civil de 2015 – Lei n. 13.105/2015
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e emendas constitucionais posteriores
LM	Lei de Mediação – Lei n. 13.140/2015
N.	Número
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal

ROL DE CATEGORIAS

Rol de categorias que o Autor considera estratégicas à compreensão do seu trabalho, com seus respectivos conceitos operacionais.

Acesso à Justiça

“Requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”¹

Autocomposição

“É a forma de solução do conflito pelo consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar o interesse próprio, no todo ou em parte, em favor do interesse alheio.”²

Conflito(s)

Pode ser entendido como a situação existente “entre duas ou mais pessoas ou grupos, caracterizado pela pretensão a um bem ou situação de vida e impossibilidade de obtê-lo.”³

Efetividade

“busca de elevados padrões de racionalidade, eficiência e de eficácia”.⁴

¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 12. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*. (itálicos no original)

² DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 167.

³ Conceito Operacional elaborado pelo autor da presente Dissertação no dia 16.01.2017, a partir de DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 177.

⁴ PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Lisboa: Chiado, 2017. p. 70.

Eficácia

“relação entre objetivo(s) pretendido(s) e objetivo(s) alcançado(s)”.⁵

Eficiência

“utilização máxima dos recursos técnicos disponíveis”.⁶

Estado

“Ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em determinado território”.⁷

Jurisdição

“É uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça.”⁸

Jurisdição Civil

É a que trata dos Conflitos de natureza contenciosa civil, no âmbito da Jurisdição comum interna, das Justiças Estadual e Federal, de 1º e 2º graus.⁹

Justiça

“É um ideal de equidade e de razão, é um sentimento, uma virtude, um valor.”¹⁰

Mediação

“Um meio geralmente não hierarquizado de solução de disputas em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro, o mediador – que deve ser apto,

⁵ PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Lisboa: Chiado, 2017. p. 69.

⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Personalidade e comunicação**. Lisboa: Chiado, 2017. p. 69.

⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.119.

⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131.

⁹ Este Conceito Operacional foi elaborado em conjunto pelo autor da presente Dissertação, com seu orientador, Professor Doutor Cesar Luiz Pasold, em reunião pessoal de orientação.

¹⁰ BARBOSA, Águida Arruda *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 77.

imparcial, independente e livremente escolhido ou aceito -, expõem o problema, são escutadas e questionadas, dialogam construtivamente e procuram identificar os interesses comuns, opções e, eventualmente, firmar um acordo.”¹¹

Mediador

“É uma pessoa selecionada para exercer o *munus* público de auxiliar as partes a compor a disputa. No exercício dessa importante função, ele deve agir com imparcialidade e ressaltar às partes que ele não defenderá nenhuma delas em detrimento da outra – pois não está ali para julgá-las e sim para auxiliá-las a melhor entender suas perspectivas, interesses e necessidades.”¹²

Ordenamento Jurídico

“Conjunto coordenado de normas.”¹³

Poder Judiciário

“Conjunto de órgãos destinados à administração da Justiça, que tem o poder de julgar, como função do Estado, aplicar a lei e zelar pelo seu fiel cumprimento.”¹⁴

Princípio(s)

“Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.”¹⁵

¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008. p. 36.

¹² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 90. (itálicos no original)

¹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. p. 21. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (itálicos no original)

¹⁴ TORRIERI GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2003. p. 431.

¹⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 747-748.

Sociedade

“Agrupamento de pessoas que mantêm entre si relações convencionais, políticas, econômicas, sociais, culturais, obedecendo a regras comuns de convivência, sob um ordenamento jurídico que as rege.”¹⁶

¹⁶ SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de; ANGER, Anne Joyce. **Dicionário Jurídico**. 6. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2002. p. 147.

SUMÁRIO

RESUMO.....	13
RESUMEN	14
INTRODUÇÃO	15
1 CONFLITO E OS MEIOS DE RESOLUÇÃO	18
1.1 CONFLITO: HISTORICIDADE, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS.....	18
1.2 ESPIRAIS DE CONFLITOS.....	30
1.3 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	34
1.4 COMPREENSÃO EXTENSIVA DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO	39
1.4.1 Autotutela	41
1.4.2 Autocomposição.....	44
1.4.2.1 Negociação	48
1.4.2.2 Conciliação	51
1.4.2.3 Mediação	53
1.4.3 Heterocomposição.....	56
1.4.3.1 Arbitragem	57
1.4.3.2 Jurisdição.....	61
2 FORMA ESTATAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JURISDIÇÃO CIVIL	65
2.1 JURISDIÇÃO: HISTORICIDADE E NOÇÕES GERAIS.....	65
2.2 ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO	74
2.2.1 Comum e Especial	76
2.2.2 Civil e Penal.....	78
2.2.3 Contenciosa e Voluntária	79
2.2.4 Inferior e Superior.....	82
2.2.5 Interna e Externa	84
2.3 A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO: INEFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL FRENTE AO EXCESSIVO NÚMERO DE DEMANDAS E À CRESCENTE COMPLEXIDADE SOCIAL	85
2.4 ORDENAMENTO JURÍDICO E ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES	96

3 MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTOCOMPOSITIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL.....	103
3.1 MEDIAÇÃO: SÍNTESE HISTÓRICA, INTERAÇÃO E CONCEITO	103
3.1.1 Histórico da Mediação no plano legislativo brasileiro	107
3.1.1.1 Interação entre a Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015) e a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação).....	110
3.1.2 Aspectos conceituais.....	114
3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA MEDIAÇÃO	116
3.3 MEDIAÇÃO: QUEBRA DE PARADIGMAS E TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA	124
3.4 MEDIAÇÃO: ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO CIVIL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E AO DEMOCRÁTICO ACESSO À JUSTIÇA.....	130
CONSIDERAÇÕES FINAIS	139
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	146

RESUMO

Esta Dissertação tem por objeto a Mediação como forma autocompositiva de resolução de conflitos no Brasil: uma alternativa à Jurisdição Civil. O seu objetivo é demonstrar se a Mediação, na condição de forma autocompositiva de resolução de Conflitos, apresenta-se como possível alternativa à Jurisdição Civil no Brasil. O Poder Judiciário está em crise, redundando na ineficiência da Jurisdição Civil frente ao excessivo número de demandas e à crescente complexidade social, colocando em risco a efetividade do processo e comprometendo a Cidadania. Não se fala apenas em segurança e celeridade da prestação jurisdicional, enfatiza-se também a necessidade do resgate da Ética e do bom relacionamento entre as partes. É necessária uma mudança de paradigma do modelo tradicional de resolução de Conflitos, que tem ênfase no litígio jurisdicional, para um modelo de pacificação social. É neste cenário, numa leitura contemporânea de Acesso à Justiça, que surgem as formas autocompositivas de resolução de Conflitos, notadamente a Mediação. A utilização da Mediação, neste contexto, não significa transigir com o direito à Jurisdição Civil, mas sim, possibilitar a fomentação deste meio cooperativo de pacificação social, ensejando que as próprias partes em Conflito construam, a partir dos seus reais interesses, o melhor acordo, com auxílio de um terceiro imparcial. Este, o Mediador, em diálogo constante e de modo econômico e eficiente. O Tema passa a ter efetiva importância no Brasil, com a edição da Resolução n. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 – Lei n. 13.105/2015 –, e da LM – Lei n. 13.140/2015 –. As Considerações Finais trazem em seu bojo a resposta à hipótese levantada, relatando a relevância do Tema. No que tange à metodologia, o Método utilizado na fase de Investigação foi o Indutivo. Na fase de Tratamento dos Dados, os Métodos Cartesiano e o Analítico Histórico, este último na perspectiva de Norberto Bobbio. Na publicização do resultado das análises, ou seja, no Relatório de Pesquisa, foi empregada a Base Lógica Indutiva. A Técnica de Pesquisa Bibliográfica foi a utilizada, nas fases devidas. A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição dentro da área de concentração Fundamentos do Direito Positivo.

Palavras-chave: Mediação; Conflito(s); Autocomposição; Jurisdição Civil; Acesso à Justiça.

RESUMEN

Esta disertación tiene por objeto la Mediación como forma autocompositiva de solución de conflictos en Brasil: una alternativa a la Jurisdicción Civil. Su objetivo es demostrar si la Mediación, en la condición de forma autocompositiva de solución de Conflictos, se presenta como posible alternativa a la Jurisdicción Civil en Brasil. El Poder Judicial está en crisis, redundando en la ineficiencia de la Jurisdicción Civil ante el excesivo número de demandas y a la creciente complejidad social, poniendo en riesgo la efectividad del proceso y comprometiendo así la Ciudadanía. No se habla solamente de seguridad y celeridad de la prestación jurisdiccional, se hace hincapié también en la necesidad del rescate de la Ética y de la buena relación entre las partes. Es necesario un cambio de paradigma en el modelo tradicional de solución de Conflictos, que pone el énfasis en el litigio jurisdiccional, hacia un modelo de pacificación social. Es en este escenario, en una lectura contemporánea de Acceso a la Justicia, que surgen las formas autocompositivas de resolución de Conflictos, especialmente la Mediación. La utilización de la Mediación, en este contexto, no significa transigir con el derecho a la Jurisdicción Civil, sino posibilitar la fomentación de este medio cooperativo de pacificación social, propiciando que las propias partes en Conflicto construyan, a partir de sus reales deseos, el mejor acuerdo, con el auxilio de un tercero imparcial. Este es el Mediador, en diálogo constante y de manera económica y eficiente. El tema pasa a tener efectiva importancia en Brasil con la edición de la Resolución n. 125/2010 del CNJ, del CPC/2015 – Ley n. 13.105/2015 – y de la LM – Ley n. 13.140/2015 – Las consideraciones Finales traen en su seno la respuesta a la hipótesis aportada, relatando la relevancia del Tema. En lo que se refiere a la metodología, el Método utilizado en la fase de investigación fue el inductivo. En la fase del Tratamiento de los Datos, los Métodos Cartesiano y Analítico Histórico, este último en la perspectiva de Norberto Bobbio. En la publicación del resultado del análisis, o sea, en el Informe de Investigación, se utilizó la Base Lógica Inductiva. Se utilizó la Técnica de Investigación Bibliográfica en las fases debidas. La presente Disertación pertenece a la línea de Investigación de Derecho y Jurisdicción.

Palabras clave: Mediación; Conflicto(s); Autocomposición; Jurisdicción Civil; Acceso a la Justicia.

INTRODUÇÃO

A presente Dissertação está inserida na Linha de Pesquisa Direito e Jurisdição dentro da área de concentração Direito e Jurisdição.

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, integrante do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ – da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

O seu objetivo científico é demonstrar se a Mediação, na condição de forma autocompositiva de resolução de Conflitos, apresenta-se como possível alternativa à Jurisdição Civil no Brasil.

Os objetivos específicos são: a) descrever Conflito, bem como as formas disponíveis à sua resolução: autotutela, autocomposição e heterocomposição; b) refletir sobre a atual situação de crise em que se encontra a forma heterocompositiva estatal de resolução de Conflitos no Brasil, a Jurisdição Civil; c) apresentar a Mediação como forma autocompositiva e possível alternativa à Jurisdição Civil na resolução de Conflitos no Brasil, e, como instrumento de pacificação social; d) Identificar a Mediação como instrumento apto a garantir o direito fundamental de acesso à justiça.

Na delimitação do tema levanta-se o seguinte problema: é a Mediação, como forma autocompositiva de resolução de Conflitos, uma possível alternativa à Jurisdição Civil no Brasil?

Para o equacionamento do problema levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que a Mediação, forma autocompositiva de resolução de Conflitos, apresenta-se como possível alternativa à Jurisdição Civil no Brasil.

Os resultados do trabalho de exame da hipótese está exposto na presente Dissertação, de forma sintetizada, como segue:

Principia-se, no Capítulo 1, intitulado “Conflito e os meios de resolução”,

abordando a historicidade, o conceito e os aspectos gerais do Conflito, bem como sua evolução, a qual propicia a denominada espiral de Conflitos. Na sequência, apresenta-se as formas de resolução de Conflitos numa compreensão extensiva: a Autotutela, a Autocomposição, composta por Negociação, Conciliação e Mediação, e a Heterocomposição, subdividida em Arbitragem e Jurisdição.

O Capítulo 2, intitulado “Forma estatal de resolução de Conflitos: a Jurisdição Civil”, trata da historicidade da Jurisdição, bem como dos aspectos gerais ligados a ela. Em seguida aborda as espécies de Jurisdição e o atual cenário de crise no Poder Judiciário brasileiro, apontando a ineficiência da Jurisdição Civil frente ao excessivo número de demandas e à crescente complexidade social, e ainda, considerações acerca do Ordenamento Jurídico e do Acesso à Justiça.

No Capítulo 3, intitulado “Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil”, explana-se a síntese histórica da Mediação no plano legislativo brasileiro, a interação entre a Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015) e a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação), bem como acerca dos aspectos conceituais doutrinários e legais do Instituto. Segue-se apresentando os Princípios informadores da Mediação e a necessidade de quebra de paradigmas com a consequente necessidade de transformação da cultura jurídica para que a Mediação seja eficaz no Brasil. Por fim, apresenta-se a Mediação como alternativa à Jurisdição Civil na resolução de Conflitos e no democrático Acesso à Justiça.

O presente Relatório de Pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da Dissertação, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil: uma alternativa à Jurisdição Civil.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação o Método¹⁷ utilizado foi o Indutivo¹⁸, na Fase de Tratamento dos Dados

¹⁷ É “forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 212.)

¹⁸ “base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”. (PASOLD, Cesar

o Cartesiano¹⁹ e o Método Analítico Histórico, este último na perspectiva de Norberto Bobbio²⁰, e, no presente Relatório de Pesquisa, é empregada a Base Lógica Indutiva²¹. Foram acionadas as técnicas do referente²², da categoria²³, dos conceitos operacionais²⁴, da pesquisa bibliográfica²⁵ e do fichamento²⁶.

Nesta Dissertação as categorias principais estão grafadas com a letra inicial em maiúscula e os seus conceitos operacionais são apresentados no glossário inicial. Também a palavra Sociedade²⁷, quando não estiver em transcrições literais, será grafada com o S em letra maiúscula.

Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 213.)

¹⁹ “base lógico-comportamental proposta por Descartes, muito apropriada para a fase de Tratamento dos Dados Colhidos, e que pode ser sintetizada em quatro regras: 1. duvidar; 2. decompor; 3. ordenar; 4. classificar e revisar. Em seguida, realizar o Juízo de Valor.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 212.)

²⁰ “conforme o qual há de se “observar cada problema de diversos ângulos” e, porque observa um objeto a partir de diversos ângulos, acaba “por não conseguir dar uma definição linear” e, pois, deixa convenientemente “a questão em aberto”, se descuidar da sua compatibilização com o “**método histórico**”. (PASOLD, Cesar Luiz. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008. p. 193. aspas e negritos no original)

²¹ Para aprofundamento do estudo sobre os métodos e técnicas nas diversas fases da Pesquisa Científica, consultar especialmente PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015. p. 85-111.

²² “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 217.)

²³ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma ideia.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 205.)

²⁴ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias expostas.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 205.)

²⁵ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 215.)

²⁶ “Técnica que tem como principal utilidade otimizar a leitura na Pesquisa Científica, mediante a reunião de elementos selecionados pelo Pesquisador que registra e/ou resume e/ou reflete e/ou analisa de maneira sucinta, uma Obra, um Ensaio, uma Tese ou Dissertação, um Artigo ou uma Aula, segundo Referente previamente estabelecido.” (PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática**. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 209.)

²⁷ A opção do autor da presente Dissertação para a adoção deste tipo de grafia se sustenta no seguinte argumento: “[...] se a Categoria **ESTADO** merece ser grafada com a letra E em maiúscula, muito mais merece a Categoria **SOCIEDADE** ser grafada com a letra S em maiúscula, porque, afinal, a SOCIEDADE é a criadora e mantenedora do Estado! Por coerência, pois, se a criatura/mantida (Estado) vem grafada com E maiúsculo, também e principalmente a criadora/mantenedora (Sociedade) deve ser grafada com o S maiúsculo!”. Conforme PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da**

CAPÍTULO 1

1 CONFLITO E OS MEIOS DE RESOLUÇÃO

1.1 CONFLITO: HISTORICIDADE, CONCEITO E ASPECTOS GERAIS

Os organismos vivos buscam a “homeostase dinâmica” (autorregulação), uma predisposição a manter seu estado e, concomitantemente, cumprir o ciclo vital de sua evolução. Em outras palavras, a comodidade de uma circunstância já conhecida, mesmo que traga algumas inquietações, se antepõe ao desconhecido de uma futura situação ainda não vivenciada que necessita sê-lo sob pena de se sucumbir ao comodismo e à não evolução. Há, deste modo, um Conflito atinente à vida, existente nos organismos, através do qual a evolução se processa.²⁸

O nascimento de uma criança é exemplo característico de um Conflito existente no ciclo vital: há a predisposição a manter-se no aconchego intrauterino, todavia a evolução requer que se enfrente o desafio de vir à luz, com todos os desconfortos ou mesmo confortos que isso ocasiona. Daí para frente, o Conflito não mais abandonará aquele ser, porque se encontra presente, de modo intrínseco, em suas relações e relacionamentos. “Falar de conflito é falar de vida”.²⁹

O ser humano, então, desde a sua fecundação já se encontra em processo de interação e passa toda sua vida convivendo e se relacionando com a família, comunidade e trabalho, através de trocas, comunicações e contatos o que poderá provocar divergências por percepções diferentes ou ideias contraditórias, o

Pesquisa Jurídica: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015, p. 175-176. (negritos e maiúsculas no original)

²⁸ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 27. (Coleção Primeiros Passos; 325).

²⁹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 27-28. (Coleção Primeiros Passos; 325).

que não significa basicamente a existência de Conflito.³⁰ No entendimento de Herácleitos, “... os contrários andam juntos”, “...a mais bela harmonia é feita de tons diferentes” e “... tudo nasce do antagonismo”.³¹

Escreveu o filósofo grego Aristóteles que “o homem é um animal político”³² (*zoon politikon*). Implica dizer que o homem é ser humano que está em constante adaptação e evolução, e que por natureza deve viver em Sociedade, sujeitando-se às regras estabelecidas por esta. Não se busca aqui fazer uma análise pormenorizada sobre a natureza do homem e do Estado, mas parece, em sucinta observação e em consonância com os dizeres do sábio filósofo grego, que o ser humano é dependente de outros seres e a relação estabelecida entre eles é fundamental para a sobrevivência e existência de ambos. Assim, aprende o homem a relacionar-se com os outros, cria vínculos, condutas e leis para que sua subsistência se concretize.

É possível afirmar que em muitas situações esta relação se torna complicada. A razão de tal imbróglio se manifesta em certas características pertencentes à própria espécie humana, tais como a de indagar, debater, discordar.³³ Frente a tais características pode-se deduzir ser praticamente impossível todos os seres direcionarem suas pretensões para um mesmo caminho. Dessa impossibilidade de todos os seres direcionarem suas pretensões para um mesmo sentido decorre um choque de pretensões distintas. Neste choque de pretensões, instaura-se na Sociedade o Conflito.

O viver em Sociedade acarreta o viver em Conflitos. Os bens livres e desimpedidos são de certa forma, limitados. Por outro lado as necessidades, os desejos, os interesses e pretensões são ilimitados. Surgem daí as permanentes disputas: dois indivíduos disputam o mesmo bem, ou um deles o pretende e o outro

³⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 108.

³¹ HERÁCLEITOS. Fragmento 8 da coletânea de Diels-Kranz, **Fragmente der Vorsokratiker**, v. I, 6. ed. Berlin, 1951, *apud* Aristóteles, **Ética a Nicômaco**, VIII, I. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 3. ed. c 1985, 1999. p. 154.

³² ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. p. 14. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor).

³³ MACHADO, Nivaldo. **Anotações filosóficas**. Blumenau: Nova Letra, 2015. p. 58.

resiste em abrir mão do mesmo.³⁴

De forma geral, se pode dizer que um Conflito é identificado quando um indivíduo, em Sociedade, se sente ameaçado na sua integridade, naquilo que possa constituir sua identidade ou em seus bens; quando de alguma forma há um desequilíbrio na satisfação de suas necessidades básicas³⁵, numa dinâmica que envolve sentimentos e interesses conflitantes³⁶.

Na esfera jurídica pode-se compreender o Conflito no sentido de disputa ou competição relacionada a determinado bem. Conflitos são caracterizados por circunstâncias nas quais uma pessoa, objetivando para si determinado bem, não pode obtê-lo – seja porque “(a) aquele que poderia satisfazer a sua pretensão não a satisfaz, seja porque (b) o próprio direito proíbe a satisfação voluntária da pretensão.”³⁷

O bem investigado enquanto objeto do Conflito, se relaciona a algo mensurável que tenha um valor determinado. Nos dizeres de Carnelutti “*bem é o ente capaz de satisfazer a uma necessidade do homem; bonum quo beatum, porque faz bem*”, e ainda se refere a bem como “...qualquer ente que seja objeto de direito”.³⁸

Pode-se então entender, a partir destes dizeres, que bem se traduz em algo apto a satisfazer a necessidade dos seres humanos.

Diante disso a ideia de “bem” aqui adotada deve ser interpretada não unicamente no aspecto mensurável de satisfação da necessidade patrimonial, mas também como bem da vida, no que se relaciona aos aspectos emocionais, pois na

³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 37.

³⁵ MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos**: pacificando e prevenindo a violência. 2. ed. São Paulo: Summus, 2003. p. 157.

³⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 109. (Coleção Saberes do Direito; 53).

³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20. (itálicos no original)

³⁸ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria Generale Del Diritto*. Roma: Foro it., 1940. p. 47 *apud* CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 109. (itálicos e negritos no original)

maioria das situações, os Conflitos são originados a partir deles.³⁹ No dizer de Luis Alberto Warat “os conflitos reais, profundos, vitais, encontram-se no coração, no interior das pessoas.”⁴⁰

Para Christopher W. Moore “O conflito parece estar presente em todos os relacionamentos humanos e em todas as sociedades”.⁴¹ Ao longo da história registrada se encontra evidências de disputas de bens entre cônjuges, filhos, pais e filhos, vizinhos, grupos étnicos e raciais, colegas de trabalho, superiores e subordinados, organizações, comunidades, cidadãos e seu governo e nações.

Evidencia-se que a evolução do Conflito ao longo da história e suas manifestações, variaram de acordo com as circunstâncias intersubjetivas, históricas, sociais, culturais e econômicas, tendo sido experimentada por nossos ancestrais nômades que viviam da caça, da pesca e da coleta de mantimentos, sendo o espaço teoricamente ilimitado e os recursos maleáveis. Não existiam classes sociais, estados⁴² ou hierarquias formais. Os Conflitos eram mediados pela comunidade, sob a coordenação de lideranças comunitárias. Imperava um tipo de direito pré-convencional, revelado, indiferenciado da religião e da moral. As relações humanas não se mostravam complexas e eram fortemente horizontalizadas.⁴³ Estudos recentes certificam que eram raros os atos conflituosos entre os nossos ancestrais nômades.⁴⁴

Com o transcorrer do tempo, as comunidades foram passando de nômades a sedentárias, tornando viável a sobrevivência por meio da agricultura e da pecuária, originando a denominada revolução agrícola. A partir daí, os mais fortes foram se apossando das terras produtivas e dos animais domesticáveis, amealhando riquezas e poderes, criando reinados e correntemente escravizando os povos

³⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 109-110.

⁴⁰ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 35.

⁴¹ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 2. ed. 1998. Título original: *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. p. 19 (itálicos no original)

⁴² Intencionalmente em letra minúscula, numa perspectiva anterior a Maquiavel. O Estado como o conhecemos hoje passou a ser concebido no final do Século XVI.

⁴³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 26-27.

derrotados em guerras de conquista. Isto ocorreu em épocas diferentes e com efeitos de variável intensidade.⁴⁵

A despeito deste contexto as práticas de Mediação e conciliação de Conflitos mantiveram-se, sendo conduzidas por chefes ou líderes que exerciam ascendência hierárquica neste processo. Tem-se notícia dessas práticas milenares desde as culturas confucionistas, budistas, hinduístas, judaicas, cristãs, islâmicas e indígenas.⁴⁶ Na China há cerca de 3000 anos, na dinastia Zhou de Oeste, já existiam postos oficiais designados como “Tiao Rien” (“mediador”).⁴⁷

Neste cenário, denota-se que o Conflito é um fenômeno que se constata desde os primórdios, já existindo quando noticiada pela primeira vez a vida em Sociedade, estando presente nos relacionamentos humanos. Dos ensinamentos de Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino se extrai que “[...] Qualquer grupo social, qualquer sociedade histórica pode ser definida em qualquer momento de acordo com as formas de Conflito e de cooperação entre os diversos atores que nela surgem. [...]”⁴⁸

O ser humano possui Dignidade própria, uma essência que o torna especial frente às demais espécies, bem como cada ser humano é único e especial. Mesmo frente a estas características o homem é fundamentalmente um ser que vive em Sociedade. “A história da espécie humana é, em grande medida, a história da sua civilização, de sua vida social.”⁴⁹

Tal Dignidade – traço substancial do homem, que o faz viver não apenas

⁴⁴ URY, William. **Chegando à paz**: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 54-66.

⁴⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 27.

⁴⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 27.

⁴⁷ DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. In: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 342. (aspas no original)

⁴⁸ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al. Coordenação de Tradução de João Ferreira. Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 11. ed. v. 1. 1998. Título original: *Dizionario di política*. p. 225 (itálicos no original)

⁴⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 37.

de acordo com seus instintos – o conduziu, na vida em Sociedade, a buscar formas de resolução de Conflitos que não fossem tão-somente instintivas. Nesta acepção, a história da civilização humana é, em grande parte, a história da evolução das formas encontradas pelos homens para resolução dos seus Conflitos. “Freud dizia que a civilização verdadeiramente se iniciou no dia em que um homem das cavernas, pela primeira vez, apenas dirigiu um insulto ao inimigo em vez de o furar com uma lança...”⁵⁰

Por fazerem parte da Sociedade os Conflitos lhe são por assim dizer inerentes, porém as disparidades existentes entre os seres nem sempre são destrutivas; o que se considera negativo é a falta de habilidade em lidar com as desavenças. Na verdade os Conflitos são inevitáveis em todas as idades do desenvolvimento do ser humano, contrastando só em número e força. Imprescindível é saber lidar com eles para não deixá-los dominar o contexto, provocando desta forma, destruição nos relacionamentos.⁵¹

A Sociedade, as comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam situações de Conflitos em um ou outro momento no processo diário de convivência. Estes, não necessariamente devem ser tidos por ruins, anormais ou disfuncionais. Pelo contrário, devem ser vistos como fatos da vida. Ocorrem quando as pessoas se envolvem em competições para atingir objetivos perseguidos ou fatos que lhe sejam incompatíveis. De outro vértice, o Conflito pode avançar além do comportamento competitivo, com fito adicional de impor dano físico ou psicológico a um contendor, até mesmo a ponto de tentar destruí-lo. É aí que a situação negativa e perniciosa do Conflito chega ao seu ponto máximo.⁵²

Por outro lado as disputas não necessitam seguir um rumo negativo. O Conflito pode levar ao crescimento e ser produtivo para as partes. Em geral, para

⁵⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

⁵¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 108.

⁵² MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 2. ed. 1998. Título original: *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. p. 5 (itálicos no original)

que isso possa acontecer, há dependência da habilidade dos partícipes em criar mecanismos eficientes para a resolução dos problemas de maneira cooperativa, bem como de sua capacidade de pôr de lado a desconfiança e a animosidade, trabalhando juntos seu Conflito e a disponibilidade de soluções que possam satisfazer – ao menos parcialmente – os interesses das partes.⁵³

É imperioso salientar que pessoas em Conflito nem sempre são capazes de otimizar processos efetivos no sentido de desenvolver por si só soluções integrativas, e, igualmente não sabem como lidar com obstáculos psicológicos que se contrapõe ao acordo. De maneira geral, precisam de ajuda para que isto se concretize. Neste sentido, dentre outros, se traduz a intenção colaborativa deste Trabalho.

O ser humano necessita de paz e tranquilidade interiores para sua sobrevivência. Deve reconhecer que onde há convívio ocorrem atritos, e que não é esquivando-se deles ou conflitando que vai ter as situações resolvidas. Agindo desta forma estaria se escondendo de si mesmo, ou criando uma verdade fictícia em sua defesa, na qual termina por acreditar, o que pode se tornar uma base falsa no alicerce de sua construção como indivíduo. É neste ponto que deve tomar consciência de que os Conflitos devem ser enfrentados, não permitindo que eles impeçam uma boa convivência entre seus pares.⁵⁴

Luis Alberto Warat alerta que não é relevante saber evitar ou suprimir o Conflito, pelo motivo de que este costuma ter consequências danosas e paralisadoras; o propósito é encontrar a forma de criar as condições que estimulem uma confrontação construtiva e vivificante do Conflito.⁵⁵

Warat, de outra parte, diz que os Conflitos jamais desaparecem, transmudam-se; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o Conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é aconselhável, frente a um Conflito

⁵³ MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 2. ed. 1998. Título original: *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. p. 5 (itálicos no original)

⁵⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 108-109.

pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se interiormente, então, o Conflito se dissipará (desde que todas as partes comprometidas façam a mesma coisa).⁵⁶

A contribuição da Mediação, objeto deste trabalho, é exatamente no sentido de desenvolver nas partes conflitantes uma nova forma de lidar com suas vidas, auxiliando na substituição da força pela razão, tentando evitar o aparecimento de enfermidades psicossomáticas, dificuldades sociais, ruptura de relacionamentos, violência, dentre outros, na busca da tão almejada pacificação social. Infelizmente, a violência em nossos dias é forma equivocada ainda utilizada na busca da solução para o desfazimento dos Conflitos. “[...] a violência é a forma primitiva, e ainda não totalmente extinta, de solução de conflitos de interesses individuais ou coletivos. É o predomínio da força”.⁵⁷

Por outro lado, a substituição da força pela razão, ao encorajar-se as pessoas a enxergarem de outra maneira os seus problemas, percebe-se de plano que elas passam a ver que os Conflitos permitem oportunidades de aprendizagem. Isso demonstra que o Conflito apresenta aspectos positivos, dependendo da forma com que vamos encará-lo; ainda que não fosse assim, ele é inevitável, uma vez que não há harmonia todo o tempo. Ao perceber que os Conflitos fazem parte da condição humana, verificamos que quanto mais ampliado for o olhar para esses Conflitos, com uma lente de aumento ou com a técnica do zoom, melhor será o entendimento e as formas de lidar com eles.⁵⁸

Outro importante aspecto a ser abordado diz respeito à conceituação de Conflito. É corrente na doutrina pátria que esta missão não é tarefa simples, pois requer a superação de ambiguidades terminológicas. A palavra tem origem no latim, com raiz etimológica na ação de chocar, sejam ideias, palavras, ideologias, valores ou até mesmo armas. Conectam-se à palavra Conflito os seguintes termos: rivalidade, oposição, desentendimento, agressividade, porém nenhuma delas é seu

⁵⁵ WARAT, Luis Alberto. Mediação, negociação e arbitragem empresarial no MERCOSUL. www.almed.com.br. p. 14 *apud* CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 109, *sic*.

⁵⁶ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 31.

⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

⁵⁸ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

sinônimo.⁵⁹

Conflito é um processo em movimento de convívio humano e choque de poder, onde uma das partes envolvidas busca suggestionar e qualificar o movimento da outra. Sendo assim, as forças confrontantes são dinâmicas, contendo em si mesmas o sentido de ação e se contrapondo umas sobre as outras.⁶⁰

Conflito pode ser definido como “[...] um conjunto de propósitos, métodos ou condutas divergentes, que acabam por acarretar um choque de posições antagônicas, em um momento de divergências entre as pessoas, sejam físicas, sejam jurídicas.”⁶¹ Para os autores o citado choque de posições é decorrente da compreensão de que a conjuntura vivenciada pela pessoa a deixa desconfortável e a faz requisitar a outra a possibilidade de mudança. Mudança é toda e qualquer modificação da realidade vivenciada naquele momento. Não há Conflito sem mudança. A mudança, ou a expectativa dela, leva ao Conflito, ainda que nem toda mudança acarrete um Conflito.⁶²

Ainda: Conflito é “o sentido de entrechoque de idéias ou de interesses em razão do qual se instala um embate ou uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas.”⁶³

Constata-se ainda que o conceito de Conflito pode variar de acordo com a perspectiva do tema estudado. Se tomada a Psicologia como exemplo verifica-se que a essência é o enfoque intrapessoal do Conflito, tido como vã tentativa do *ego* (eu) de frustrar o *alter* (outro). Desta feita o Conflito se dará no momento em que a ação do *ego* contrariar os interesses do outro, ainda que ausente a intenção de

⁵⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 2008. p. 21. (Coleção direito, política e cidadania; 19).

⁶⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 2010. p. 248.

⁶¹ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 35. (Coleção Primeiros Passos; 325).

⁶² SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 35. (Coleção Primeiros Passos; 325).

⁶³ PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. **Vocabulário jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 256. (*sic*)

prejudicá-lo ou agredi-lo.⁶⁴

Sob este prisma “denomina-se conflito o estado psicológico decorrente da situação em que a pessoa é motivada, ao mesmo tempo, para dois comportamentos incompatíveis. O conflito nasce precisamente da necessidade de se fazer uma escolha, uma opção.”⁶⁵ Observa-se aqui que a satisfação de um motivo leva automaticamente ao bloqueio e frustração do outro.

Já no Direito pode-se dizer que o Conflito “consiste em um enfrentamento entre dois seres ou grupos da mesma espécie que manifestam, uns a respeito dos outros, uma intenção hostil, geralmente com relação a um direito.”⁶⁶ Percebe-se que no meio jurídico Conflito é denominado também de ‘conflito de interesses’, pressupondo, ao menos, duas pessoas interessadas no mesmo bem. “Existe quando a intensidade do interesse de uma pessoa por determinado bem se opõe à intensidade do interesse de outra pessoa pelo mesmo bem, donde a atitude de uma é tendente à exclusão da outra quanto a este.”⁶⁷ Outras expressões, tais como controvérsia, disputa, lide ou litígio também são observadas.

Denota-se do até aqui exposto que os relacionamentos humanos são submetidos a constantes situações de Conflito, motivadas pela mais diferentes situações – posições, condutas, interesses etc – pois nem sempre o que desejamos é possível ou pode ser alcançado.

Nesta seara o Direito tem papel de destaque uma vez que exerce na Sociedade uma função ordenadora, coordenando os interesses que se manifestam no decorrer da vida em Sociedade, a fim de organizar a cooperação entre os indivíduos, compondo Conflitos que porventura vierem a se manifestar entre os seus

⁶⁴ SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 25 e ss. (itálicos no original)

⁶⁵ PISANI, Elaine Maria; BISI, Paulo Guy; RIZZON, Luis Antônio *et al.* **Psicologia geral**. 11. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992. p. 190.

⁶⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 2008. p. 22. (Coleção direito, política e cidadania; 19).

⁶⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 4.

membros.⁶⁸ Em seu sentido habitual, o Direito é um “*mecanismo tendente à regulação de conflitos*”⁶⁹.

O grande desafio é conduzir os envolvidos em um Conflito para que percebam nele a oportunidade de avançar rumo ao amadurecimento e ao fortalecimento de suas relações, permitindo a reaproximação das partes conflitantes.⁷⁰

Sun Tzu nos ensina que “O conflito é luz e sombra, perigo e oportunidade, estabilidade e mudança, fortaleza e debilidade. O impulso para avançar e o obstáculo que se opõe a todos os conflitos contêm a semente da criação e da desconstrução.”⁷¹

Ainda sobre o tema importante colacionarmos os dizeres de Gandhi. Para ele “é preciso ter disposição para enfrentar o conflito; dar ênfase positiva a ele, agir com base em convicções, e buscar sempre a transformação humana, de você mesmo e do seu oponente”.⁷²

Pelo até aqui exposto, torna-se possível compreender que o tratamento eficiente das disputas conflituosas é essencial, visto que a multiplicação do número de Conflitos em nossa Sociedade é uma realidade inegável e inexorável. “[...] fatores como o crescimento populacional, a urbanização, a internacionalização, a integração, a globalização, a especialização e a divisão do trabalho tendem ao aumento da interação, que resulta, também, em conflito potencial [...]”⁷³.

Ademais, aponta Alejandro Ponienman, que a Sociedade atual, tão hiperdinâmica, “requer, imperiosamente, a existência de um sistema jurídico e de métodos de resolver controvérsias que sejam igualmente ágeis, atualizados e

⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 27.

⁶⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 25. (itálicos no original)

⁷⁰ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

⁷¹ TZU, Sun. **A arte da guerra**. Tradução de Candida de Sampaio Bastos. São Paulo: DPL, 2009. Título original: *The Art of War*. p. 148. (itálicos no original)

⁷² GANDHI *apud* GALTUNG, Johan. **O caminho é a meta**: Gandhi hoje. São Paulo: Palas Athena, 2003. p. 124-125.

⁷³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 27.

idôneos para pacificar uma sociedade convulsionada”.⁷⁴

Fernanda Tartuce por sua vez explana que frente à constatação da potencial ocorrência de situações controvertidas, “revela-se essencial que o sistema jurídico contemple saídas para compor os impasses verificados, especialmente considerando-se a vedação geral à autodefesa.”⁷⁵

Moacyr Amaral Santos, diz que o Conflito

ameaça e perturba a paz social, pressuposto primeiro da existência próspera da sociedade humana, que, na sua organização, terá que servir-se de meio próprio para não só dirimi-lo, de modo definitivo, sempre que surja o conflito, como também preveni-lo na generalidade dos casos. É prevenindo e eliminando conflitos que a sociedade humana assegura a paz social, a ordem. Sem ordem não há sociedade.⁷⁶

Adequando-se aos padrões sociais, ajustando-se com as necessidades da Sociedade tem-se a possibilidade do uso da Mediação para resolução dos Conflitos, instituto pelo qual “os próprios contendores possam colaborar para o encontro de saídas consensuais com intuito de reorganização de suas posições.”⁷⁷ Corroborando com esta afirmativa tem-se que “a principal função da mediação é transformar situações cruciais de perigo iminente em oportunidade de mudança, buscando sempre os aspectos positivos dos conflitos”.⁷⁸

William Ury apresenta uma interessante metáfora sobre Conflito e Mediação. Para ele “construir pontes e canais para que os conflitos não virem catástrofes é o que se chama mediar”.⁷⁹ Conflito seria a água, à qual precisamos para viver e para progredir em Sociedade. No entanto, se houver água em demasia,

⁷⁴ PONIEMAN, Alejandro. *Advocacia: uma missão possível*. Tradução de Ângela Oliveira. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999. p. 126.

⁷⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 28.

⁷⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 5.

⁷⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008. p. 29.

⁷⁸ NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação: o conflito e a solução**. São Paulo: Artepaubrasil, 2009. p. 37.

tem-se que construir canais para se evitar catástrofes. Um desses canais seria a Mediação, objeto deste trabalho.

1.2 ESPIRAIS DE CONFLITOS

O Conflito tem início com uma determinada ação. Se neste momento inicial ocorrer um diálogo assertivo, com exposição dos pontos controversos e das necessidades, tudo poderá ser solucionado com uma relação franca e aberta. Do contrário, a reação inicial pode levar a uma contrarreação, mais lancinante, que por sua vez poderá produzir uma outra ação e assim prosseguir num círculo vicioso de comportamentos recorrentes que envolvem ação-reação.⁸⁰

A partir deste momento passa-se da discordância inicial para o antagonismo entre as partes envolvidas. “Deixam de olhar o fato e começam a prestar atenção na outra pessoa, nos seus defeitos, fraquezas, e passam a utilizar-se de táticas mais pesadas, com avaliações negativas às pessoas, ofensas, entre outras.”⁸¹

Isso nos leva a entender que há uma crescente escalada nas relações conflituosas, resultantes de um círculo vicioso de ação e reação. Nesta progressiva escalada cada reação torna-se mais severa do que a ação que a antecedeu, originando por consequência uma nova questão ou ponto de disputa. Tal modelo é denominado de espirais de Conflitos ou escalada de Conflitos.⁸²

Para André Gomma de Azevedo, com o crescimento do Conflito “as suas causas originárias progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento em que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que

⁷⁹ URI, William. **Supere o não**: negociando com pessoas difíceis. São Paulo, Best Seller, 1991 *apud* OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 148.

⁸⁰ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 149.

⁸¹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

⁸² AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 44.

imediatamente antecedeu sua reação.”⁸³

O Conflito normalmente tem início num pequeno desentendimento que, dependendo da habilidade e flexibilidade na comunicação entre as partes que se desentenderam, pode vir ou não a se transformar numa controvérsia, que por sua vez desaguará no Conflito, agora como franca disputa.⁸⁴

Diante destas colocações, tem-se a percepção de que quanto mais cedo ocorrer a intervenção na tentativa de pacificar o Conflito, mais brando e mais fácil será. No entanto, é mais comum que as pessoas procurem o Mediador quando os Conflitos entre elas já se transformaram numa disputa.

Neste sentido Malvina Ester Muszkat enuncia que “A idéia de que sentimentos negativos são “feios” e de que “somos, afinal, seres racionais” justifica uma postura defensiva que permite que os conflitos “azedem” antes de tomarmos alguma providência.”⁸⁵

Outra ilustração, interessante e ao mesmo tempo exemplificativa, de espirais de Conflito seria o caso hipotético de uma pessoa que, desgostosa com a atitude do seu vizinho em depositar entulhos no seu terreno ingressa com uma demanda judicial a fim de que o vizinho cesse tal ato.

⁸³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 44-45. (Exemplifica o autor à p. 45: “se em um dia de congestionamento, determinado motorista sente-se ofendido ao ser cortado por outro motorista, sua resposta inicial consiste em pressionar intensamente a buzina do seu veículo. O outro motorista responde também buzinando e com algum gesto descortês. O primeiro motorista continua a buzinar e responde ao gesto com um ainda mais agressivo. O segundo, por sua vez, abaixa a janela e insulta o primeiro. Este, gritando, responde que o outro motorista deveria parar o carro e “agir como homem”. Este, por sua vez, joga uma garrafa de água no outro veículo. Ao pararem os carros em um semáforo, o motorista cujo veículo foi atingido pela garrafa de água sai de seu carro e chuta a carroceria do outro automóvel. Nota-se que o conflito desenvolveu-se em uma espiral de agravamento progressivo das condutas conflituosas. [...] nesse modelo de espiral de conflitos ambos são, ao mesmo tempo, vítima e ofensor ou autor do fato.”) (aspas no original)

⁸⁴ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 3. ed. rev. São Paulo: Summus, 2008. p. 29. (Exemplifica a autora às p. 29-30: “**A** diz algo para **B** rispidamente porque está assoberbado e tenso. **B** se ofende, mas não replica. Não ocorre a **A** pedir desculpas a **B**, que por sua vez não diz que está humilhado. **B**, irritado com a falta do pedido de desculpas, começa a boicotar **A**, que não entende o que está se passando, mas ao mesmo tempo acha que pode ser apenas impressão sua. Este pequeno incidente vai provocando ressentimentos cada vez maiores em ambos os indivíduos, até desaguar em um esfriamento da comunicação entre **A** e **B**, podendo chegar a um rompimento definitivo.” (negritos no original)

Para atingir tal objetivo deverá, primeiramente, procurar um advogado, o que implicará em honorários com o advogado e custas judiciais. O advogado protocola a petição e o vizinho é citado. Quando percebe que a citação se refere à pessoa que mora ao lado vai imediatamente buscar uma satisfação. Tal pessoa e seu vizinho discutem de forma ríspida. Em meio à discussão o filho da pessoa chega em casa do trabalho e percebe que alguém está discutindo com ela. No calor do momento, o jovem desfere um golpe contra o vizinho. A mulher do vizinho atingido percebe a algazarra e se desloca até o local para defender seu marido ao passo que a pessoa busca controlar e acalmar seu filho.

Desta narrativa fictícia percebe-se que o simples fato de despejar entulhos em local inapropriado gerou um mal à Sociedade, podendo-se afirmar que o escalonamento de Conflitos tem se tornado uma doença dentro de uma complexa e dinâmica Sociedade.

Nas espirais de Conflitos, de maneira crescente cada reação passa a ser mais hostil do que a que a antecedeu e a confiança sofre considerável deterioração. Amealham-se desentendimentos, perde-se os contatos pessoais e a comunicação, numa dinâmica que conduzirá a uma escalada de condutas conflituosas. A partir deste ponto o Conflito sai do controle. De um Conflito interpessoal no mais das vezes simples, ele passa a envolver pessoas e grupos. Dos fatos passaremos às versões. Extraí-se daí que se buscarmos a recontextualização ou a ressignificação do Conflito teremos dificuldades de identificar quem é o ofensor e quem o ofendido, pois passam a ser os dois ao mesmo tempo, inclusive com ampliação das questões e dos pontos de disputa, numa polarização ampla do Conflito.⁸⁶

De acordo com Luis Alberto Warat não é o Conflito, em si mesmo, mas como lidamos com ele, que nos cria dificuldades, desencadeando as espirais de Conflitos. Para o autor “um conflito é um catalisador que precipita uma série de respostas e conseqüências enlaçadas, que podem ser deliciosas emergências vitais

⁸⁵ MUSZKAT, Malvina Ester. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 3. ed. rev. São Paulo: Summus, 2008. p. 30. (*sic*, itálicos e aspas no original)

⁸⁶ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

ou explosivos trajetos de desencontros e neuroses”.⁸⁷

Ainda, acerca da escalada de Conflitos, temos que é um típico exemplo do denominado “efeito-borboleta”, assim denominado pela teoria da complexidade, na qual pequenas ações – causas – podem desencadear expressivos resultados – efeitos –. Segundo Antonio Carlos Ozório Nunes existem outras causas significativas além do efeito-borboleta, que contribuem para o progresso da escalada de Conflitos. Assim se manifesta o autor:

Muitas são as causas que levam a uma escalada, além do citado efeito-borboleta. Podemos lembrar algumas: a nossa pouca tradição para o diálogo franco e aberto; o conflito distancia as partes e a comunicação se torna mais falha; o conflito se estende e dura mais do que deveria e a resolução demora a vir; aumentam-se as provocações e os insultos entre as partes, que ferem os sentimentos e as autoestimas das pessoas; há o recrudescimento da raiva e da vingança; o conflito passa a ter o envolvimento de outras pessoas. Em suma, os pontos de vista e as condutas se polarizam. A polarização significa a institucionalização do conflito.⁸⁸

Denota-se do exposto que as pessoas envolvidas em Conflitos têm responsabilidade nas espirais (escaladas) de Conflitos, e por isso também devem buscar caminhos para resolvê-los. Cabe ao Mediador, no protagonismo dado às partes, conduzi-las a esse processo. O processo de enfrentamento (competição) é de ganha-perde e o de cooperação é de ganha-ganha. Na busca da cooperação é imperativo que o Mediador mostre às partes várias opções para o atendimento dos diversos interesses colocados em questão, partindo sempre das possibilidades por elas apresentadas.

Acerca da relação entre cooperação e competição no processo de resolução de Conflitos, colaciona-se os dizeres de André Gomma de Azevedo:

[...] a relação de cooperação com competição em um processo de resolução de disputas não deve ser tratada como um aspecto ético da conduta dos envolvidos e sim por um prisma de racionalidade voltada à otimização de resultados. Isto é, se em uma relação continuada uma das partes age de forma não cooperativa, esta

⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 124. (sic)

⁸⁸ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 150.

postura deve ser examinada como um desconhecimento da forma mais eficiente de ação para seu conflito – seja por elevado envolvimento emocional, seja pela ausência de um processo maduro de racionalização.

[...] pode-se afirmar que nas dinâmicas conflituosas de relações continuadas [...] as partes têm a ganhar com soluções cooperativas. Merece destaque também que, por um prisma puramente racional, as partes tendem a cooperar não por razões altruístas mas visando a otimização de seus ganhos individuais.⁸⁹

Com o entendimento de que as relações normalmente são continuadas o equilíbrio se faz necessário, podendo surgir um acordo como mera consequência, tendo em vista a possibilidade de um diálogo mais aberto e desarmado quando se está ciente de que o desfecho da espiral de Conflitos somente se configura pleno com a inversão da competição por cooperação contínua entre as partes.

1.3 FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Não se encontrando uma ordem social plena, sem qualquer tipo de desarmonia ou de Conflito, o que se busca é a superação de uma condição caótica que inviabilize a convivência entre as pessoas, vez que, nem sempre nem em todo o tempo os indivíduos agem de acordo com o esperado, ocorrendo desvios de conduta. A Sociedade então se vê diante da necessidade de utilizar formas para prevenir, resolver, ou impedir a manifestação desses comportamentos desviantes.⁹⁰

Sob a ótica de Moacyr Amaral Santos “Compor a lide é resolver o conflito segundo a ordem jurídica, restabelecendo-a”.⁹¹

⁸⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 62-63.

⁹⁰ DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

⁹¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 9. (o destaque sublinhado é do autor da presente Dissertação)

No dicionário De Plácido e Silva encontramos o significado da palavra resolução: “**RESOLUÇÃO**. Do latim *resolutio*, de *resolvere* (resolver, deliberar, romper, rescindir, satisfazer, pagar), é empregado, na terminologia jurídica, em várias acepções. [...]”.⁹² Para fins deste trabalho adotamos a palavra resolver, no sentido da busca de solução para o(s) Conflito(s).

E para melhor elucidação, o mesmo dicionário nos traz o significado da palavra solução: “**SOLUÇÃO**. Do latim *solutio*, de *solvere* (desunir, livrar, resgatar), tem o vocábulo aplicação, na linguagem jurídica, em várias significações: *resgate*, *pagamento*, *decisão*, *desenlace*, resolução, *decifração*. [...]”.⁹³

Já para Antônio Houaiss e Mauro de Salles Villar, a palavra resolver significa “**1** decompor(-se) nos elementos constituintes **2** tomar determinação (sobre); decidir(-se) **3** descobrir, dar ou ser a solução para; solucionar [...]”.⁹⁴

Dos ensinamentos de Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce, extrai-se que “Ao mencionar as formas de lidar com os conflitos fala-se usualmente em “resolução” e “solução”, expressões que representam o ato ou efeito de “solver”, de responder a uma questão e pôr fim a algo.”⁹⁵

Niceto Alcalá-Zamora y Castillo leciona que uma vez percebido o Conflito entre dois polos distintos e contrapostos de interesses, sua resolução poderá ser obtida de duas formas: através da conduta dos próprios conflitantes ou por intermédio de decisão impositiva de um terceiro. O autor elenca como formas de resolução de Conflitos:

[...] *proceso, autocomposición y autodefensa* se nos presentan, pues, como las três posibles desembocaduras del litigio (*AD. d*); pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que

⁹² SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005. p. 1220. (negritos e itálicos no original; o destaque sublinhado é do autor da presente Dissertação)

⁹³ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005. p. 1324. (negritos e itálicos no original; o destaque sublinhado é do autor da presente Dissertação)

⁹⁴ HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 650. (negritos no original; o destaque sublinhado é do autor da presente Dissertação)

⁹⁵ GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 8. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34). (aspas no original)

presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.
[...]⁹⁶

Associando os ensinamentos do autor mexicano à terminologia jurídica brasileira, temos três formas de resolução de Conflitos, aqui apresentadas de forma introdutória, sendo abordadas numa compreensão extensiva e conjuntamente com suas espécies no próximo tópico deste trabalho. São elas: Autotutela, Autocomposição e Heterocomposição. “[...] os meios de solução dos conflitos podem ser classificados em autotutela, autocomposição e heterocomposição”.⁹⁷

Corroboram neste sentido as colocações de Marcus Orione Gonçalves Correia:

[...] o sistema da solução dos conflitos é composto pela autodefesa, pela autocomposição e pela heterocomposição. Pela autodefesa, nas modalidades permitidas por lei, um dos conflitantes impõe ao outro a decisão do conflito por ação direta. Pela autocomposição, os conflitantes, de comum acordo, solucionam o caso da melhor forma. Pela heterocomposição, os sujeitos entregam a terceiros a resolução do litígio, submetendo-se à decisão destes.⁹⁸

Antonio Carlos Ozório Nunes alerta sobre a importância de refletir sobre os radicais gregos *auto*, relativo ao “eu” ou a si próprio, enquanto *hetero* traz a ideia de outro, de diferente. Para o autor, compreendê-los nos auxilia a entender melhor as expressões a eles ligadas: autotutela e heterotutela; Autocomposição e

⁹⁶ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: Contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 13. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>>. Acesso em: 11 out. 2016. (itálicos no original) “[...] processo, autocomposição e autodefesa nos são apresentados, pois, como as três possíveis desembocaduras do litígio; mas isso não significa que se encontram no mesmo plano, nem que apresentam as mesmas vantagens e nem que necessariamente se repelem” (tradução livre do autor da presente Dissertação).

⁹⁷ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011. p. 46.

⁹⁸ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 7. (autodefesa é termo utilizado pelo autor para se referir à autotutela)

heterocomposição.⁹⁹

Segundo a concepção de José Luis Bolzan de Moraes na autotutela, um dos envolvidos no Conflito, por intermédio da utilização da força, impõe ao oponente sua versão de solução a ser adotada. “Em face disto, os conflitos ocorridos entre as pessoas eram resolvidos instintivamente, ou seja, a parte interessada em satisfazer seu direito buscava sua satisfação através do uso da força, impondo sua vontade ao outro.”¹⁰⁰

Discorrendo acerca da divisão das formas de resolução de Conflitos, Antonio Carlos Ozório Nunes nos ensina:

Dividem-se em meios heterocompositivos e autocompositivos: aqueles são prestados através de terceiros, seja pela tutela jurisdicional (juiz ou tribunal) ou por um árbitro; nestes as próprias partes constroem a solução para os seus conflitos, através do consenso direto (negociação); com a ajuda de um terceiro interveniente e facilitador (conciliação), ou com o apoio de um terceiro assistente e facilitador (mediação).

E prossegue:

A junção das opções dos sistemas hetero e autocompositivos forma um importante guarda-chuva, um sistema multiportas, que se complementa e permite ao cidadão a escolha daquele meio que for mais adequado à solução do seu conflito, conforme as particularidades e especificidades de cada caso.¹⁰¹

Neste sentido destaca-se o art. 1.º da Resolução n. 125 do CNJ –, de 29/11/2010, com redação dada pela Emenda n. 1, de 31/01/2013, e, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento dos Conflitos de interesses, cujo objetivo é assegurar a todos “o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua

⁹⁹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

¹⁰⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 117.

¹⁰¹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 38.

natureza e peculiaridade”.¹⁰²

Estas transformações em progresso na área cível¹⁰³ ocorreram igualmente na área criminal, de maneira que, indubitavelmente, novas formas de lidar e solucionar Conflitos serão integradas e/ou revigoradas também nesse sistema, como a Mediação Penal, a Justiça Restaurativa, entre outros. “É a preparação para uma Justiça do novo milênio”.¹⁰⁴

Neste cenário, ocupam papel de destaque enquanto formas autocompositivas de resolução de Conflitos no âmbito civil, a Negociação, a Conciliação e particularmente a Mediação, objeto deste trabalho. Esta última revela de forma particular a pretensão de que os Conflitos sejam solucionados a partir da aproximação dos oponentes e da reelaboração da situação conflitiva. Supõe a possibilidade de uma sublimação do Conflito partindo-se do comprometimento das partes com o conteúdo da solução por elas elaborada diante do enfrentamento que travam entre si.

Corroborando com este posicionamento, José Luis Bolzan de Moraes enfatiza que,

Neste caso, a solução do conflito provem não de uma intermediação externa pela autoridade do Estado-Juiz ou do árbitro que diga a sentença, mas de uma confrontação explícita de pretensões, interesses, dúvidas, perplexidades, etc., que permita às partes, neste processo de troca, ascender a uma solução consensuada, apenas mediada pela figura de um terceiro cujo papel é o de facilitar os intercâmbios, e não o de ditar a resposta (sentença), que vem previamente definida no texto legislado pelo Estado, e cuja aplicação está encarregado o Poder Judiciário, no caso da jurisdição, ou que é definida pelo árbitro a partir das opções originárias dos envolvidos, no caso da arbitragem.”¹⁰⁵

¹⁰² BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução n. 125, de 29 de Novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 out. 2016. “Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.”

¹⁰³ Objeto de interesse deste Trabalho.

¹⁰⁴ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação:** guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

Para o autor, a Mediação compõe esta forma, apresentando-se como “um procedimento em que não há adversários, onde um terceiro neutro ajuda as partes a se encontrarem para chegar a um resultado mutuamente aceitável, através de um esforço estruturado”.¹⁰⁶

No que diz respeito às formas heterocompositivas de resolução de Conflitos temos a Jurisdição¹⁰⁷, na qual o Conflito é decidido de forma impositiva por um terceiro, o juiz, e a Arbitragem, forma na qual igualmente um terceiro eleito pelas partes, o árbitro, impõe uma decisão. “São ditos, ambos, heterônomos, pois se assentam na atribuição a um terceiro do poder de dizer/ditar a solução/proposta, seja através do monopólio público estatal, seja através da designação privada.”¹⁰⁸

Do exposto, denota-se que “o sistema de solução dos conflitos em geral não se cinge apenas à análise da atuação jurisdicional [...]”¹⁰⁹, mas também às outras alternativas aqui apresentadas, e, a seguir abordadas de forma mais específica.

1.4 COMPREENSÃO EXTENSIVA DAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSIÇÃO E HETEROCOMPOSIÇÃO

As formas de resolução de Conflitos encontram-se inseridas num conjunto de meios de que o Ordenamento Jurídico dispõe para colocar fim às controvérsias em geral.¹¹⁰ Como visto temos a Autotutela, a Autocomposição e suas formas – Negociação, Conciliação e Mediação –, e, a Heterocomposição, desmembrada em Jurisdição e Arbitragem.

Resta evidente que o acesso ao Poder Judiciário não é a única forma que

¹⁰⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 116-117.

¹⁰⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 135.

¹⁰⁷ Notadamente a Civil, foco de interesse deste trabalho.

¹⁰⁸ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p. 134.

¹⁰⁹ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 5-6.

se pode buscar frente à necessidade da resolução dos Conflitos. Há outros mecanismos a serem considerados pelas partes envolvidas, denominados de “meios extrajudiciais de resolução de Conflitos”¹¹¹ utilizados como alternativas à Jurisdição: Negociação, Conciliação e Mediação enquanto formas autocompositivas e a Arbitragem enquanto forma heterocompositiva.¹¹²

De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini,

Os métodos extrajudiciais de solução de conflitos, são aqueles, como o próprio nome denuncia, que prescindem da atuação do Poder Judiciário para que o litígio entre as partes seja dirimido.

Tais métodos, em especial a conciliação, a mediação e a arbitragem, possuem como vantagem, em muitos casos, possibilitar uma verdadeira composição da lide, de forma mais célere e menos custosa, tanto emocional quanto financeiramente.¹¹³

No entendimento de Lília Maia de Moraes Sales “A mediação, a negociação, a conciliação e a arbitragem são meios alternativos de solução de conflitos.”¹¹⁴ O termo “alternativos” não se limita à compreensão de alternativas à Jurisdição tomando-se em consideração os incontáveis problemas pelos quais passa o Poder Judiciário, mas sim como alternativas à Sociedade para a solução dos

¹¹⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹¹¹ Expressão comumente utilizada pelos autores pesquisados. Outras nomenclaturas são utilizadas, a exemplo das citadas por Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce: “*alternative dispute resolution* (usando-se a sigla no plural: “ADRs”), resolução alternativa de disputa” (com sigla em português “RAD”) e meios alternativos de solução de conflitos (“Marcs”). (GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 9. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34). (itálicos e aspas no original) e Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, para os quais denomina-se de “métodos extrajudiciais de solução de conflitos”. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 114.)

¹¹² Osvaldo Agripino de Castro Júnior afirma que as formas de resolução de Conflitos, que ele denomina de “Métodos de Resolução de Conflitos”, embora semelhantes, são institutos diferentes, sendo muitas vezes confundidos entre si. Para uma melhor compreensão de tais métodos, apresenta um quadro com as principais características diferenciadoras entre os não adversariais (autocompositivos) e os adversariais (heterocompositivos). Neste sentido veja CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial**. Brasília: OAB Editora, 2004. p. 91.

¹¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 114.

Conflitos. Tal termo é utilizado usualmente para denominar as formas de resolução de Conflitos que não a tradicional, o Poder Judiciário. O termo seria interpretado até mesmo como forma de resolução de segunda categoria, menor efetividade ou credibilidade.¹¹⁵ Para fins deste Trabalho o termo “alternativos” será utilizado para designar caminhos, possibilidades.

Cada uma das formas de resolução de Conflitos abordadas em seguida possuem características próprias que as diferenciam umas das outras. Incumbe às pessoas conhecê-las e buscar a mais adequada ao seu problema. O importante nesta distinção é que a cada tipo de Conflito se adapte uma solução. Não há que se falar em comparações de mérito entre elas, tendo em vista que uma não é melhor do que a outra, apenas se revela mais adequada a determinados tipos de Conflitos.

1.4.1 Autotutela

Nos estágios primitivos da civilização dos povos não existia um Estado forte o bastante para suplantar os ímpetos individualistas dos indivíduos, que impusesse o direito acima da vontade dos particulares. Não só não existia um órgão estatal que, com soberania e autoridade, assegurasse a efetivação do direito, como também não haviam leis – normas abstratas impostas pelo Estado aos indivíduos –. Neste cenário, quem tivesse por pretensão algo que outrem o impedisse de obter, deveria de, com sua própria força e na medida dela, obtê-lo. Predominava a Autotutela ou “Autodefesa”¹¹⁶, e hoje, encarando-a sob o prisma da cultura hodierna, percebe-se o quanto era inconsistente e aleatória, vez que não garantia a Justiça, mas a vitória do mais forte, mais esperto ou mais destemido sobre o mais fraco ou

¹¹⁴ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 40.

¹¹⁵ SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 40.

¹¹⁶ “O vocábulo “autodefesa” é formado pelo prefixo “auto”, que significa “próprio”, e pelo substantivo “defesa”, traduzindo a *defesa que alguém faz de si mesmo.*” (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 7. (aspas e itálicos no original)

mais retraído.¹¹⁷

E sob a ótica dos autores, “são fundamentalmente dois os traços característicos da autotela: a) ausência de juiz distinto das partes; b) imposição por uma das partes à outra”.¹¹⁸ Ainda, na Autotutela, o que impõe ao oponente uma solução “não cogita de apresentar ou pedir a declaração de existência ou inexistência do direito; satisfaz-se simplesmente pela força (ou seja, realiza a sua pretensão).”¹¹⁹

Da lição de Marcus Orione Gonçalves Correia extrai-se que “a princípio, o direito repudia a forma autodefensiva de solução de conflitos, já que se trata de resquício da indesejada “justiça pelas próprias mãos”. ”¹²⁰

Desta forma de resolução de Conflitos redundava uma solução egoísta e parcial, resultado da imposição da vontade de apenas um dos conflitantes. Por isso mesmo não é normalmente permitida nos ordenamentos jurídicos civilizados. Pelo contrário, no Brasil no mais das vezes é tipificada como crime, a exemplo do enunciado no art. 345 do CP¹²¹. Veja-se: “Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei permite: Pena – Detenção, de quinze dias a um mês, ou multa, além da pena correspondente à violência. [...]”¹²²

Denota-se do exposto no dispositivo do referido diploma legal, na expressão “salvo quando a lei permite”, haver exceções nas quais o exercício da Autotutela não resulta em crime, a exemplo e sem prejuízo de outros, do estado de

¹¹⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

¹¹⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21.

¹¹⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

¹²⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹²¹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 114-115.

¹²² BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

necessidade, previsto no art. 23 *caput* e inciso I cumulado com art. 24 *caput* e §§ 1º e 2º –, da legítima defesa, art. 23 *caput* e inciso II cumulado com art. 25 *caput* –, e, quando o agente age em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito, art. 23 *caput* e inciso III. Salienta-se que mesmo nestas hipóteses excepcionalmente permitidas pelo art. 23 e seus incisos, o agente responde pelo excesso doloso ou culposo, conforme destacado no Parágrafo Único do citado artigo.

Nos dizeres de Petrônio Calmon Filho, “[...] no direito executivo, prevalece o princípio da autoexecutoriedade dos atos administrativos; no direito do trabalho, são lícitas a greve, o *lockout*, a rescisão indireta e a punição dos empregados”.¹²³

Já, no Direito Civil, de igual forma há situações excepcionais que autorizam a utilização da Autotutela. Sem a pretensão de esgotar o tema, destaca-se o art. 188 *caput* e inciso I do CC/2002¹²⁴ que prevê não constituírem atos ilícitos a legítima defesa e os praticados no exercício regular de direito reconhecido, e, o previsto no inciso II, que autoriza a remoção de perigo iminente quando em risco a deterioração ou destruição da coisa alheia ou a lesão a pessoa. Neste último caso será legítimo o ato quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, sem que o agente exceda os limites do indispensável para a remoção do perigo que se apresenta –. E, no mesmo diploma legal: art. 1.210, § 1º, o desforço imediato para a manutenção ou restituição da posse –; arts. 249, parágrafo único e 251, parágrafo único, Autotutela de urgência nas obrigações de fazer e não fazer –; art. 1.283, Direito de cortar raízes e ramos de árvores limítrofes que ultrapassam a estrema do prédio –; e, os arts. 578, 644, 1.219, 1.433, II e 1.434, relacionados ao direito de retenção de bens.

No âmbito das relações internacionais, apesar da existência de Tribunais internacionais e o estímulo pelo fortalecimento da negociação e Mediação diplomáticas, a Autotutela é, ainda utilizada como forma de resolução de Conflitos,

¹²³ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011. p. 45. (itálicos no original)

¹²⁴ BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

em que se verificam a represália, o embargo, o bloqueio, a ruptura de relações diplomáticas e a guerra.¹²⁵

Do exposto, depreende-se que nas Sociedades organizadas a Autotutela é, em regra, proibida, com exceção apenas para as situações consideradas de urgência ou de proporcionalidade entre valores em jogo. No que tange ao Ordenamento Jurídico brasileiro, caso o agente atue fora das hipóteses legais, restará configurado o tipo penal descrito no citado art. 345 do CP, caracterizando o exercício arbitrário das próprias razões.

1.4.2 Autocomposição

A palavra Autocomposição é formada pelo prefixo auto, que tem origem no grego *autos*, significando próprio, por si mesmo, autônomo¹²⁶, e, composição, vocábulo que se deriva do latim *compositio*, admitido na terminologia jurídica como transação, acordo, convenção havida entre as partes conflitantes, através das quais se põe fim ao Conflito.¹²⁷ Niceto Alcalá-Zamora y Castillo atribui esta nomenclatura a Carnelutti, que, ao versar sobre os equivalentes jurisdicionais, denominou Autocomposição como sendo a “solução, resolução ou decisão do litígio obtida por obra dos litigantes”. Veja-se:

Pocas aclaraciones exige el significado de la palabra autocomposición. Al igual que autodefensa, la integran dos vocablos: el prefijo *auto*, como es natural, con idéntico significado que en aquella, y el sustantivo *composición*, que dentro de la concepción carneluttiana, equivale a solución, resolución o decisión de litígio, en ella obtenida por obra de los litigantes [...].¹²⁸

¹²⁵ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011. p. 45.

¹²⁶ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005. p. 172.

¹²⁷ SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005. p. 322.

¹²⁸ ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: Contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. p. 77. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>>. Acesso em: 25 out. 2016. (itálicos no original) “Poucos esclarecimentos exige o significado da palavra autocomposição. Do mesmo modo que autodefesa, a integram dois vocábulos: o prefixo “auto”, como é natural, com o mesmo significado que naquela, e o substantivo “composição”, que dentro da

Ratificando os dizeres de ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, de que o vocábulo Autocomposição se deve a Carnelutti, José Eduardo Carreira Alvim enuncia:

O vocábulo “*autocomposição*” se deve a Carnelutti, que, ao tratar dos *equivalentes jurisdicionais*, aí a incluiu, sendo integrado do prefixo *auto*, que significa “próprio”, e do substantivo “*composição*”, que equivale a *solução*, *resolução* ou *decisão do litígio por obra dos próprios litigantes*.¹²⁹

Através da Autocomposição os próprios indivíduos envolvidos no Conflito lhe colocam fim, por meio de ajustes que podem até mesmo trazer prejuízos para uma das partes – no caso de renúncia de direitos –, ou para ambas – no caso de transação, em que, frente a dúvidas que cercam a solução do Conflito, todos os conflitantes “abrem mão” de parte do que eventualmente poderia ser seu de direito.¹³⁰

A Autocomposição ocorre quando o sujeito de modo livre, e, em atividade de disponibilidade¹³¹, consente no sacrifício do seu próprio interesse, de forma unilateral¹³² ou bilateral¹³³, total¹³⁴ ou parcialmente¹³⁵. A Autocomposição pode

concepção carneluttiana, equivale à solução, resolução ou decisão do litígio, nela obtida por obra dos litigantes [...]” (tradução livre do autor da presente Dissertação).

¹²⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 9. (aspas e itálicos no original)

¹³⁰ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹³¹ “Quando se tratar de direitos indisponíveis, só poderá haver autocomposição no que tange a como poderão ser exercidos e respeitados tais direitos, pois as partes não podem simplesmente abrir mão de direitos como a tutela do meio ambiente, a receita pública, a identidade, a saúde e a vida, entre outros”. (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 4).

¹³² Quando depender de ato a ser praticado exclusivamente por uma das partes em sua seara de disponibilidade. Neste sentido: “A atitude compositiva pode ser unilateral, sob duas formas: originar-se de quem deduz a pretensão ou de quem se opõe a ela. Denomina-se *renúncia* ou *desistência* a que procede do autor, *submissão* ou *reconhecimento*, a que emana do réu.” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 3). (itálicos no original)

¹³³ Quando as partes envolvidas no Conflito participarem integralmente da solução proposta para a situação controvertida, em especial, na busca da solução de forma espontânea. Nesta acepção: “Pode [...] ser bilateral, mediante concessões recíprocas e denomina-se [...] *transação* ou *autocomposição* (em sentido estrito).” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 3) (itálicos no original)

¹³⁴ Quando a parte envolvida no Conflito abre mão integralmente da parte que entende ser sua por direito.

¹³⁵ Quando a parte envolvida no Conflito abre mão de parte do que entende ser seu por direito.

resultar então em: renúncia ou desistência, submissão ou reconhecimento, estas de forma unilateral, e transação ou Autocomposição de forma bilateral. Tanto Autotutela quanto Autocomposição são tidas por resoluções parciais, pois são efetivadas pelos próprios envolvidos. “A autocomposição é considerada, hoje, um meio alternativo ao processo jurisdicional, pois resolve conflitos assim como a jurisdição.”¹³⁶

Destaca-se que, nestes moldes, a Autocomposição pode ocorrer tanto na forma extrajudicial como também dentro do processo judicial, ou paralelamente a ele.¹³⁷

No CPC/2015¹³⁸, a renúncia ao direito em que se funda a pretensão do autor está prevista no art. 487, III, c¹³⁹, e a desistência da ação pelo autor está prevista no art. 485, VIII¹⁴⁰. A submissão ou reconhecimento da procedência do pedido pelo réu está prevista no art. 487, III, a¹⁴¹. Já a transação ou Autocomposição propriamente dita, em que as partes fazem concessões recíprocas a fim de chegarem a um acordo a respeito do mérito, está prevista no art. 487, III, b¹⁴².

Ao estudar-se o CPC/2015 tem-se a nítida percepção de que este diploma legal fomenta a utilização das formas autocompositivas de resolução de

¹³⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 3.

¹³⁷ “As partes podem levar o resultado da autocomposição ao juiz, para que seja homologada e tenha maior estabilidade, tornando-se título executivo judicial (ou seja, autorizando diretamente a execução judicial, se houver posterior descumprimento da autocomposição por alguma das partes). Isso pode acontecer quando já há processo judicial em curso acerca do conflito (art. 515, II, do CPC/2015). Mas pode ser feito também quando não pendia processo (art. 515, III, do CPC/2015); qualquer das partes pode instaurar um procedimento judicial para a simples obtenção da homologação (art. 57, *caput*, da Lei 9.099/1995).” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 116.). No mesmo sentido é o enunciado do art. 334, § 11 do CPC/2015: “Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. [...] § 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença”. Resta evidente que a Autocomposição realizada através de conciliação ou Mediação judiciais deve ser homologada.

¹³⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

¹³⁹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III – homologar: [...] c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

¹⁴⁰ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: [...] VIII – homologar a desistência da ação.

¹⁴¹ Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III – homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação de reconvenção.

¹⁴² Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz: [...] III – homologar: [...] b) a transação.

Conflitos, a exemplo do disposto no art. 3º, §§ 2º e 3º¹⁴³. Nesta perspectiva, traz-se à colação os dizeres de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero:

O Código de Processo Civil de 2015 estimula formas autocompositivas de resolução de conflitos seja prevendo que, como regra, a citação do demandado no procedimento comum é para o comparecimento em audiência (e não mais para defender-se em juízo, com o que se desestimula a formalização do litígio no processo logo em seu início, art. 334), seja pelo destaque que outorgou à categoria dos conciliadores e mediadores, prevendo-os expressamente como auxiliares do juízo (arts. 165 a 175) e prevendo espaços apropriados para o desempenho de suas funções ao longo do procedimento (por exemplo, art. 334).¹⁴⁴

No que concerne às formas de obtenção da Autocomposição, Petrônio Calmon Filho assim se manifesta: “Os meios de obtenção da autocomposição podem ser [...] exercidos por mecanismos diversos (negociação, conciliação e mediação) e por métodos de trabalho apropriados (técnicas)”.¹⁴⁵

Há que se destacar aqui, que o diálogo é o grande alicerce do sistema autocompositivo. Se for pautado em estratégias, leva a negociações integrativas, possibilitando soluções inteligentes para os Conflitos do cotidiano. Ele está presente e é o fio condutor de todo processo nas modalidades de Autocomposição – Negociação, Conciliação e Mediação –, nas quais o poder de tomar as decisões é das próprias partes.¹⁴⁶

¹⁴³ Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito: [...] § 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.

¹⁴⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 180.

¹⁴⁵ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011. p. 48.

¹⁴⁶ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

1.4.2.1 Negociação

A princípio esclarece-se que a Negociação pode ser entendida de dois modos: a) extensivamente, alcançando todas as formas de resolução de Conflitos nas quais se utilize o diálogo como instrumento principal;¹⁴⁷ b) em sentido estrito, traduzindo-se como forma de resolução de Conflitos que prescinde da intervenção de um terceiro.¹⁴⁸ É com ênfase nesta última perspectiva que a Negociação será abordada aqui.

A Negociação se dá por intermédio do entendimento direto entre os sujeitos em Conflito¹⁴⁹, ou através de seus representantes¹⁵⁰, por meio do diálogo e de artifícios de argumentação. Como se trata de Autocomposição, a Negociação aqui é a integrativa¹⁵¹, quer dizer, a que produz ganhos recíprocos. Há completa liberdade para realizá-la em termos de planejamento, procedimento e execução, tais como a designação do dia, hora e local; a forma como se dará a negociação e os temas a serem propostos, entre outros. As limitações são as elencadas em lei como

¹⁴⁷ “A característica mais marcante de todos os métodos alternativos de resolução de conflitos é o emprego da negociação como instrumento primeiro e natural para solucionar os conflitos, ao qual muitas vezes recorrem seus agentes, mesmo de modo inconsciente, quando existe algo incômodo na inter-relação existente, seja ela de ordem afetiva, profissional ou comercial. Ao recorrer ao diálogo o que se tenta é atender o reclamo de uma parte em relação à outra”. (SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 11-12 (Coleção Primeiros Passos; 325).)

¹⁴⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 41.

¹⁴⁹ “Pela negociação, as partes tentam resolver suas divergências diretamente. Negociam com trocas de vantagens, diminuição de perdas, aproveitam as oportunidades e situações de conforto, exercitam a dialética, mas, em última análise, querem uma composição, e para tanto, o resultado deve propiciar ganhos recíprocos, em condições mutuamente aceitáveis e equitativas, caso contrário, será rejeitado por uma das partes.” (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.)

¹⁵⁰ “Embora se refira à negociação como método exercido pelos próprios interessados, nada impede que seja promovida por terceiros – os negociadores. Porém, neste caso, o terceiro não será um facilitador em benefício das partes, mas um representante de uma delas, e em nome desta defenderá os seus interesses. Ou seja, o terceiro comparece para negociar a melhor solução em favor daquele por quem atua”. (CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45.)

¹⁵¹ Há também a distributiva “na qual as partes com posições opostas procuram maximizar seu ganho uma em relação a outra. Nessa negociação, as partes visam pura e simplesmente a alcançar seus objetivos”. (SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 12 (Coleção Primeiros Passos; 325).)

capacidade do agente; objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não proibida por lei – art. 104 do CC/2002.¹⁵²

Para Carlos Eduardo de Vasconcelos, Negociação “É o planejamento, a execução e o monitoramento, sem a interferência de terceiros, envolvendo pessoas, problemas e processos, na transformação ou restauração de relações, na solução de disputas ou trocas de interesses.”¹⁵³

A Negociação pode ser compreendida como a comunicação estabelecida de forma direta entre as partes, com avanços e retrocessos, na busca de um acordo. É, por primazia, o mais fluido, básico e elementar meio de se resolver Conflitos. É também o de menor custo. As partes, elas mesmas, resolvem a disputa, sem a ajuda de terceiros e sem gastos decorrentes da inclusão de tais terceiros.¹⁵⁴ Pode ser informal, onde as partes dialogam, celebrando um acordo sem necessidade de assinatura de nenhum documento – aqui não se tem a possibilidade de cobrar judicialmente o que foi acordado. Por outro lado, pode ser formal, celebrando-se, por exemplo, um contrato, que se descumprido pode ter seu cumprimento exigido perante o Poder Judiciário.¹⁵⁵

No que diz respeito à ética na Negociação enfatiza-se que o melhor negociador não é o que prevalece em detrimento do outro. Ao contrário, a honestidade e a busca de um acordo que corresponda ao interesse comum dos envolvidos são características de um bom autocompositor. Registre-se que a lisura é defendida porque produz resultados melhores do ponto de vista dos conflitantes.¹⁵⁶

Deve-se levar em consideração que na Negociação o mais importante é o diálogo franco, a boa-fé das partes. Se isto for observado ter-se-á como consequência uma maior possibilidade de cumprimento do acordo avençado.

¹⁵² OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

¹⁵³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 54.

¹⁵⁴ GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 19. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34).

¹⁵⁵ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 42.

¹⁵⁶ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 70.

“Procura-se valorizar o ser humano, a palavra, e não apenas o papel no qual consta a assinatura”.¹⁵⁷

Teoricamente, os Conflitos mais propícios à Negociação são aqueles em que as partes interessadas tem condições de dialogar mesmo sem a intervenção de um terceiro para facilitar esse diálogo – normalmente Conflitos de ordem patrimonial.¹⁵⁸ “A negociação consiste em uma comunicação voltada à persuasão”.¹⁵⁹ É atividade cotidiana imprescindível. Negociamos constantemente em família, com os amigos, advogados, clientes, nas variadas áreas da vida, na prática pública ou privada, nas empresas ou escritórios de advocacia.¹⁶⁰ Destaca-se que o advogado é escolhido pela parte e deve agir de forma parcial, pois “*defende o interesse do seu cliente*, embora com a disposição de encontrar, no cotejo de prós e contras, uma solução que seja razoável para o equacionamento do conflito.”¹⁶¹

Adacir Reis enfatiza que

[...] na negociação um dos princípios é evitar o velho binômio ganhador *versus* perdedor. O que se pretende, na medida do possível, é o jogo do *ganha/ganha*, não o do *ganha/perde*.

[...]

O acordo construído a partir da [...] negociação leva à ideia de que não houve perdedor, ou pelo menos não houve um vencedor que se revelou triunfante em relação ao outro.¹⁶²

Por outro lado, nem sempre é possível resolver Conflitos negociando de

¹⁵⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 42.

¹⁵⁸ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 42.

¹⁵⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 67.

¹⁶⁰ GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 19. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34).

¹⁶¹ REIS, Adacir. Mediação, negociação e cultura do contencioso. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. a. VIII, n. 5, maio 2013, p. 17-27. Curitiba: AMAPAR. p. 23. (itálicos no original)

¹⁶² REIS, Adacir. Mediação, negociação e cultura do contencioso. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. a. VIII, n. 5, maio 2013, p. 17-27. Curitiba: AMAPAR. p. 23-24. (itálicos no original)

forma direta com a outra pessoa interessada. Nesta hipótese, para recobrar o diálogo, será necessário contar com a colaboração de uma terceira pessoa, que atuará como intermediadora da solução do Conflito através da Conciliação ou por intermédio da Mediação¹⁶³, e caso as partes não cheguem a um consenso, “terceirizam a solução do conflito constituindo um advogado – que recorrerá à prestação jurisdicional do Estado para resolver a disputa.”¹⁶⁴

1.4.2.2 Conciliação

A Conciliação é o meio autocompositivo que procura alcançar um acordo com a intervenção direta de um terceiro, neutro ao Conflito, que age na condição de intermediário entre as partes. O conciliador pode propor soluções para o litígio desde que sem constrangimentos ou intimidações, como enuncia o art. 165, § 2º¹⁶⁵ do CPC/2015.¹⁶⁶

Através da Conciliação torna-se possível a busca de soluções mais ágeis e minimamente satisfatórias. Ela não se aprofunda nas causas geradoras dos Conflitos, constituindo-se numa forma eficaz de se buscar a harmonia social, mormente nos casos que envolvam relações eventuais, cujo vínculo pode ter sido gerado em razão do Conflito, sem a ocorrência de relações anteriores entre as partes.¹⁶⁷ “A conciliação [...] pode ser solução satisfatória para eventos instantâneos”.¹⁶⁸ “São exemplos usuais de situações em que a conciliação é recomendada: acidentes de trânsito e responsabilidade civil em geral; divergências comerciais entre consumidor e fornecedor do produto, entre clientes e prestadores

¹⁶³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 54.

¹⁶⁴ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 15. (Coleção Primeiros Passos; 325)

¹⁶⁵ § 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

¹⁶⁶ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

¹⁶⁷ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39.

¹⁶⁸ MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado**: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 278.

de serviço, etc.”.¹⁶⁹ “A essa forma de solução [...] adaptam-se conflitos mais simples (exclusivamente patrimoniais) [...]”.¹⁷⁰

Ainda que com passagem obrigatória pela análise do Conflito, o núcleo central na Conciliação é a solução do problema. Ela visa a obtenção de um acordo razoável entre as partes. É a forma mais apropriada à resolução de Conflitos objetivos, nos quais as partes não tiveram convivência ou vínculo pessoal anterior. O Conflito se deu de maneira eventual, sem geração de expectativa de constituir ou de recompor uma relação continuada entre as partes.¹⁷¹

Ademir Buitoni destaca que

O Conciliador, seja Juiz ou não, fica na superfície do conflito, sem adentrar nas relações intersubjetivas, nos fatores que desencadearam o litígio, focando mais as vantagens de um acordo, onde cada um cede um pouco, para sair do problema. Não há a preocupação de ir com maior profundidade nas questões subjetivas, emocionais, ou seja, nos fatores que desencadearam o conflito [...].¹⁷²

No entendimento de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo de Avelar Lamy “Tanto a mediação como a conciliação poderão ser extraprocessuais ou endoprocessuais”.¹⁷³ A Conciliação se dá comumente em Juízo, no decurso do processo, sob a liderança do próprio Juiz do Estado¹⁷⁴. Mas pode ocorrer, também,

¹⁶⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação**, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 46.

¹⁷⁰ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos: Família, Escola e Comunidade**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 43.

¹⁷¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação**, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 45-46.

¹⁷² BUTTONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17963>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

¹⁷³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 5.

¹⁷⁴ Neste caso é denominada de Conciliação endoprocessual. Neste sentido colaciona-se o art. 139, V, do CPC/2015: “Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe: [...] V- promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais.” Anota-se ainda que o CPC/2015, a partir do art. 165,

dentro ou fora do Poder Judiciário, na presença e com a atuação de um Conciliador privado, visando, explicitamente a obtenção de um acordo no sentido de prevenir ou por fim ao litígio¹⁷⁵. No mesmo sentido Lia Regina Gastaldi Sampaio e Adolfo Braga Neto lecionam que “o objetivo maior da conciliação é a composição das partes para pôr fim à demanda, quer judicial, quer extrajudicial.”¹⁷⁶

O Conciliador intervém analisando o Conflito conjuntamente com as partes, propondo soluções, estimulando a realização do acordo, intervindo nas controvérsias com suas opiniões, sendo importante anotar que “O conciliador aponta soluções, porém cabe às pessoas aceitar ou não”.¹⁷⁷ A Conciliação tem um objetivo claro e pré-estabelecido: chegar a um acordo através do entendimento das partes. Cada parte faz concessões para a outra e a Conciliação representa o acordo que põe fim à controvérsia.¹⁷⁸

Em suma, consolida-se o entendimento que com a Conciliação há um ganho em relação à pacificação social, que passa a ser material e não simplesmente formal, como nos processos jurisdicionais.¹⁷⁹ De resto conclui-se que há redução de custo tanto financeiro quanto emocional e uma maior efetividade, sem considerar o relevante ganho de tempo.

1.4.2.3 Mediação

A Mediação, de acordo com a definição dada pelo art. 1º, Parágrafo único

dá ênfase à conciliação judicial, realizada com a participação de conciliador enquanto auxiliar da Justiça.

¹⁷⁵ Aqui é denominada de Conciliação extraprocessual ou extrajudicial. Prevê o art. 175 *caput* e Parágrafo único do CPC/2015: “Art. 175. As disposições desta seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica. Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.”

¹⁷⁶ SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. p. 21. (Coleção Primeiros Passos; 325)

¹⁷⁷ SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007. p. 43.

¹⁷⁸ BUTTONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17963>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

¹⁷⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 5.

da Lei n. 13.140/2015, é “[...] a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.¹⁸⁰ Do art. 165, § 3º do CPC/2015 extrai-se que

“o mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.”¹⁸¹¹⁸²

É apropriada principalmente aos Conflitos em que as partes mantêm relacionamento constante, frequente, tais como, sem exclusão de outras, nas relações familiares, societárias e de vizinhança. O terceiro, o Mediador, auxilia as partes na construção de soluções consensuais por meio do diálogo e de um conjunto de conhecimentos, métodos e técnicas multi, inter e transdisciplinares. Através dela procura-se compreender a origem do Conflito e a sua ressignificação, para a composição de acordos de ganhos recíprocos.¹⁸³ Infere-se daí, ser mais indicada para partes em Conflito que possuem uma relação mais intensa e prolongada, e em situações nas quais será gerada para as partes, na solução do Conflito, “uma nova relação com direitos e obrigações recíprocas, e, pois, com uma perspectiva de futura convivência que se espera que seja harmônica. [...] O foco na mediação é o conflito, e não a solução”.¹⁸⁴ Como abordado anteriormente, percebe-se que na Conciliação ocorre o contrário: o foco é a solução, e não o Conflito.

¹⁸⁰ Brasil. **Lei n. 13.140, de 26 Junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁸¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁸² Importante destacar que até a edição dos citados CPC/2015 e Lei n. 13.140/2015, o mais importante instrumento normativo sobre Mediação e Conciliação era a igualmente citada Resolução n. 125/2010 do CNJ.

¹⁸³ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 39-40.

¹⁸⁴ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 47.

“O mediador não julga, não intervém nas decisões, tampouco se intromete nas propostas, oferecendo opções.”¹⁸⁵ Denota-se daí que as sugestões que possam porventura levar à resolução do Conflito, deverão partir dos próprios mediados. O que o Mediador faz é a “terapia do vínculo conflitivo.”¹⁸⁶. Percebe-se aqui uma nítida diferenciação entre a Conciliação e a Mediação. Ao contrário daquela, nesta o Mediador não faz propostas de acordo, ele tenta reaproximar as partes para que elas próprias alcancem o consenso. Busca fazer com que as pessoas envolvidas compreendam verdadeiramente o que lhes acontece, identificando as causas reais do Conflito, enquanto na Conciliação a busca é pela solução pontual da questão, sem adentrar no relacionamento das partes.

Corroborando com este entendimento, Luis Alberto Warat escreve:

A conciliação e a transação podem, em um primeiro momento, parecer com a mediação, mas as diferenças são gritantes. A conciliação e a transação não trabalham o conflito, ignoram-no, e portanto, não o transformam, como faz a mediação. O conciliador exerce a função de “negociador do litígio”, reduzindo a relação conflituosa a uma mercadoria. O termo conciliação é um termo de cedência de um litigante a outro, encerrando-o. Mas, o conflito no relacionamento, na melhor das hipóteses, permanece inalterado, já que a tendência é a de agravar-se devido a uma conciliação que não expressa o encontro das partes com elas mesmas.¹⁸⁷

De outra banda, a Mediação é tida como proposta transformadora do Conflito, pois não visa a resolução deste por um terceiro, mas pelas próprias partes, apenas auxiliadas por este, o Mediador, que exerce a função de ajudá-las na reconstrução da relação conflituosa.¹⁸⁸ Neste sentido “A mediação será exitosa

¹⁸⁵ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução** CNJ 125/2010. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 48.

¹⁸⁶ BUTTONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17963>>. Acesso em: 14 nov. 2016.

¹⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 79-80.

¹⁸⁸ WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. v. 1. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 80.

quando os envolvidos conseguirem construir a solução negociada do conflito.”¹⁸⁹

Nesta Dissertação, a Mediação receberá abordagem específica no Capítulo 3, “Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil”, de forma que discorreremos sobre ela de forma introdutória e sucinta neste item, passando em seguida a tratar da Heterocomposição.

1.4.3 Heterocomposição

No Estado Constitucional¹⁹⁰, comprometido com a pacificação da Sociedade, os Conflitos podem ser resolvidos de forma autocompositiva, como dantes abordado, onde as próprias partes resolvem seus Conflitos e heterocompositiva. “Há heterocomposição quando um *terceiro resolve a ameaça* ou crise de colaboração na realização do direito material entre as partes”.¹⁹¹ Neste sentido são os ensinamentos de Fernanda Tartuce, ao afirmar que a heterocomposição

constitui o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores.

[...]

A heterocomposição pode se verificar por duas vias: a arbitral, em que o terceiro, de confiança das partes, é por elas escolhido para decidir o impasse; e a jurisdicional, em que uma das partes acessa o Poder Judiciário para obter uma decisão proferida por uma

¹⁸⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 274.

¹⁹⁰ O Estado Constitucional é um Estado Democrático de Direito, conforme preceitua o art. 1º da CRFB: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito [...]”.

¹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 173. (itálicos no original)

autoridade estatal investida de poder coercitivo.¹⁹²

Ratificando tal entendimento, Antonio Carlos Ozório Nunes afirma que “No sistema heterocompositivo temos a arbitragem e a jurisdição estatal.”¹⁹³ A Jurisdição é forma heterocompositiva de resolução de Conflitos, uma vez que o juiz, terceiro imparcial, resolve o Conflito existente entre as partes. A atividade jurisdicional tem fundamento na soberania estatal e legitimidade ligada à CRFB, particularmente no que diz respeito aos direitos fundamentais materiais e processuais. A Arbitragem, por sua vez, é forma de resolução de Conflitos que surgiu destacando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados Conflitos, propiciando a inclinação em se transferir algumas demandas que seriam endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais.¹⁹⁴ É o que será, sem a pretensão de esmiuçar tais institutos, abordado na sequência.

1.4.3.1 Arbitragem

É forma de resolução de Conflitos na qual os conflitantes buscam numa terceira pessoa, de sua confiança, a resolução amigável e imparcial – porque não realizada diretamente pelas partes – do litígio. É então, heterocomposição.¹⁹⁵ É fruto de livre escolha pelos interessados. Exercendo sua autonomia da vontade, pactuam entre si que um Conflito ou conjunto deles, presente ou futuro será solucionado por um terceiro imparcial, alheio à esfera estatal, que exercerá seu papel de árbitro, observando o devido processo legal. Sendo assim não há violação ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, previsto no art. 5º, XXXV¹⁹⁶, da CRFB.¹⁹⁷

¹⁹² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 56.

¹⁹³ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 40.

¹⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: Teoria do Processo Civil. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 174.

¹⁹⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 171.

¹⁹⁶ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até EC n. 93/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_08.09.2016/ind.asp>. Acesso em: 16

Reputa-se por legítima a permuta voluntária da Jurisdição estatal pela arbitragem, conforme preceitua o art. 3º *caput* e § 1º do CPC/2015¹⁹⁸: “Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.”

Ademais, no que se refere à constitucionalidade da Lei da Arbitragem¹⁹⁹ no que diz respeito à força de exclusão do Poder Judiciário, do litígio contratualmente submetido à arbitragem, decidiu o Supremo Tribunal Federal – STF²⁰⁰ que o Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição, retro citado, não resta ofendido, desde que decorra de vontade negocial livremente manifestada em contrato por pessoas capazes²⁰¹ e sobre bens e direitos disponíveis²⁰².

Vale destacar que o árbitro – que poderá ser único ou um colegiado composto por número ímpar de pessoas –, não necessariamente advogado ou técnico especializado é eleito pelas partes através da denominada convenção de

nov. 2016. “Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

¹⁹⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 117.

¹⁹⁸ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

¹⁹⁹ BRASIL. **Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996** com alterações dadas pela Lei n. 13.129, de 26 de Maio de 2015. Dispõe sobre a arbitragem. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

²⁰⁰ BRASIL. **STF**. Pleno. SE-AgRg 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 12.12.2001, DJU 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=82&dataPublicacaoDj=30/04/2004&incidente=3509933&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

²⁰¹ Neste sentido ver **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002** com alterações dadas pela Lei n. 13.146, de 6 de Julho de 2015. Institui o Código Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

²⁰² “A opção pela arbitragem será admissível toda a vez que não houver norma impondo a necessidade da intervenção do juiz estatal (como há, por exemplo, para o julgamento de causas criminais, para a decretação de falência, para a solução de questões relativas ao estado da pessoa, para a aplicação das penas de improbidade ao agente público etc.). [...] pode-se adotar o processo arbitral sempre que a pretensão de tutela judicial (i.e., o direito de submeter ao judiciário uma pretensão ou uma defesa) for disponível, é nesse sentido que se deve interpretar a referência que a lei faz a “direitos...disponíveis” como pressuposto da opção arbitral (art. 1º, *caput*, da lei 9.307/1996).” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 117-118)

arbitragem²⁰³, participando efetivamente da resolução do processo. “Diferentemente do mediador e do conciliador, o árbitro decide quem tem razão, devendo fazê-lo de forma rápida.”²⁰⁴ Ao contrário do que ocorre na Jurisdição Estatal, morosa e “engessada”, há na Arbitragem uma flexibilidade que “torna os árbitros muito menos engessados que o juiz togado, permitindo-lhes experimentar novos e variados meios de descobrir fatos e argumentar sua capacidade de entender o Direito que devem aplicar.”²⁰⁵

Destaca-se como expressiva vantagem na utilização da Arbitragem, maior probabilidade quanto à efetividade da decisão proferida, vez que as partes escolheram de forma consensual o árbitro e arcaram com os custos do procedimento, por não terem interesse na existência de uma longa disputa judicial.²⁰⁶

De acordo com Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, “A decisão dada pelos árbitros ao litígio (sentença arbitral) equipara-se à sentença judicial (art. 31 da Lei 9.307/1996; art. 515, VII, do CPC/2015).”²⁰⁷ ²⁰⁸ A sentença arbitral, no sistema jurídico vigente, então, “nem mesmo pode ser vista como um sucedâneo do provimento judicial. É ela mesma erigida à categoria de título judicial, para todos os

²⁰³ “[...] a arbitragem pressupõe a livre opção das partes (autonomia da vontade) por meio de uma convenção de arbitragem - cláusula contratual denominada “compromissória”, firmada antes do surgimento de qualquer conflito, ou “compromisso arbitral”, quando já há conflito e as partes, de comum acordo, decidem solucioná-lo por intermédio da arbitragem.” (VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 59). Acerca da cláusula compromissória extrai-se do texto da Lei 9.307/1996, em seu art. 4º *caput*: “A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato”. No que diz respeito ao compromisso arbitral, o art. 9º *caput* da referida lei enuncia: “O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.”

²⁰⁴ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 6.

²⁰⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 28, p. 47-63, 2011, p. 48.

²⁰⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 59.

²⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 118.

²⁰⁸ Art. 31 da Lei 9.307/1996: “A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.” Art. 515 *caput* e inciso VII do CPC/2015: “Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII – a sentença arbitral.”

efeitos.”²⁰⁹ Além disso, destaca-se que o art. 18²¹⁰ da Lei n. 9.307/1996 dispõe que o árbitro validamente escolhido pelas partes é o juiz de fato e de direito da controvérsia, não ficando sua decisão sujeita a recurso ou homologação frente ao Poder Judiciário.

Quanto às tutelas cautelares e de urgência “serão reconhecidas pelo árbitro quanto à sua pertinência, contudo, executadas pelo juiz estatal, a este requeridas pelo árbitro através do que o CPC/2015 denomina de carta arbitral [...]”.²¹¹

Merece destaque dizer ainda que muito embora o árbitro não tenha poder de coerção e não execute suas decisões, equipara-se ao juiz togado e aos funcionários públicos, devendo atuar com imparcialidade, eficiência e diligência em sua participação na administração da Justiça.²¹²

A sentença arbitral é excepcionalmente passível de anulação pelo Poder Judiciário.²¹³

O uso da Arbitragem na resolução de Conflitos relacionados à Administração Pública é permitido e encontra-se expressamente previsto na Lei n. 9.307/1996, art. 1º, § 1º: “§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”

Em relação às sentenças arbitrais estrangeiras, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero assim se manifestam: “A lei brasileira reconhece, ao lado da arbitragem nacional, a possibilidade da arbitragem

²⁰⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 75.

²¹⁰ “Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.”

²¹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 158. A este respeito consultar arts. 189, IV e 260, § 3º do CPC/2015 e arts. 22-A a 22-C da Lei 9.307/1996.

²¹² Lei 9.307/1996, arts. 17: “Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal”, e 13, § 6º: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição”.

²¹³ Nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei 9.307/1996.

internacional, com valor e eficácia no território brasileiro.”²¹⁴ Extrai-se daí que a parte interessada pode fazer uso da arbitragem internacional para dirimir Conflitos tais quais os submetidos à arbitragem nacional.

Para finalizar, destaca-se como visto que a importância da recente reforma da Lei 9.307/1996 pela Lei 13.129/2015, bem como a inclusão de algumas peculiaridades relativas à Arbitragem no CPC/2015, demonstram especial atenção legislativa ao desenvolvimento do instituto. Por outro lado, esmiuçar e destrinchar a Arbitragem são desafios que permanecem, na busca do rendimento pleno que dela se pode extrair.

1.4.3.2 Jurisdição

Não sendo cumprida de forma espontânea a disposição legal, e admitida excepcionalmente a autotutela, o Estado deve oportunizar instâncias competentes a proporcionar a entrega do bem da vida ao seu legítimo titular. Tal incumbência é realizada através da Jurisdição, pela qual o Estado, substituindo-se às partes, diz a norma aplicável ao caso concreto com o poder imperativo de impor o seu comando.²¹⁵ Nos dizeres de José Carlos Barbosa Moreira, “o exercício da função jurisdicional visa à formulação e à atuação prática da norma jurídica concreta que deve disciplinar dada situação.”²¹⁶

Segundo entendimento de José Eduardo Carneira Alvim, “A palavra *jurisdição* vem do latim *ius* (direito) e *dicere* (dizer), querendo significar a “dicção do direito”, correspondendo à função jurisdicional, que, como as demais, emana do Estado.”²¹⁷

A Jurisdição passa a ter suma importância a partir do momento em que

²¹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 489. Neste sentido consultar arts. 34 a 40 da Lei 9.307/1996.

²¹⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 62.

²¹⁶ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3.

²¹⁷ ALVIM, José Eduardo Carneira. **Teoria geral do processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 64. (itálicos e aspas no original)

ocorreu a organização política dos povos. A partir de então, o Estado, na busca da eliminação da autotutela, reservou para si o poder e o dever de tutelar os direitos, tornando possível por meio dela a consecução da harmonia e da paz sociais.²¹⁸

Enquanto forma de resolução de Conflitos, a Jurisdição constitui modalidade de heterocomposição, hábil a oferecer resposta a Conflito de interesses que não pode ser resolvido pelas partes, necessitando de um elemento coercitivo para sua consecução, a busca da solução judicial.²¹⁹ Corroborando com este entendimento, Fredie Didier Jr diz que “A jurisdição é técnica de solução de conflitos por *heterocomposição*: um terceiro substitui a vontade das partes e determina a solução do problema apresentado.”²²⁰

Discorrendo acerca do citado caráter substitutivo da Jurisdição, e que a distingue das demais funções estatais, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco assim se manifestam:

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui, com uma atividade sua, as atividades daqueles que estão envolvidos no conflito trazido à apreciação. Não cumpre a nenhuma das partes interessadas dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra; nem pode, senão excepcionalmente, quem tem uma pretensão invadir a esfera jurídica alheia para satisfazer-se.²²¹

Ao se estudar aspectos ligados à Jurisdição, encontram-se diferentes posicionamentos doutrinários acerca da sua natureza. Alguns defendem ser ela um poder, e/ou função, e/ou atividade, como também, um dever. No entanto, há concordância de que sua principal finalidade é a de expurgar o Conflito da Sociedade, e, dentro do possível, satisfazer a pretensão das partes conflitantes.

²¹⁸ SIDOUM, J. M. Othon. A controvertida jurisdição voluntária. *In*: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coords.) **Direito processual: inovações e perspectivas; estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 305.

²¹⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 62.

²²⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 156. (itálicos no original)

Neste sentido, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, que consideram a Jurisdição ao mesmo tempo um poder, uma função e uma atividade, assim se posicionam:

[...] a jurisdição é, ao mesmo tempo, *poder, função e atividade*. Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparecem legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).²²²

Já, no que se refere à Jurisdição como um dever, colaciona-se os dizeres de Sérgio Bermudes:

A jurisdição, antes de ser um poder do Estado, é um dever dele. Já que uma das razões da existência do Estado é a promoção da paz social, mediante a aplicação do direito, ele é dotado do poder necessário ao cumprimento do dever, que, renovadamente, assume, quando, ciente da impossibilidade de se solucionarem os litígios pela autocomposição, e consciente da proibição da autotutela, se incumbe da composição das lides ou da fiscalização de certas atividades não litigiosas, mas de relevância social.²²³

Hodiernamente, a Jurisdição se constitui no poder-dever do Estado-Juiz de declarar e executar os direitos de acordo com as pretensões que lhe são formuladas, segundo os valores e Princípios fundamentais estipulados na CRFB, assegurando o seu respeito efetivo na esfera dos fatos, na vida dos conflitantes. É esse o sentido que se deve dar ao art. 5º, inc. XXXV²²⁴, da CRFB. É exercida pelo

²²¹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 132.

²²² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 131. (itálicos no original)

²²³ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 21.

²²⁴ Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até EC n. 93/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_08.09.2016/ind.asp>. Acesso em: 05 jan. 2017. "Art. 5º. [...] XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito."

Estado através do Poder Judiciário, tendo por finalidade aplicar o direito, garantindo sua eficácia nos casos concretos, quando provocada.²²⁵ “O art. 5.º, XXXV, da Constituição Federal, ao prever a inafastabilidade da jurisdição, contempla a garantia de que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição.”²²⁶

À vista disso, no Brasil, os Conflitos não resolvidos espontaneamente, seja por não terem êxito as partes envolvidas em chegar a um acordo, quer por ser vedada a resolução espontânea deles – como é a regra no caso da Jurisdição penal –, os mesmos deverão ser solucionados pelo Poder Judiciário através da Jurisdição. Pode, no que diz respeito ao conhecimento do Direito, no tocante a direitos patrimoniais disponíveis, ser exercida por árbitros²²⁷ escolhidos pelas partes, não se tratando neste caso de Jurisdição plena, pois a execução, quando necessária, deverá ser realizada por meio de órgão do Poder Judiciário.²²⁸

Em síntese, na hipótese de individualismo, egoísmo, apego exacerbado aos bens da vida, atrelados à enraizada convicção da existência de um direito, que impedem a Autocomposição dos Conflitos, e se, de regra, o Direito veda a autotutela, faz-se necessária outra forma de resolver os Conflitos. Ela existe. É a Jurisdição, função estatal, da qual se ocupará o capítulo seguinte.

²²⁵ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 169.

²²⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 107.

²²⁷ Vide item retro, 1.4.3.1 Arbitragem.

²²⁸ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 170.

CAPÍTULO 2

2 FORMA ESTATAL DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS: A JURISDIÇÃO CIVIL

2.1 JURISDIÇÃO: HISTORICIDADE E NOÇÕES GERAIS

Hodiernamente, se há situações de Conflito entre indivíduos, em princípio o direito estabelece que, para por fim a esta situação, seja invocado o Estado-juiz, o qual virá manifestar a vontade do Ordenamento Jurídico para o caso concreto – declaração – e, se for o caso, fazer com que as coisas se disponham, na realidade prática, de acordo com essa vontade – execução. Contudo, nem sempre foi assim.²²⁹

De acordo com Edward Carlyle Silva, “No início da civilização, os eventuais conflitos surgidos do convívio social eram solucionados pelo uso da força, uma vez que naquele período não havia qualquer noção de Estado. Era a chamada autotutela.”²³⁰

Ultrapassada a fase da autotutela²³¹, deu-se o período da arbitragem facultativa, na qual os indivíduos passaram a buscar uma solução amigável e

²²⁹ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 20.

²³⁰ CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 1.

²³¹ Vide item 1.4.1 desta Dissertação.

imparcial para seus Conflitos através de árbitros, pessoas de confiança mútua aos quais entregavam a resolução dos mesmos. Em geral, a confiavam a sacerdotes, acreditando que por terem ligações com as divindades, garantiriam soluções acertadas. Outro grupo de confiança dos indivíduos eram os anciãos, conhecedores dos costumes do grupo social aos quais eram integrados. A decisão do árbitro era traçada segundo os padrões aceitos pela convicção coletiva, inclusive pelos costumes.²³²

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini corroboram com estas afirmativas:

Em estágio subsequente da civilização, a autotutela foi progressivamente abandonada. As partes passaram a tentar soluções conciliatórias, consensuais. Igualmente, passaram a recorrer a um terceiro, que não tivesse interesse pessoal naquele conflito e em que elas confiassem como alguém imparcial. Assim, escolhiam de comum acordo esse terceiro, normalmente investido de autoridade religiosa ou moral na comunidade.²³³

Em fase subsequente, a arbitragem se tornou obrigatória. Nesta, os indivíduos envolvidos em Conflitos deveriam inevitavelmente se submeter a uma solução elaborada pelo terceiro isento de interesse direto no objeto daquele Conflito. A escolha do árbitro – privado – pelas partes passou a ser feita perante uma autoridade estatal, que controlava esta escolha e fixava determinados parâmetros de como se daria o processo perante o árbitro – era o que se tinha na fase arcaica e clássica do direito romano.²³⁴

Em Roma, nos tempos mais remotos, era atribuição do rei o exercício da função jurisdicional, em cujo poder estava o de fazer Justiça, diretamente, ou em seu

²³² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 21-22.

²³³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 107.

²³⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 107. De acordo com Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, a fase arcaica inicia-se nas origens do direito romano e se estende até o século II aC. Já a fase clássica é compreendida entre o século II aC ao século II dC. (CINTRA,

nome, por meio dos seus delegados ou funcionários. Já, na Roma clássica, aos magistrados superiores, especialmente os pretores, cumulativamente com a funções de legislar e administrar, cabia o *ius dicere*^{235,236}. Os cidadãos em Conflito apresentavam-se diante de uma autoridade estatal, o pretor, pactuando aceitar o que viesse a ser decidido. Esse compromisso, necessário porque a mentalidade da época repudiava qualquer ingerência do Estado nos negócios de alguém contra sua vontade, recebia o nome de *litiscontestatio*. Desta forma, o processo civil romano se desenvolvia em dois estágios: diante do pretor e diante do árbitro.²³⁷ “Vedada que era a autotutela, o sistema então implantado consistia numa *arbitragem obrigatória*, que substituiu a anterior *arbitragem facultativa*.”²³⁸

Segundo Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy,

o pretor nomeava árbitros para decidir as causas cíveis. Distinguiam-se, então, o processo *in jure*, perante o pretor, do processo *in iudicio*, perante o juiz ou árbitro por ele nomeado. Permaneceu, porém com o pretor a essência do poder jurisdicional atual, qual seja, o poder de executar.^{239 240}

Após as fases arcaica e clássica, tivemos outra, caracterizada pela invasão da área que anteriormente não pertencia ao pretor. Contrariando a ordem estabelecida, ele passou a conhecer do mérito dos litígios entre os particulares, inclusive proferindo sentença, diversamente de nomear ou aceitar a nomeação de um árbitro que a proferisse. Essa nova fase, iniciou-se no século III dC. Com ela

Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22)

²³⁵ Vide item 1.4.3.2 desta Dissertação.

²³⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

²³⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22.

²³⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 22. (itálicos no original).

²³⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 164. (itálicos no original)

²⁴⁰ Algo parecido encontra-se hoje na arbitragem. O Estado admite que se entregue a árbitros privados o poder de dizer o direito no caso concreto e o de julgar, até mesmo por equidade. Mas reserva-se os poderes de execução. Os árbitros não podem buscar e apreender bens ou pessoas, nem conduzir testemunhas, nem executar a própria sentença. (a este respeito consultar item 1.4.3.1 desta Dissertação)

completa-se o ciclo histórico da evolução da chamada justiça privada para a justiça pública. Nesta, o estado²⁴¹, já suficientemente fortalecido, impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes de forma autoritária a sua resolução para os Conflitos. A atividade na qual juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os Conflitos, se denomina Jurisdição.²⁴²

Nos dizeres de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy,

os pretores deixaram, então, de apenas nomear jurisconsultos, passando não apenas a executar suas decisões, mas também a proferi-las. Hoje sabemos, portanto, que o juiz de direito contemporâneo possui os mesmos poderes de um pretor romano da época do império. A evolução havida no direito romano levou à compreensão de que a jurisdição não consistia mais em um simples *dizer o direito*, mas principalmente em executá-lo.²⁴³

Entre os povos germânicos, ao conquistarem Roma, e ainda por considerável tempo, a Jurisdição pertencia ao povo, que deliberava nas assembleias populares. “Mas o rei, os magistrados, seus delegados e funcionários, e bem assim o povo, personificavam ou representavam o poder soberano, em que se compreendia a jurisdição. Função do Estado, portanto.”²⁴⁴

Também é realidade o fato de que, na Idade Média, os senhores feudais igualmente dispunham de poder jurisdicional. Da mesma forma a Igreja, associada ao Estado, exercia-o no que dizia respeito aos negócios de eclesiásticos e a assuntos ligados à matéria espiritual. “Fragmentava-se a jurisdição em consequência

²⁴¹ Intencionalmente em letra minúscula, numa perspectiva anterior a Maquiavel. O Estado como o conhecemos hoje passou a ser concebido no final do Século XVI.

²⁴² CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23.

²⁴³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 164. (itálicos no original). Conforme Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes, contemporaneamente a ideia romana do *ius dicere* está superada, uma vez que “A jurisdição se realiza tanto no ato de julgar quanto no de dar cumprimento ao julgado. Em outras palavras, há jurisdição não apenas quando o juiz na sentença aplica o Direito, declara a incidência da norma jurídica para o caso submetido a julgamento e confere razão a uma das partes. Há jurisdição também, quando o juiz exerce atividade no sentido de tornar prático no plano da realidade o direito que por ele foi declarado e reconhecido ou que se presume existente por meio de título executivo.” (BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997. p. 61-62).

²⁴⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

das deformações da soberania, que não deixava, entretanto de ser a força de que emanava.”²⁴⁵

Foi particularmente na Idade Média que se afirmou verdadeiro retrocesso, em função da confusão criada por glosadores de obras originárias do período da república romana, no sentido de que a Jurisdição baseava-se apenas no conhecimento e não na execução das decisões, como se decidir fosse mais importante do que executar o que foi decidido.²⁴⁶

Tais considerações acima demonstram que, antes de o Estado conquistar para si o poder de declarar qual o direito no caso concreto e promover a sua realização prática – Jurisdição –, houve três fases distintas: a autotutela, a arbitragem facultativa e a arbitragem obrigatória. “O processo surgiu com a arbitragem obrigatória. A jurisdição, só depois (no sentido em que a entendemos hoje).”²⁴⁷

Por outro lado, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, afirmam que,

Essas fases não ocorreram de forma marcadamente distinta, de modo que se possa enxergá-las, num olhar voltado para o passado, absolutamente separadas umas das outras. Não houve marcos divisórios nítidos, precisos, entre essas diferentes fases, correspondentes a distintos modos de solução de conflitos admitidos pelas diversas sociedades ocidentais. A história mostra que, em quase todos os momentos, esses diferentes sistemas conviveram uns com os outros, ora com predominância de um, ora com predominância de outro.

E prosseguem os autores:

Ainda hoje essa concomitância se verifica com muita clareza, apesar da predominância da atividade jurisdicional estatal nos estudos

²⁴⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67-68 (*sic*)

²⁴⁶ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 164.

²⁴⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 23. Lembrando que a Autocomposição, forma de resolução de Conflitos abordada no item 1.4.2 desta Dissertação é tão antiga quanto a autotutela.

teóricos sobre o tema. A progressiva afirmação da solução jurisdicional estatal dos conflitos de interesses faz com que se afirme, na doutrina, que a jurisdição, como expressão da soberania estatal, é monopólio do Estado.²⁴⁸

Da leitura dos autores pesquisados, denota-se que essa evolução não se deu de forma linear. A história das instituições se faz por meio de marchas e contramarchas, entrecortada de retrocessos e estagnações, de modo que a historicidade aqui descrita constitui uma análise macro, sem o intuito de esgotar o assunto, mas na perspectiva de chegar ao Estado, através da Jurisdição, o poder de dirimir Conflitos e pacificar pessoas. Nos dizeres de Márcio Ricardo Staffen, “Em face desta ação estatal de “dicção do direito” resta cristalino o fato de que o Estado é o embrião da jurisdição”.²⁴⁹ Outrossim, Sérgio Bermudes diz que “A jurisdição, como tantas outras instituições jurídicas, é produto da experiência da humanidade, forjada através dos tempos.”²⁵⁰

Com o advento da Revolução Francesa estabeleceu-se o Estado de Direito, consolidando neste, a função jurisdicional. Tal Revolução tornou efetivo o Princípio da Separação dos Poderes do Estado, que se refletiu nos ordenamentos jurídicos dos Estados modernos. Tornou-se pacífico que a Jurisdição, como função do Estado, é atribuída com exclusividade a um dos poderes deste, o Poder Judiciário, através dos seus órgãos, juízes e tribunais.²⁵¹

²⁴⁸ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 107-108. Importante lembrar que tal noção não retira dos jurisdicionados, ao menos em regra, a possibilidade de resolver seus Conflitos por conta própria, de modo consensual, como abordado nesta Dissertação, a exemplo dos meios autocompositivos – negociação, conciliação e Mediação –, e, da arbitragem, forma heterocompositiva tida como equivalente jurisdicional, atividade que embora não exercida pelo Estado é constitucionalmente legítima, sendo inclusive protegida e incentivada pelo mesmo.

²⁴⁹ STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, constituição e juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 164. (aspas no original)

²⁵⁰ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 29.

²⁵¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68. Dos ensinamentos de Márcio Ricardo Staffen extrai-se que “Muito embora se insista na máxima de que só há jurisdição em sede de Poder Judiciário, é evidente que não é só este que detêm o poder de aplicar normas, muito pelo contrário. Por outro lado, se coubesse exclusivamente a um único poder o exercício exclusivo das funções estatais restaria vilipendiada a garantia de divisão de poderes inscrita no artigo 2º da CRFB/88, cerne do constitucionalismo moderno. Nos dizeres de Alcalá-Zamora y Castilho a jurisdição não se limita

A Jurisdição aqui, enquanto atribuição exclusiva do Poder Judiciário, pressupõe o Poder Legislativo, com a incumbência de formular leis, de criar direito objetivo²⁵², a regular a ordem jurídica. A Jurisdição, neste sentido, pressupõe a lei, o direito objetivo. Ela é exercida em face de Conflitos e por provocação do interessado. É função provocada.²⁵³

José Frederico Marques diz que a Jurisdição “é função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito objetivo.”²⁵⁴ Afirma que o monopólio do Poder Judiciário para o exercício da Jurisdição Civil se dá em virtude das garantias constitucionais da magistratura²⁵⁵, de forma que a Jurisdição deve pressupor a imparcialidade e a independência de seu órgão “que, se superpondo às partes em conflito, aplique a vontade concreta da lei, com Justiça, isto é, dando a cada um o que é seu, segundo o que a ordem jurídica vigente prevê e estatui.”²⁵⁶

O indivíduo que recorre à função jurisdicional do Estado externa uma pretensão contra ou em relação a alguém. Ao órgão jurisdicional competem o direito e o dever de averiguar e declarar, compondo desta forma a lide, se aquela pretensão é protegida pelo direito objetivo, assim como, no caso afirmativo, realizar as atividades necessárias à sua efetivação prática – execução.²⁵⁷

apenas ao Judiciário”. [...] E prossegue STAFFEN: “Conforme atesta Cândido Rangel Dinamarco, “Em todos os setores de suas atividades, exercendo diretamente ou comandando o exercício do poder nacional, o Estado *decide*”. Essa afirmação corresponde, em suma, a existência da jurisdição não somente no Poder Judiciário, especificamente no processo de cognição, mas também nos processos administrativos e legislativos, tanto no exercício de suas funções típicas quanto nas atípicas, como no caso do Executivo ou Legislativo julgar, por exemplo.” (STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, constituição e juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 164-165.) (aspas e itálicos no original)

²⁵² “Direito *Objetivo*: aquele escrito, comum, regula as relações humanas, exercício de direitos, o cumprimento de deveres; *direito normativo material*, positivo.” TORRIERI GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2003. p. 261.

²⁵³ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68.

²⁵⁴ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 62.

²⁵⁵ No que diz respeito às garantias constitucionais da magistratura, consultar artigo 95, *caput* e incisos I a III da CRFB.

²⁵⁶ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 64.

²⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 68. Edward Carlyle Silva, pautado nos ensinamentos de Francesco Carnelutti, nos diz que “*pretensão* é a exigência de subordinação de

Da Leitura da obra de José Frederico Marques extrai-se que a Jurisdição se exerce: a) por meio do processo, na composição das lides; e b) através de órgãos independentes do Poder Judiciário, que solucionam o litígio com imparcialidade e com justa aplicação do Direito objetivo. Aponta ainda, que são pressupostos da Jurisdição Civil: a) a propositura da ação; e b) o respeito aos Princípios do Devido Processo legal e do Contraditório.²⁵⁸

De acordo com Edward Carlyle Silva “É atributo do Estado prestar a jurisdição, não podendo fazê-lo, entretanto, de ofício, devendo ser provocado *através do exercício do direito de ação*.”²⁵⁹ Uma vez provocado, o Estado é compelido à prestação jurisdicional, fazendo uso do processo como instrumento para alcançar tal objetivo. Ademais, é por meio do processo que o Estado torna pública sua decisão em relação ao Conflito que lhe foi levado a conhecimento e julgamento. E sintetiza o autor: “A **jurisdição**, para ser exercida, precisa de um **processo**. E não há jurisdição, em regra, sem que para tanto ocorra o exercício do direito de **ação**.”²⁶⁰

Moacyr Amaral Santos assevera que uma das funções basilares do Estado é,

assegurar a ordem jurídica, e, pois, compor as lides ocorrentes por meio da atuação da lei, o que corresponde a dizer que função do Estado, entre outras, é administrar a justiça. A essa função do Estado se dá o nome de função jurisdicional, ou, simplesmente, jurisdição, e aos órgãos que a exercem o de órgãos jurisdicionais, ou órgãos do Poder Judiciário. Poder-se-á, assim, dizer que processo é

interesse alheio ao interesse próprio. Se uma das pessoas abre mão de seu interesse em favor do outro, não há qualquer conflito a ser dirimido e o interesse é satisfeito. No entanto, se o outro indivíduo resiste a essa exigência, ou seja, se ele não abre mão de seu interesse em favor do outro, resistindo à pretensão manifestada pela parte interessada, surge o litígio, que no direito italiano é chamado de *lite* e no direito brasileiro é conhecido como lide. O termo *lide* significa, portanto, o conflito de interesses caracterizado por uma pretensão resistida (processo de conhecimento) ou não satisfeita (processo de execução). [...] resumindo, [...] a jurisdição é a busca da justa composição da lide” (CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 4-5.) (itálicos no original)

²⁵⁸ MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975. p. 64. No que diz respeito aos referidos Princípios do Devido Processo Legal e do Contraditório, consultar artigo 5º, e incisos LIV e LV da CRFB, nesta ordem.

²⁵⁹ CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 2. (itálicos no original) Neste sentido importante colacionar os dizeres do Art. 2º do CPC/2015: “O processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei.”

²⁶⁰ CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil**. 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014. p. 2. (negritos no original)

um complexo de atos coordenados, tendentes ao exercício da função jurisdicional.²⁶¹

Mário Guimarães expõe de forma concisa que “O poder de julgar pertence à Nação, que o exerce por meio de seus juízes. Chama-se a esse poder – jurisdição.”²⁶² No mesmo sentido, Athos Gusmão Carneiro afirma que “Nos Estados Nacionais modernos, a jurisdição é uma das expressões da soberania do Estado, e é exercida em nome do povo (CF, art. 1º, parágrafo único).”²⁶³ E, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco fixam o entendimento de que “o objetivo-síntese do Estado contemporâneo é o *bem comum* e, quando se passa ao estudo da jurisdição, é lícito dizer que a projeção particularizada do bem comum nessa área é a *pacificação com justiça*.”²⁶⁴

Frente ao exposto, denota-se que a Jurisdição tem papel de suma importância na pacificação dos Conflitos, e, por consequência da Sociedade.

Impende destacar ainda, que à luz da CRFB, a atividade jurisdicional vai além da aplicação da lei – no sentido de lei infraconstitucional –, destina-se de igual forma e principalmente “à aplicação da Constituição – o que implica o permanente controle da lei e exige, em muitos casos, a direta aplicação de princípios constitucionais em campos em que a lei é omissa ou insuficiente.”²⁶⁵ Ademais, a atividade jurisdicional não é somente uma simples forma de resolução de litígios individuais.²⁶⁶

²⁶¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 13.

²⁶² GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. n. 23, p. 53.

²⁶³ CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 26. (itálicos no original)

²⁶⁴ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25. (Itálicos no original)

²⁶⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 125.

²⁶⁶ A exemplo das ações de controle direto de constitucionalidade e das ações coletivas, onde a atividade jurisdicional produz resultados aplicáveis a toda uma generalidade de pessoas, quando não a todos os jurisdicionados. (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 125)

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini asseveram que,

Os órgãos jurisdicionais passam a equacionar não apenas litígios privados, intersubjetivos – mas verdadeiros conflitos institucionais, que põe em choque a sociedade como um todo (basta tomar como exemplos importantes questões enfrentadas pelo Judiciário brasileiro nos últimos anos: interrupção de gestação de feto anencefálico; pesquisas com células-tronco de embriões; efeitos jurídicos da união homoafetiva; responsabilidade por possíveis perdas em planos econômicos etc.).²⁶⁷

Não se pretendendo esgotar, por óbvio, o assunto em pauta, finaliza-se com a compreensão de que o papel de pacificador de Conflitos exercido pelo Poder Judiciário brasileiro através da Jurisdição, neste contexto, é otimizado, assumindo novas características frente a uma Sociedade emergente.

2.2 ESPÉCIES DE JURISDIÇÃO

A Jurisdição, enquanto manifestação do poder estatal soberano, a princípio não admite divisões, pois falar em várias jurisdições num mesmo Estado significaria reconhecer a existência de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido. “A jurisdição é, em si mesma, tão una e indivisível quanto o próprio poder soberano. A doutrina, porém, fazendo embora tais ressalvas, costuma falar em *espécies de jurisdição*.”²⁶⁸

José Eduardo Carreira Alvim corrobora com este entendimento, aduzindo que,

²⁶⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 125.

²⁶⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 142. (Itálicos no original). Athos Gusmão Carneiro destaca que há o sistema da dualidade da Jurisdição, denominado de sistema francês, que não será aqui abordado por não ser adotado no Brasil. Por outro lado, no que diz respeito ao sistema da unidade da Jurisdição, o autor diz que “Nos países que seguem o sistema da *unidade da jurisdição* (sistema “inglês”, igualmente adotado em linhas gerais nos EUA, nos países latino-americanos e em países sob influência cultural britânica) impõe-se plenamente a regra do *monopólio da jurisdição pelo Poder Judiciário*. [...] No Brasil, vigora o princípio da “unidade da jurisdição”. (CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 66-67). (itálicos e aspas no original)

A jurisdição, considerada em si mesma, é emanção da soberania do Estado, pelo que, sendo única a soberania, una também é a jurisdição. Entender o contrário seria admitir a existência de uma pluralidade de soberanias atuando no âmbito de *um mesmo* território, o que contraria a própria ideia de Estado.

E prossegue o autor:

Quer decida um conflito de interesses de natureza civil, quer penal ou trabalhista, o Estado exerce a jurisdição, pois a diversidade de lide não determina a diversidade da função jurisdicional. Neste sentido, afirma-se que a *jurisdição é una*, quer dizer, não comporta divisões. A doutrina, no entanto, costuma classificar a jurisdição, segundo vários critérios, quando se fala, então, em *espécies de jurisdição*.²⁶⁹

A Jurisdição é, então, função do Estado, sendo exercida com a mesma finalidade para todas as espécies de Conflitos, quaisquer que seja a natureza destes. “As atividades jurisdicionais não diversificam porque o conflito a compor-se é de natureza penal, civil, trabalhista, eleitoral. Nesse sentido se diz que a função jurisdicional é *una*, sempre idêntica.”²⁷⁰ Todavia, por razões de ordem prática, decorrentes do Princípio da Divisão do Trabalho, distingue-se as atividades jurisdicionais segundo vários critérios. “Fala-se, a respeito, em *espécies de jurisdição*”.²⁷¹

Abordar-se-á na sequência, as espécies de Jurisdição segundo as classificações comumente adotadas pelos doutrinadores da teoria processual civil pátria.

Num primeiro momento, podemos dividir a Jurisdição em comum e especial.

²⁶⁹ ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 76-77. (itálicos no original)

²⁷⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 73. (itálicos no original)

²⁷¹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil: Processo de conhecimento**. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74. (itálicos no original)

2.2.1 Comum e Especial

Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini asseveram que neste critério classificatório, diferencia-se a função jurisdicional conforme

a “justiça competente”. A jurisdição comum se subdivide em civil e penal; a jurisdição especial, em militar, trabalhista e eleitoral. Por outro lado, em razão da adoção da forma federativa de Estado, a justiça comum comporta outra divisão: federal e estadual.²⁷²

Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy, por sua vez destacam que “a jurisdição comum é aquela exercida pelas justiças comuns – da União e dos Estados-membros; a jurisdição especial é aquela exercida pelas justiças especializadas, quais sejam a militar, a eleitoral e a do trabalho”.²⁷³

Jose Eduardo Carreira Alvim nos diz que “A jurisdição *especial* tem o seu campo de atuação assinalado pela lei, como a militar, eleitoral e trabalhista; e a jurisdição comum tem competência sobre todas as causas que não estejam expressamente atribuídas a outras jurisdições, como a jurisdição comum, federal e a estadual.”²⁷⁴

Marcus Vinicius Rios Gonçalves, por seu turno, afirma que “A Constituição Federal, ao formular regras de organização judiciária distingue entre a justiça comum e as justiças especiais.” O autor faz referência às justiças especiais, no sentido de jurisdições especiais, admitindo como tais a trabalhista, a militar e a eleitoral. No que se refere à Jurisdição comum, diz que cumpre a esta, julgar toda matéria que não se enquadrar na especial. Ainda, que a justiça comum, no sentido de Jurisdição, pode

²⁷² WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 112. (aspas no original)

²⁷³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 173. Ao compreenderem a Jurisdição comum como a exercida pelas justiças comuns da União e dos Estados-Membros, os referidos doutrinadores admitem, a exemplo dos demais consultados pelo autor da presente Dissertação, outra divisão: federal e estadual, nesta ordem.

²⁷⁴ De acordo com o autor prevalece na doutrina pátria o entendimento de que a justiça federal se insere no âmbito da justiça comum, uma vez que seus juízes processam e julgam qualquer lide não compreendida na competência reservada às justiças especiais. Para ele, “ao lado de uma justiça

ser estadual ou federal.²⁷⁵

Nos dizeres de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco:

[...] A Constituição atribui competência para causas de determinada natureza e conteúdo jurídico-substancial: Justiça do Trabalho, pretensões oriundas da relação de trabalho (art. 114); Justiça Eleitoral, matéria relacionada com eleições políticas (art. 121); Justiça Militar, causas penais fundadas no direito penal militar e na Lei de Segurança Nacional. E justamente porque cabe a tais “Justiças” a apreciação de litígios fundados em ramos específicos do direito material, essas são as Justiças Especiais. As demais (Justiça Federal e Justiça Estadual), justamente porque conhecem de qualquer matéria não contida na competência especialmente reservada às primeiras, exercem **jurisdição comum** e são chamadas Justiças comuns. São elas que aplicam, no seu trabalho diuturno, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal comum.²⁷⁶

Em síntese, a Jurisdição especial está adstrita à militar, à do trabalho e à eleitoral. Já a Jurisdição comum, se subdivide em civil e penal, atuando tanto na esfera estadual quanto na federal.

O Direito Processual Civil, interesse de estudo nesta Dissertação, compreende as atividades desenvolvidas pelo Estado no exercício da Jurisdição Civil, que será abordada na sequência, juntamente com a penal, para efeitos de diferenciação. Neste sentido colaciona-se os arts. 13 e 16 do CPC/2015²⁷⁷. Art. 13.: “A jurisdição civil será regida pelas normas processuais brasileiras, ressalvadas as disposições específicas previstas em tratados, convenções e acordos internacionais de que o Brasil seja parte.” Art. 16.: “A jurisdição civil é exercida pelos juízes e

comum federal, existe uma justiça comum estadual”. (ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 77.) (itálicos no original)

²⁷⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. Pedro Lenza (Coord.) 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90 (Coleção Esquematizado)

²⁷⁶ De acordo com os autores, impende registrar no que se refere à Jurisdição especial militar, que esta comporta também a estadual. “[...] permite-se também que as unidades federadas, instituem as suas Justiças Militares Estaduais.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 146). (negritos do autor da presente Dissertação)

²⁷⁷ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jan. 2017.

tribunais em todo território nacional, conforme as disposições deste Código.”

2.2.2 Civil e Penal

Para Humberto Theodoro Júnior, o campo da Jurisdição Civil,

é delineado por exclusão, de forma que a jurisdição civil se apresenta com a característica da generalidade. Aquilo que não couber na jurisdição penal e nas jurisdições especiais será alcançado pela jurisdição civil, pouco importando que a lide verse sobre direito material público (constitucional, administrativo etc) ou privado (civil ou comercial).²⁷⁸

Moacyr Amaral Santos, por sua vez, distingue a Jurisdição penal da civil, dizendo que: “versa a *jurisdição penal* sobre lides de natureza penal, que são reguladas pelo direito penal. Seu instrumento é o processo penal, disciplinado pelo direito processual penal.” E prossegue o autor: “Todas as lides de natureza não penal são do âmbito da *jurisdição civil*, no sentido amplo. Jurisdição civil, assim, versa sobre lides de natureza não penal, isto é sobre conflitos de interesses qualificados por uma pretensão de natureza não punitiva.”²⁷⁹

Ao diferenciar Jurisdição Civil da penal, Cassio Scarpinella Bueno expõe que Jurisdição Civil “é toda aquela que se volta a não apreciar questões de cunho penal, isto é, regidas pelo direito penal. [...] Jurisdição civil é a não penal”.²⁸⁰

Na mesma esteira, Luiz Rodrigues Wambier e Eduardo Talamini, expressam que no sistema jurídico brasileiro, a identificação da Jurisdição Civil é realizada por exclusão. “Se se está diante de um caso que se pretenda aplicar

²⁷⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 117.

²⁷⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 74-75. (itálicos no original)

²⁸⁰ Observa o autor, que “a distinção entre “jurisdição civil” e “jurisdição penal” acaba por recair, em última análise, na “jurisdição comum”, em contraposição à “jurisdição especial”, em que estão classificados os órgãos jurisdicionais trabalhistas, eleitorais e militares.” (BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 259-260.) (aspas no original)

sanção punitiva criminal, por conta de uma possível conduta delituosa, atua a jurisdição penal. A jurisdição civil, em sentido amplo, é a que atua em todos os demais casos.”²⁸¹

Por derradeiro, Athos Gusmão Carneiro diferencia Jurisdição penal de Jurisdição Civil, ensinando que temos a: “Jurisdição penal – quando o titular da ação (Ministério Público ou o querelante) pretende a aplicação ao demandado de sanções de natureza penal (finalidade “aflictiva”)”. Já a Jurisdição Civil “é exercida em face de pretensões não penais, com finalidade *reparatória (lato sensu)* ou de resguardo do direito violado ou ameaçado.”²⁸²

Em resumo, a Jurisdição penal é a exercida na aplicação da lei penal, e, por exclusão, denomina-se Jurisdição Civil toda aquela que não é penal.

Analisar-se-á na sequência, as jurisdições contenciosa e voluntária.

2.2.3 Contenciosa e Voluntária

Dos ensinamentos de Horácio Wanderlei Rodrigues e Eduardo Lamy abduz-se que “**essas espécies de jurisdição pertencem especificamente ao processo civil**. O elemento principal a diferenciá-las está no fato de que na jurisdição contenciosa há um conflito de interesses, enquanto na jurisdição voluntária há uma pretensão comum.”²⁸³

²⁸¹ Anotam os autores que “a jurisdição comum pode ser civil ou penal. E também as duas modalidades estão presentes na jurisdição especial – com ressalva de que a jurisdição militar é exclusivamente penal, e trabalhista, exclusivamente civil (no sentido de não penal).” (WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil: teoria geral do processo**. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 112.)

²⁸² CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 53. (aspas e itálicos no original) Destaca o autor à mesma página que a Jurisdição Civil “abrange todos os ramos não penais, incluindo as matérias de direito administrativo, comercial, tributário, agrário etc.”

²⁸³ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 174. (negritos do autor da presente Dissertação). Registram os autores à nota 25 da mesma página, que “desejando realizar uma diferenciação maior, pode-se dizer que a jurisdição contenciosa possui partes, o ato jurisdicional final é uma sentença que exige processo, e as decisões proferidas adquirem, regra geral, a qualidade de coisa julgada material; já a jurisdição voluntária possui interessados, se caracteriza mais propriamente como um ato administrativo de homologação de vontades comuns mediante procedimento administrativo, e

A Jurisdição contenciosa é exercida em virtude de Conflitos de interesses caracterizados por uma pretensão. Tem por objeto as lides a serem compostas. O processo que é o instrumento da Jurisdição pressupõe a existência de partes – o autor (polo ativo) –, que suscita uma providência jurisdicional formulando uma pretensão tutelada pelo direito, com a finalidade de que o órgão jurisdicional atue o direito objetivo –, e o polo passivo, contra quem ou em relação a quem é solicitada tal providência, o réu. Pressupõe contraditório e tem por finalidade precípua, com caráter de imparcialidade, assegurar a paz jurídica.²⁸⁴

Ainda de acordo com Moacyr Amaral Santos, enquanto que na

jurisdição contenciosa há sempre possibilidade de controvérsia, circunstância que a caracteriza, na voluntária desconhece-se essa possibilidade. [...] os característicos da jurisdição contenciosa – a *existência de partes* e a *possibilidade de controvérsia* – não se encontram na jurisdição voluntária.

E acrescenta o autor:

A jurisdição contenciosa tem por objetivo compor conflitos de interesses, com caráter de imparcialidade; sua finalidade, compondo conflitos, é a pacificação. A jurisdição voluntária tem por objeto interesses não em conflito, seu objetivo é tutelar determinado interesse, protegendo o respectivo interessado: sua finalidade imediata é a *proteção do interessado*.²⁸⁵

Da doutrina de Ovídio Araújo Baptista da Silva e Fábio Luiz Gomes extrai-se que, designa-se “jurisdição voluntária a um complexo de atividades confiadas ao Juiz nas quais, ao contrário do que acontece com a jurisdição contenciosa, não há

decisões proferidas não adquirem a qualidade de coisa julgada material. Não há entretanto unanimidade na teoria processual sobre essa caracterização.”

²⁸⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77. Em relação à segurança da paz jurídica, para que não seja ilusória, diz o autor que a decisão definitiva através da qual o órgão jurisdicional compõe a lide produz coisa julgada material.

²⁸⁵ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 82. (itálicos no original)

litígio entre os interessados.”²⁸⁶

Segundo José da Silva Pacheco, a Jurisdição voluntária poderia ser apresentada sob a ótica de três correntes distintas. Veja-se:

- como atividade administrativa – assim muitos autores como *Chiovenda*, *Calamandrei*, *Alfredo Rocco*, vêem a jurisdição voluntária como uma atividade da administração pública;
- como atividade não jurisdicional – nesta concepção, à qual se filia *Alcalá-Zamora y Castillo*, a jurisdição não será nem administração, nem jurisdição, mas uma terceira corrente não especificada;
- como atividade jurisdicional – aqui se tem vários doutrinadores como defensores, dos quais citamos, *Martini e Micheli* e *Satta* para quem “a jurisdição abrange a voluntária, uma vez que, sendo aquela a substituição do ordenamento jurídico pelo juiz, insta realizá-la toda vez que ocorrer qualquer crise”. E continua: “a jurisdição nem sempre pressupõe uma contrariedade em tema de direito, isto é, nem sempre é contenciosa”.²⁸⁷

Sendo assim, a característica primordial da Jurisdição voluntária é precisamente a ausência de Conflito entre as partes de forma que, para uma corrente de doutrinadores a Jurisdição voluntária nem sequer seria considerada Jurisdição, exatamente pela ausência de lide.²⁸⁸ Destaca-se ainda que ela se dá por meio de uma ação voluntária e através de um requerimento, não havendo partes e sim requerentes. Ademais, não produz coisa julgada material.²⁸⁹

Moacyr Amaral Santos entende que a função da Jurisdição voluntária, a exemplo da contenciosa também é assegurar a paz jurídica. Anota:

A jurisdição voluntária não é propriamente jurisdição que pressupõe um conflito de interesses a ser composto pelo órgão judiciário, substituindo as atividades das partes em conflito. A jurisdição voluntária se exerce para tutelar determinadas categorias de interesses, protegendo os respectivos interessados. **Sua finalidade é assegurar a paz jurídica**, não que esta esteja ameaçada ou

²⁸⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil**. São Paulo: RT, 1997. p. 74.

²⁸⁷ PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções**: processo de execução. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 111-112. (aspas e itálicos no original, *sic*)

²⁸⁸ Destaca-se que os autores pesquisados nesta Dissertação adotam a Jurisdição voluntária como atividade jurisdicional, inclusive a chamam, também, de Jurisdição graciosa.

²⁸⁹ ZAINAGUI, Maria Cristina. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: LTr, 2009. p. 53-54.

violada, mas porque o interesse a tutelar-se é daqueles que merecem especial proteção do Estado.²⁹⁰

Impende registrar ainda, mas não menos importante, que o CPC/2015 aborda os procedimentos de Jurisdição voluntária nos arts. 719 a 770.

Na continuidade, abordar-se-á as jurisdições inferior e superior.

2.2.4 Inferior e Superior

A Jurisdição inferior é desempenhada por órgãos de Jurisdição de primeiro grau, também chamados de primeira instância – os juízos. A Jurisdição superior, por sua vez, é exercida por meio dos órgãos que prestam a Jurisdição de segundo grau ou de segunda instância – os vários tribunais da organização judiciária brasileira.²⁹¹

Para José Eduardo Carreira Alvim, a Jurisdição inferior “é a que se exerce na primeira instância, por juiz que conhece e julga, originariamente, as causas.” Já a Jurisdição superior “é a exercida na superior instância, por força de recurso interposto em causa já sentenciada, como consequência do duplo grau ou por força de remessa *ex officio*.”²⁹²

²⁹⁰ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 80. (negritos do autor da presente Dissertação)

²⁹¹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 173. Observam os autores à nota 24 da mesma página, que “tanto os órgãos de primeira instância como os de segunda prestam a integridade da jurisdição dentro de suas competências, não possuindo a segunda instância poder de mando sobre o que deve decidir a primeira; o que a segunda instância faz é analisar os recursos das decisões da primeira instância, podendo alterá-las, mas não pode ordenar aos órgãos de primeiro grau que decidam de uma forma ou de outra. A exceção fica por conta das decisões com efeito vinculante e das súmulas vinculantes, previstas na Constituição Federal em seus arts. 102, § 2º e 103-A.”

²⁹² ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 77. (itálicos no original) Anotam Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco que “Em alguns casos, a lei entende que o processo deva ter início já perante os órgãos jurisdicionais superiores, em razão de determinadas circunstâncias, como a qualidade das pessoas, a natureza do processo etc. (competência originária dos tribunais).” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 148.)

Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco comentam que,

É da natureza humana o inconformismo perante decisões desfavoráveis: muitas vezes, aquele que sai vencido em um processo quer nova oportunidade para demonstrar as suas razões e tentar outra vez o ganho da causa. Por isso, os ordenamentos jurídicos em geral instituem o *duplo grau de jurisdição*, princípio consistente na possibilidade de um mesmo processo, após julgamento pelo juiz inferior perante o qual teve início, voltar a ser objeto de julgamento, agora por órgãos superiores do Poder Judiciário.²⁹³

Respaldando tal entendimento, acerca da importância do duplo grau de Jurisdição na esfera civil, Moacyr Amaral Santos afirma que:

A doutrina recomenda, e a lei estabelece, para a boa administração da justiça, um duplo grau de jurisdição, possibilitando a interposição de recursos das decisões de juízes de categoria inferior para os juízes de categoria superior, isto é, dos juízes de primeiro grau para juízes de segundo grau. A jurisdição de primeiro grau, ou inferior, conhece e decide das causas, com recurso para a jurisdição superior, que pode reformar as decisões daquela. Na jurisdição civil, no sentido estrito, a inferior é exercida pelos juízes de direito e pelos juízes federais. Num patamar imediatamente acima é exercida pelos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, e, ainda, pelos Tribunais Regionais Federais.²⁹⁴

Acrescente-se por fim, que no sistema brasileiro existem ainda os Tribunais *ad quem* superiores, a saber, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, e o Supremo Tribunal Federal – STF, este último, órgão máximo na organização judiciária brasileira, e que exerce a Jurisdição em nível superior ao de todos os outros juízes e tribunais.

Em seguida abordar-se-á a Jurisdição interna e externa.

²⁹³ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 147. (itálicos no original)

²⁹⁴ SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 75.

2.2.5 Interna e Externa

Tais espécies de Jurisdição dizem respeito à soberania de cada Estado-nação. Por conseguinte “a jurisdição interna é aquela compreendida como nacional, enquanto a externa, a desempenhada por outros países ou por organismos supraestatais.”²⁹⁵

De acordo com Cassio Scarpinella Bueno “A jurisdição ainda pode ser compreendida no âmbito interno (nacional) e no âmbito externo (internacional). Trata-se, aqui, de classificação que traz à tona as questões relativas à soberania de cada país”.²⁹⁶

No Ordenamento Jurídico brasileiro, a CRFB em seu art. 5º, § 4º²⁹⁷, por exemplo, submete o Brasil à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional, ao qual tenha aderido. Ainda no âmbito da CRFB²⁹⁸ registra-se que a Jurisdição pátria atribui competência originária ao STJ, para o homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de ‘*exequatur*’ às cartas rogatórias. No plano infraconstitucional, o CPC/2015, estabelece os limites da Jurisdição nacional – e da cooperação internacional –, nos arts. 21 e seguintes.

No que diz respeito à Jurisdição interna, o aspecto relevante é a verificação “diante da unidade da jurisdição e da pluralidade de órgãos que a exercem, desde a Constituição Federal, qual órgão Judiciário atuará em cada caso concreto, e a que título.”²⁹⁹

²⁹⁵ WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 114.

²⁹⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263.

²⁹⁷ Art. 5º. [...] § 4º. “O Brasil se submete à Jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.” Colaciona-se este artigo a título de exemplo, uma vez que a matéria penal não é objeto desta Dissertação.

²⁹⁸ Art. 105, I, ‘i’. “Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originalmente: [...] i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;” (itálicos no original). A título de informação, o CPC/2015 regulamenta o procedimento para homologação de decisão estrangeira e concessão de ‘*exequatur*’ à carta rogatória nos arts. 960 a 965.

²⁹⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 264. Neste diapasão, destaca BUENO à mesma página, que “É por esta razão que se faz necessário, idealmente, repartir o

Inobstante esta Dissertação ter por objeto o exame da Jurisdição interna (nacional; brasileira), impende registrar a título de informação, por ser de suma importância, os dizeres de Cassio Scarpinella Bueno no que se refere ao fenômeno da globalização: “Como reflexo inerente à chamada “globalização”, há espaço, até mesmo, para tratar de um “direito processual civil *transnacional* voltado também ao exame da “jurisdição externa”, e, até mesmo, suas relações com a “jurisdição interna”.³⁰⁰

Passa-se em seguida a abordar o próximo tópico.

2.3 A CRISE NO PODER JUDICIÁRIO: INEFICIÊNCIA DA JURISDIÇÃO CIVIL FRENTE AO EXCESSIVO NÚMERO DE DEMANDAS E À CRESCENTE COMPLEXIDADE SOCIAL

A adoção de formas autocompositivas de resolução de Conflitos é justificada, em grande parte, pela intensa dificuldade do Poder Judiciário em administrar o sistema de justiça, que conta com um número cada vez maior de causas em trâmite.³⁰¹ “Judiciário cada vez mais abarrotado, juízes com gabinetes superlotados, falta de funcionários, enfim, o risco de agravamento da crise jurídico-constitucional é uma vertente inquestionável”.³⁰²

Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover considera que,

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento

exercício da jurisdição entre os diversos órgãos que, desde a Constituição Federal, podem exercê-la. É neste sentido que a doutrina nacional refere-se à competência como unidade ou medida de jurisdição.” Registra-se que por motivos do referente estabelecido, não será inserida nesta Dissertação matéria específica relacionada à competência.

³⁰⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 264. (aspas e itálicos no original)

³⁰¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 160.

³⁰² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 17.

entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os "justiceiros").³⁰³

É inegável que a CRFB buscou ampliar as vias de Acesso à Justiça. Por outro lado, é incontestável que tal iniciativa não foi acompanhada do satisfatório aumento da estrutura dos órgãos prestadores da Jurisdição Civil.

Vivemos hoje sob a consolidação da denominada cultura da sentença. Os juízes optam por prolatar sentenças ao invés de envidar seus esforços na busca da solução amigável dos Conflitos. “Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos.”³⁰⁴ O modelo é adversarial e o raciocínio é puramente dialético. “De um conflito entre pessoas, analisado sob o prisma da lide em disputa, resultam sempre vencedores e vencidos.”³⁰⁵

No dizer de Adacir Reis,

Os juízes brasileiros são obrigados a decidir milhares de processos por ano e os tribunais estão abarrotados de causas para julgar. Muitos falam em colapso da máquina judiciária, não obstante o esforço e o alto nível intelectual dos magistrados. A ida ao judiciário é anunciada como um direito de todos, mas o direito, para ser reconhecido na prática, depende de anos e anos de tramitação de um processo judicial. **O ajuizamento de ações foi banalizado.** [...]

E continua o autor:

³⁰³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-fundamentos-da-justi%C3%A7a-conciliativa>>. Acesso em: 13 fev. 2017. (sic)

³⁰⁴ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7. (sic)

³⁰⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. In: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. (Coord.). GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Colab.). **Conciliação e mediação: estruturação da política judiciária nacional**. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31.

A morosidade do judiciário só interessa aos que não têm razão. Portanto, para que o direito possa contribuir para o desenvolvimento econômico e social do Brasil, já passa da hora de romper com essa indústria do litígio, essa cultura do contencioso. As instituições deveriam abrir espaço para as formas alternativas de resolução de conflitos, como a *negociação*, a *mediação* e a *arbitragem*. Aliás, não deveriam ser formas alternativas, e sim formais *iniciais*, modalidades *primeiras* de resolução de divergências, inclusive porque precedem historicamente falando, à própria criação do aparelho estatal nacional.³⁰⁶

Rosemiro Pereira Leal diz que na condição de Ciência, o Direito nada mais é do que o “produto racional e dinâmico de controle sócio-político-econômico em vários níveis temporais de elaboração humana e técnica, à medida que os grupos sociais surgem, organizando-se a si mesmos por regramentos técnico-jurídicos convenientes.”³⁰⁷ Corroborando com os dizeres do autor, Kleber Cazzaro escreve:

este conjunto acaba ditado pelo Estado na posição de responsável maior pela harmonização das relações humanas, pela tutela dos direitos de cada cidadão e dos bens difusos de dimensão planetária. Isto serve para demonstrar que a evolução do Direito e, conseqüentemente, da jurisdição, está intimamente atrelada à evolução do próprio Estado. Portanto, um dos principais focos de ação do Estado é exatamente o estabelecimento de métodos para tratamentos dos conflitos em Sociedade. Seja por mecanismos tradicionais da jurisdição impositiva, seja através de métodos extrajudiciais, não menos eficientes e válidos em relação aos primeiros. Até porque, considerando a complexidade social que existe e a proliferação incontida de conflitos com múltiplas dimensões, a atividade jurisdicional estatal (Poder Judiciário) não pode ser (ou representar) o mecanismo exclusivo para resolução de conflitos da modernidade.³⁰⁸

“A Sociedade não é estática; ela é dinâmica, ansiando cada vez mais pela possibilidade de um viver em harmonia.” Sendo assim, o Estado lhe proporciona

³⁰⁶ REIS, Adacir. Mediação, negociação e cultura do contencioso. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. a. VIII, n. 5, maio 2013, p. 17-27. Curitiba: AMAPAR. p. 19-21. (itálicos no original; negritos do autor da presente Dissertação)

³⁰⁷ LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 18.

³⁰⁸ CAZZARO, Kleber. Arbitragem: uma cultura para resolução de conflitos. *In*: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; STAFFEN, Márcio Ricardo; CAZZARO, Kleber. (Orgs.). **Constitucionalismo em mutação**: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 183.

formas que auxiliem suas disputas, com o propósito de restaurar as relações e o indispensável consenso de modo geral. É fundamental que tais formas sejam divulgadas para que os indivíduos possam utilizá-las, pois a Sociedade possui raízes no sentido de acreditar apenas na resolução dos Conflitos através do judiciário, desconhecendo, de certa forma, a utilização dos meios autocompositivos.³⁰⁹

Rozane da Rosa Cachapuz, no que diz respeito ao enraizamento da cultura litigiosa em nossa Sociedade, observa que:

Na realidade, a nossa sociedade desenvolveu uma cultura litigiosa, dentro da qual prevalecem apenas as resoluções tomadas pela jurisdição estatal, confiando somente a ela, a capacidade jurídica e também física de resolver todos os problemas, essencialmente por desconhecer os meios alternativos de solução de conflitos à disposição, possibilitados pelo próprio Estado.³¹⁰

Petrônio Calmon Filho compactua do mesmo entendimento, qual seja:

A sociedade moderna se apresenta como uma cultura de conflitos, na qual não somente se verifica uma enorme e interminável quantidade de conflitos, como, igualmente, o hábito predominante de atribuir ao Estado a responsabilidade de proporcionar sua solução.³¹¹

José Luiz Bolzan Morais e Anarita Araújo Silveira, *apud* Rozane da Rosa Cachapuz, aduzem que,

Esse pensar cria fórmulas renomadas no contexto atual, onde observamos que, embora se recorra aos tribunais de forma irracional, por vivermos numa sociedade de cultura essencialmente litigiosa, existe uma quantidade considerável de conflitos que poderiam ser perfeitamente resolvidos pelas próprias partes ou com a ajuda de um terceiro. Esses mecanismos alternativos, entre os quais cita-se a mediação, arbitragem, negociação, conciliação,... colocam-se ao lado do tradicional processo judicial como uma opção que visa descongestionar os tribunais e reduzir o custo e a demora dos procedimentos; estimular a participação da comunidade na resolução

³⁰⁹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 17.

³¹⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 17.

³¹¹ CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil**. v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011. p. 42.

dos conflitos, e facilitar o acesso à justiça [...].³¹²

Denota-se daí, que se tem como novo enfoque a utilização de mecanismos alternativos, formas de resolução de Conflitos a serem utilizadas no Brasil, notadamente a Mediação, objeto desta Dissertação, as quais devem caminhar juntamente com as aspirações sociais. Ademais, é notório que “a crescente demanda por respostas às lides levadas ao órgão jurisdicional esbarra em obstáculo, talvez, intransponível: o Poder Judiciário – como os demais órgãos do Estado – contém evidentes limitações.”³¹³

Alvo de milhares de processos destinados a resolver Conflitos entre cidadãos, empresas e órgãos públicos, é fundamental a premência de aperfeiçoamento de uma das instituições mais caras ao Estado Democrático de Direito, o Poder Judiciário, cujo desempenho, notadamente veio sendo solapado desde o século passado, motivado pelo crescimento socioeconômico do povo brasileiro, bem como pela disseminação das informações a respeito dos próprios direitos, principalmente a partir da proclamação da CRFB.³¹⁴

Fernando F. Castellani afirma que para tratar de uma visão idealista da Justiça, “Não há dúvida de que as querelas precisam ser resolvidas agilmente, o que infelizmente ainda não acontece, certamente porque não se criou uma infraestrutura capaz de suportar a enorme demanda da população brasileira.” Ainda segundo o autor,

Não deixa de causar tristeza observar que, muitas vezes, as pessoas sofrem a ansiedade da expectativa de uma sentença judicial durante 10%, 20% ou 30% do tempo da sua existência a aguardar pela solução de um litígio. Ora, uma pessoa que viva 80 anos não merece padecer da angústia de não ter seus direitos atendidos, algumas das vezes por mais de 30 anos.³¹⁵

³¹² CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 17-18.

³¹³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 78.

³¹⁴ CASTELLANI, Fernando F. Acesso à justiça: direitos dos cidadãos perante o poder público. **Revista Visão Jurídica**. n. 86. São Paulo: Escala, [s. d.]. p. 64-65.

³¹⁵ CASTELLANI, Fernando F. Acesso à justiça: direitos dos cidadãos perante o poder público. **Revista Visão Jurídica**. n. 86. São Paulo: Escala, [s. d.]. p. 65.

Por outro lado, Humberto Theodoro Júnior diz que o Poder Judiciário e, conseqüentemente a Jurisdição Civil, não devem ser desacreditados pela Sociedade. Veja-se:

Não se trata de desacreditar a Justiça estatal, mas de combater o excesso de litigiosidade que domina a sociedade contemporânea, que crê na jurisdição como a única via pacificadora de conflitos, elevando a um número tão gigantesco de processos aforados, que supera a capacidade de vazão dos órgãos e estruturas do serviço judiciário disponível.³¹⁶

Verifica-se que o acréscimo nos índices de demanda por Justiça ofertada pelo Estado é intimamente ligado às taxas de industrialização e ao processo de urbanização. O aumento de tais indicadores proporciona a ampliação no número e no tipo de Conflitos, elevando-se a probabilidade de que estes se convertam em demanda judicial. Tal potencial, transformação de Conflitos em demanda por serviços judiciais, requer que as partes tenham consciência de seus direitos, bem como, credibilidade na Jurisdição estatal.³¹⁷

Avançando em seus escritos, Maria Teresa Sadek afirma que,

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

E prossegue a autora: “Efetivamente, dados do IBGE de 1988 mostram que a maior parte dos litígios sequer chega a uma Corte de Justiça – apenas 33% das pessoas envolvidas em algum tipo de litígio procuram solução no judiciário.”³¹⁸

³¹⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 76.

³¹⁷ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, maio-ago. 2004. p. 79-101. São Paulo: USP, 2004. p. 86. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

³¹⁸ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, maio-ago. 2004. p. 79-101. São Paulo: USP, 2004. p. 86 e nota 6. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>>. Acesso em: 14 fev. 2017. (sic)

Salienta tal autora que, mesmo diante das críticas, os números relacionados à atuação do Poder Judiciário são monumentais. “São milhares de processos entrados e milhares julgados”. Ao analisar-se a movimentação judicial no que se refere à quantidade de processos entrados, não há como fugir de uma primeira constatação: “a demanda por uma solução de natureza judicial tem sido extraordinária e crescente.” Por outro lado, “ainda que em magnitude relativamente menor, o mesmo pode ser dito sobre os processos julgados. um volume de trabalho apreciável.”³¹⁹

Cesar Luiz Pasold, em artigo lastreado em números configuradores da realidade jurisdicional brasileira, apresentados pelo CNJ no ano de 2006, já apontava a tendência do acelerado aumento na quantidade de demandas. Assim se manifestou o autor:

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ, entre as suas relevantes atividades, tem se dedicado a promover levantamentos numéricos e disponibilizar os resultados, permitindo que os interessados possam debruçar-se sobre partes significativas da realidade jurisdicional em nosso País.

E continua o autor:

Os dados em questão são referentes ao ano de 2006, e permito-me trabalhar com eles, seja pela alta credibilidade da fonte seja porque deve haver modificações nos dados correspondentes ao ano de 2007 (e mesmo 2008, ano ainda não encerrado quando escrevo o presente ensaio). Atrevo-me a arriscar que tais alterações no panorama estatístico não descaracterizarão significativamente a dimensão desafiadora que pretendo evidenciar aqui e agora. **Ao contrário, a tendência é de crescimento do número de demandas**³²⁰.

³¹⁹ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, maio-ago. 2004. p. 79-101. São Paulo: USP, 2004. p. 87. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

³²⁰ PASOLD, Cesar Luiz. Processo, acesso e efetivação da justiça: desafios aos operadores jurídicos. *In*: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 188. (negritos do autor da presente Dissertação). Prossegue o autor às p. 188-189 em sua linha de raciocínio: “Sob tal premissa, trago ao meu leitor alguns números do Relatório do CNJ, que escolhi a título de ilustração e para reflexão [...]”. Apresentar-se-á aqui, a título ilustrativo, os dados coletados pelo autor referentes às Justiças Estadual e Federal em nível de Brasil. JUSTIÇA ESTADUAL: Casos novos no 1º Grau: 10.438.729; Casos novos no 2º Grau: 1.519.007; Casos novos nas Turmas Recursais: 240.147; Casos novos nos Juizados Especiais: 4.181.909; JUSTIÇA FEDERAL: Casos novos no 1º Grau (soma das 5 Regiões): 560.890; Casos novos no 2º Grau (soma das 5 Regiões): 378.458;

Apresentar-se-á na sequência os dados informados pelo CNJ no Relatório Justiça em Números – Infográficos 2016, ano base 2015³²¹, disponibilizado na Internet de forma online em outubro de 2016, que permitirá a percepção do impressionante número de demandas litigiosas no Brasil, bem como do acúmulo de processos pendentes de julgamento, que vieram se acumulando em progressão geométrica ao longo do tempo.

JUSTIÇA ESTADUAL³²²

	1º Grau	2º Grau	Juizados Especiais	Turmas Recursais	Total
Casos Novos	9.603.287	1.821.047	4.087.099	615.841	16.127.274
Casos Julgados	9.461.726	1.917.412	4.481.871	623.133	16.484.142
Casos Baixados	10.359.538	1.717.307	4.232.258	665.685	16.974.788
Casos Pendentes ³²³	45.011.968	1.407.207	5.043.445	512.711	51.975.331

Casos novos nas Turmas Recursais (soma das 5 Regiões): 306.826; Casos novos nos Juizados Especiais (soma das 5 Regiões): 1.140.148.

³²¹ BRASIL. **Justiça em números 2016 – Infográficos: ano base 2015**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>.

Acesso em: 14 fev. 2017. Observa-se que nesta Dissertação importam os dados da Jurisdição Civil, desta forma, os números aqui apresentados serão expostos com base nos dados da Jurisdição comum – Justiça Estadual e Justiça Federal –, no âmbito da Jurisdição Civil, considerando os órgãos de Jurisdição inferior e superior – 1º e 2º graus –, bem como dos Juizados Especiais e respectivas Turmas Recursais, no âmbito da Jurisdição interna (Brasil). Apresentar-se-á números referentes aos casos novos, julgados, baixados e pendentes. Não serão apresentados dados por Magistrado.

³²² O relatório Justiça em Números não apresenta em seus indicadores de gestão, índices percentuais médios de acordos relacionados à Mediação. No que se refere à Conciliação, o relatório apresenta os seguintes números: 1º Grau: 8%; 2º Grau: 0%; Juizados Especiais: 17%; Turmas Recursais: 0%.

³²³ Causa assombro tal número de processos acumulados (pendentes de julgamento) na JUSTIÇA ESTADUAL brasileira, considerando-se os números de todos os Estados da Federação mais o Distrito Federal.

JUSTIÇA FEDERAL³²⁴

	1º Grau	2º Grau	Juizados Especiais	Turmas Recursais	Total
Casos Novos	997.594	456.244	1.653.031	432.544	3.539.413
Casos Julgados	689.919	554.096	1.328.546	440.765	3.013.326
Casos Baixados	855.448	553.116	1.587.374	482.319	3.478.257
Casos Pendentes ³²⁵	5.121.848	1.068.639	1.706.995	983.454	8.880.936

Embora os números soem invencíveis, com um total de 51.975.331 processos acumulados – pendentes de julgamento – na Justiça Estadual brasileira, considerados os números de todos os Estados da Federação mais o Distrito Federal, e, um total de 8.880.936, na Justiça Federal brasileira, considerados os números dos Tribunais Regionais Federais das 5 Regiões, tentativas vem sendo empreendidas no sentido de sanar – ou pelo menos amenizar –, a crise enfrentada pelo Poder Judiciário no âmbito da Jurisdição Civil. Em termos legislativos pode-se citar o CPC/2015, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

O Poder Judiciário, de igual forma, é alvo de modificações estruturais relevantes. Tal instituição, reconhecidamente com perfil arraigado na tradição, nesta se apoiava como garantia segura contra inovações; todavia, reformas estão em andamento e outras modificações ainda estão por vir, o que altera a identidade e o

³²⁴ Os números apresentados referem-se à soma total das 5 Regiões – Tribunais Regionais Federais da 1ª Região, 2ª Região, 3ª Região, 4ª Região e 5ª Região –. O relatório Justiça em Números não apresenta em seus indicadores de gestão, índices percentuais médios de acordos relacionados à Mediação. No que se refere à Conciliação, o relatório apresenta os seguintes números: 1º Grau: 3%; 2º Grau: 1%; Juizados Especiais: 6%; Turmas Recursais: 0%.

³²⁵ É assustador o número de processos acumulados (pendentes de julgamento) na JUSTIÇA FEDERAL brasileira, considerando-se os números dos Tribunais Regionais Federais das 5 Regiões.

perfil deste importante poder.³²⁶

Na ótica de Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco

Vai ganhando corpo a consciência de que, se o que importa é pacificar, torna-se irrelevante que a pacificação venha por obra do Estado, ou por outros meios, desde que eficientes. Por outro lado, cresce também a percepção de que o Estado tem falhado muito na sua missão pacificadora, que ele tenta realizar mediante o exercício da jurisdição e através das formas do processo civil [...]³²⁷

Diante deste cenário, destaca-se que uma das fortes razões pelo grande interesse na adoção de formas autocompositivas de resolução de Conflitos, notadamente a Mediação, é a lentidão do Poder Judiciário. Neste sentido “o tempo é inimigo da efetividade da função pacificadora. A permanência de situações indefinidas constitui [...] fator de angústia e infelicidade pessoal.”³²⁸

Por outro lado, há de se considerar, que a adoção de formas autocompositivas de resolução de Conflitos não deve ser traçada por uma lógica economicista e de maximização da eficiência pela prestação de serviços de “segunda classe”, de tal forma que a justiça togada só estivesse disponível a quem pudesse arcar com seus custos. Estas formas “devem ser complementares em relação à prestação jurisdicional estatal, e não substitutivos em relação a ela.”³²⁹

Nas palavras de Joel Dias Figueira Junior,

[...] Faz-se mister a realização da difícil tarefa de canalização de múltiplos fatores internos e externos em direção a um único quadro de superação da crise jurídica e jurisdicional que temos vivido nos últimos tempos, na busca de resultados diversificados que se materializem na efetividade e efetivação do processo civil por meio da rápida e eficiente solução dos conflitos, intersubjetivos, coletivos

³²⁶ SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, maio-ago. 2004. p. 79-101. São Paulo: USP, 2004. p. 79. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>>. Acesso em: 20 fev. 2017.

³²⁷ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 25-26.

³²⁸ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 26.

³²⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 162.

ou difusos dos jurisdicionados. Há muito se ouve falar nos inúmeros conclaves de processualistas, em voz praticamente uníssona, que o processo está em crise e que existe um verdadeiro descompasso entre o instrumento e a rápida, segura e cabal prestação da tutela por parte do Estado-Juiz. [...]

E prossegue o autor:

Já ouvimos dizer que essa incômoda situação, sobretudo a dos juízes, e a insatisfação dos jurisdicionados ofende gravemente a proteção estatal de natureza civil, seja com referência ao critério deste juízo, a norma, seja no modo pelo qual a tutela jurisdicional é assegurada, isto é, funcionamento do processo. Na verdade, “o problema da justiça civil e da sua crise, envolve a justiça das normas e a justiça do processo”.³³⁰

O quadro real atual comprova que Estados e Sociedades estão erigindo um novo sistema de resolução de Conflitos, devendo nele, ser reorganizadas as funções do Estado e da Sociedade civil, sendo desenvolvidas parcerias entre o público, a comunidade e, eventualmente, o mercado.³³¹

Este novo sistema de resolução de Conflitos deve apresentar como resultado a promoção, pelo Estado, de uma política de Justiça, que insere os tribunais judiciais e que legitime também, as formas não judiciais para dirimir Conflitos. A informalização da justiça e a desjudicialização, incluindo as formas autocompositivas de resolução de Conflitos, constituem caminhos da reforma da administração da justiça, contanto que defendam a igualdade das partes e que promovam o Acesso à Justiça, dado que só esta multiplicidade de processos pode tornar a justiça mais democrática.³³²

Em síntese, frente à grave crise na prestação jurisdicional civil, as formas autocompositivas de resolução de Conflitos passaram a não ser mais uma opção

³³⁰ TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à lei 9.099/1995. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009. p. 43. (aspas no original)

³³¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 163.

³³² ÁLVARES DA SILVA, Antonio. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 259.

propriamente dita, mas sim uma necessidade inadiável para evitar o anunciado colapso. Destaca-se aí a Mediação, objeto desta Dissertação, enquanto mecanismo de Acesso à Justiça.

2.4 ORDENAMENTO JURÍDICO E ACESSO À JUSTIÇA: CONSIDERAÇÕES³³³

A Justiça é um dos assuntos mais complexos para filósofos, teólogos, sociólogos, políticos e juristas. A ideia de Justiça, no transcorrer do tempo, reveste-se de vários sentidos, compondo, a um só tempo, um conceito plurívoco e altamente mutável.³³⁴

Adriana dos Santos Silva, assim se manifesta sobre o tema Justiça e o acesso a ela:

A Justiça, por ser tema complexo e exaustivo, continua com a definição aberta e em plena evolução, de tal forma que, quanto mais complexas as relações interpessoais, mais modificações se vão implementando e se incorporando à sua noção. Pode-se observar que o conceito de Justiça muda de uma sociedade para outra, moldando-se às necessidades desta: a sociedade sofre transformações, assim como a ideia de justiça e o acesso a esta.³³⁵

No mesmo sentido são as colocações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Para eles, “O conceito de acesso à justiça tem sofrido uma transformação importante, correspondente a uma mudança equivalente no estudo e ensino do processo civil.” Para os autores, nos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, o direito ao acesso à proteção judicial, resumia-se ao direito formal do indivíduo agravado propor ou contestar uma demanda.³³⁶ Resta evidente que tal conceito

³³³ Este item é em parte integrante do Artigo “Mediação e o Acesso à Justiça”, desenvolvido para a disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica – FPJ-2015.2, componente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Cesar Luiz Pasold, Doutor e Pós Doutor, sendo que o mesmo não foi publicado até a data final de desenvolvimento deste item (07/03/2017) em nenhum periódico, seja na forma escrita ou eletrônica.

³³⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 75.

³³⁵ SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005. p. 82.

³³⁶ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 9. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

evoluiu, sendo crucial para uma melhor compreensão do tema, fazer-se uma distinção entre Justiça e Jurisdição, e, para isso colaciona-se os dizeres de Águida Arruda Barbosa *apud* Fernanda Tartuce:

[...] a justiça é um ideal de equidade e de razão, é um sentimento, uma virtude, um valor. A jurisdição é uma das funções da soberania do Estado, consistente no poder de atuar o Direito objetivo, compondo os conflitos de interesse, resguardando a ordem social.³³⁷

Por sua vez, a essência do Acesso à Justiça não se traduz simplesmente na possibilidade de que todos possam ir à corte, mas sim que se possa realizar a Justiça no contexto em que se inserem as pessoas, com a segurança da imparcialidade da decisão e da igualdade efetiva das partes.³³⁸ Ademais, o efetivo Acesso à Justiça só existe, no plano processual e material “quando a tutela jurisdicional é pronta e adequada – sem isso não há Justiça, pois dela depende a efetivação de todos os demais direitos, quando desrespeitados.”³³⁹

Nos dizeres de Humberto Theodoro Júnior:

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. Por acesso à justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico.³⁴⁰

Definir o que vem a ser o Acesso à Justiça é uma tarefa hercúlea. Em razão das diferentes e complexas perspectivas que assume, o Acesso à Justiça pode ser conceituado de diversas formas. Sendo assim, para melhor compreender seu significado dentro da perspectiva pautada nesta Dissertação, pode-se tomar em

³³⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 77.

³³⁸ PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. E a justiça aqui tão perto? - as transformações no acesso ao direito e à justiça. **Centro de Estudos Sociais e Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FAD7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

³³⁹ RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 125.

³⁴⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 74.

consideração que o Acesso à Justiça presta para determinar duas finalidades do sistema jurídico, a saber, ser igualmente acessível a todos os que o procuram e produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.³⁴¹

Esse sistema jurídico, ou, como propõe Norberto Bobbio, Ordenamento Jurídico, não toma como ponto de partida somente a norma, baseada em si mesma, mas sim a complexa organização que irá determinar a natureza e a entidade das sanções, os indivíduos que devem exercê-las, bem como a sua execução. Essa complexa organização tem como produto o Ordenamento Jurídico.³⁴² Como o Acesso à Justiça se enquadra no rol de direitos básicos do homem, deverá encontrar respaldo dentro do Ordenamento Jurídico. Dessa forma, parece ser ilógica a concepção de que qualquer forma diferente da via jurisdicional não é apta a proporcionar o Acesso à Justiça, sendo tais vias alternativas estranhas ao Ordenamento Jurídico.

Assumir que um direito que se enquadra no rol de direitos do homem, tal qual o Acesso à Justiça, é estranho ao Ordenamento Jurídico, é um equívoco. A complexa organização que dá origem ao Ordenamento Jurídico não deve ser vista apenas sob o prisma da norma, mas sim como um sistema, onde não é permitida a existência de normas incompatíveis entre si, sendo que uma ou outra, ou ambas, devem ser eliminadas do Ordenamento Jurídico caso sejam incompatíveis. A eliminação de uma norma se dará em razão da existência de um relacionamento de incompatibilidade entre as normas, pois “*o direito não tolera antinomias*”.³⁴³

O fenômeno do Acesso à Justiça por vias alternativas não é contrário ou incompatível com o Ordenamento Jurídico, com a unicidade do direito, dentro de sua dimensão de Ordenamento Jurídico, ou com o poder atribuído ao Estado. Na verdade, este fenômeno revela-se como uma complementação, pois é a expressão

³⁴¹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 8. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

³⁴² BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. p. 38. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (itálicos no original)

³⁴³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. p. 84-85. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (itálicos no original)

do “pluralismo da esfera pública fundante da própria ordem constitucional do Estado”.³⁴⁴

Como bem assinala Fernanda Tartuce:

Assim, tanto se pode operar a realização da justiça pela autotutela (nos limites em que é permitida) como por força da autocomposição (quando as partes resolvem o impasse consensualmente), podendo também ocorrer pela imposição da decisão por um terceiro, tenha este sido eleito pelas partes (o árbitro) ou escolhido pelo Estado (o magistrado). No processo democrático, o acesso à justiça desempenha um relevante papel ao habilitar o cidadão a tutelar os interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica dos conflitos³⁴⁵

O Acesso à Justiça está inserido como um direito fundamental nas constituições político-jurídicas dos Estados Democráticos de Direito.³⁴⁶ Esse enquadramento do Acesso à Justiça como um direito fundamental do homem se dá em razão do sistema jurídico ser um sistema aberto, aberto no sentido de “que é incompleto, evolui e se modifica”.³⁴⁷

Os direitos do homem estão umbilicalmente ligados a dois problemas centrais de nosso tempo: a democracia e a paz. Sem o reconhecimento e a proteção efetiva dos direitos do homem não há possibilidade de democracia, sem democracia restam infrutíferas as tentativas e condições de resolução pacífica dos Conflitos que surgem entre os indivíduos, grupos e os Estados. Um ideal de paz perpétua somente poderá ser perseguido por meio de uma democratização progressiva do sistema internacional, sendo que esta democratização não poderá estar separada da gradual e efetiva proteção dos direitos do homem acima de cada um dos Estados.³⁴⁸

No campo do processo civil, o tema Acesso à Justiça foi abordado de

³⁴⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 79.

³⁴⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 77.

³⁴⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 77.

³⁴⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 24.

³⁴⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 223. Título original: *L'età dei Diritti*. (itálicos no original)

maneira ímpar por Mauro Cappelletti e Bryant Garth. Sua importância é fundamental, porquanto o direito de Acesso à Justiça é um mecanismo indispensável para garantir a efetiva proteção de todos os outros direitos.³⁴⁹

Ao passo em que o Acesso à Justiça é considerado um dos direitos do homem, é necessário dar efetividade a esse direito. Neste intuito, é possível perceber três movimentos ou ondas, que de acordo com Mauro Cappelletti e Bryant Garth surgiram por volta de 1965, buscando uma primeira solução para o problema do Acesso à Justiça.

A primeira onda foi a assistência judiciária, seguida de reformas tendentes a proporcionar representação judiciária para os interesses considerados difusos, que se constitui na segunda onda. A terceira onda é o enfoque de Acesso à Justiça, que recebe esse nome em razão de abarcar os posicionamentos anteriores e representar uma tentativa de ataque às barreiras ao acesso de um modo mais articulado e compreensivo.³⁵⁰

Nos dizeres de Cassio Scarpinella Bueno, tais ondas referenciadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth,

[...] não sucedem, diferentemente do que se dá com as ondas do mar, umas às outras. Elas não vão sozinhas ter com a areia da praia e lá desaparecer. Elas convivem umas com as outras, relacionam-se umas com as outras, dependem umas das outras, avançam e se desenvolvem sempre juntas em direção a uma praia. Elas coexistem e interagem. E não há nada de errado, partindo do raciocínio do saudoso processualista, em que novas “ondas” de acesso à justiça possam ser identificadas e sistematizadas para melhor atender a novas necessidades da sociedade.³⁵¹

Como observado, desde o século passado, há uma sequência crescente de movimentos universais, ou ondas, para que o Acesso à Justiça seja proporcionado de uma maneira efetiva, não visando apenas a correção do processo

³⁴⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 78.

³⁵⁰ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 31. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

³⁵¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 448. (aspas no original)

judicial, mas sim à lealdade para com seus fundamentos democráticos.³⁵² Tais movimentos não podem ficar restritos ao campo histórico, devem ser buscados diuturnamente pela Sociedade e pelo Direito. “A justiça é coisa séria”³⁵³, e é daí a necessidade de se tratar o tema com a devida importância.

Hodiernamente, surge um novo movimento com a finalidade de possibilitar maior efetividade ao Acesso à Justiça. Neste movimento, engloba-se, entre outras matérias, a adoção e difusão de institutos como a Mediação e a conciliação, seja no âmbito judicial ou extrajudicial, para que a Sociedade civil passe a ser protagonista da solução de controvérsias. Para isso poderá contar com núcleos comunitários, que são facilmente encontrados em universidades e instituições administradoras de Mediação.³⁵⁴

Tais aspectos refletem de maneira pontual um dos Princípios da prática da Mediação, que se faz presente no “desenvolvimento de uma consciência de cidadania ativa no jogo democrático, conflituoso e pluralista.”³⁵⁵

Institutos como Mediação, conciliação, entre outros, tradicionalmente denominados de ADRs (Alternative Dispute Resolutions), também conhecidos como MASCS (Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias) ou MESCs (Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias), tornaram possível acessar a Justiça

³⁵² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 77-78.

³⁵³ Piero Calamandrei sustenta a seriedade da justiça ante a antiga visão de que o processo era uma espécie de prática esportiva. “Enquanto o processo era concebido como um duelo entre os litigantes, em que o magistrado, como um árbitro num campo de esportes, limitava-se a assinalar os pontos e a zelar para que fossem observadas as regras do jogo, parecia natural que a advocacia se reduzisse a uma competição de acrobacias e que o valor dos defensores fosse julgado com critérios, por assim dizer, esportivos. Um dito espirituoso, que não fizesse a verdade dar um só passo mas que acertasse em cheio algum defeito do defensor adversário, entusiasmava a plateia, como hoje, no estádio, o chute de mestre de um jogador de futebol. E quando o advogado se levantava para o arrazoado, virava-se para trás, para o público, com o mesmo gesto do pugilista que, subindo no ringue, ostenta o volume dos bíceps. Mas hoje, quando todos sabem que em todo processo, mesmo nos processos cíveis, não se realiza um jogo atlético, e sim a mais zelosa e alta função do Estado, as escaramuças não se ajustam mais às salas dos tribunais. Os advogados não são nem malabaristas de circo, nem conferencistas de salão – a justiça é coisa séria”. (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juizes, vistos por um advogado**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 31. Título original: *Elogio dei giudice scritto da un avvocato*. (itálicos no original)).

³⁵⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 78.

³⁵⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 79.

por formas alternativas, no que se denomina de um sistema multiportas.³⁵⁶ A Justiça não é alcançada somente por meio de uma porta – o Judiciário –, mas por diversas outras formas.

Neste sentido pondera muito bem Kazuo Watanabe ao dizer que Acesso à Justiça é “**acesso à ordem jurídica justa**”³⁵⁷, isto é, alcance de Justiça substancial. “Tal noção abarca uma série de possibilidades de verificação e realização da justiça, o que se coaduna com a realidade multifacetada na configuração de um sistema jurídico pluriprocessual.”³⁵⁸

Sob o mesmo enfoque são as colocações de Mauro Cappelletti e Bryant Garth:

Os juristas precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a funções sociais [...]; que as cortes não são a única forma de solução de conflitos a ser considerada [...] e que qualquer regulamentação processual, inclusive a criação ou o encorajamento de alternativas ao sistema judiciário formal tem um efeito importante sobre a forma como opera a lei substantiva [...].³⁵⁹

Sob essa análise é possível perceber a Mediação, enquanto forma autocompositiva de resolução de Conflitos, como uma ferramenta alternativa à Jurisdição Civil no Brasil, e, que possibilita o efetivo Acesso à Justiça, assunto a ser abordado no próximo Capítulo da presente Dissertação.

³⁵⁶ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 53.

³⁵⁷ WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017. (negritos e destaque sublinhado no original). Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco assim se manifestam acerca de tal expressão: “Seja nos casos de controle jurisdicional indispensável, seja quando simplesmente uma pretensão deixou de ser satisfeita por quem podia satisfazê-la, a pretensão trazida pela parte ao processo clama por uma solução que *faça justiça* a ambos os participantes do conflito e do processo.” (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 33. Itálicos no original)

³⁵⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 77.

³⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 12. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

CAPÍTULO 3

3 MEDIAÇÃO COMO FORMA AUTOCOMPOSITIVA DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL

3.1 MEDIAÇÃO: SÍNTESE HISTÓRICA, INTERAÇÃO E CONCEITO

Esboçar o cenário histórico da Mediação não é missão simples. Conflitos e competições sempre se fizeram presentes no convívio social, bem como, de algum modo, sempre existiu formas de tratá-los em variadas épocas, lugares e culturas.

É permitido perceber a utilização da Mediação, de maneira contínua e variável, desde as épocas mais remotas em diversas culturas – judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas, e indígenas.³⁶⁰

Têm-se notícias de sua utilização no oriente, nas culturas chinesa e japonesa, e, no ocidente, na africana. Na China, a Mediação se sucedia por intermédio dos constructos do pensador Confúcio. Através dele inicia-se a “busca da harmonia através do equilíbrio do mundo e da felicidade dos homens”.³⁶¹ Valorizava a resolução dos Conflitos pela moral e não pela coerção, fazendo com que esta abordagem se enraizasse na cultura. No Japão, instigado pelo raciocínio de orientação e negociação de seus líderes frente a situações de Conflitos, a tradição do uso da Mediação é histórica. De maneira semelhante, em várias partes da África eram organizadas assembleias para resolver Conflitos tribais sem a intervenção de um juiz ou árbitro.³⁶²

³⁶⁰ MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 1, n. 3, p. 142. São Paulo: RT. set.-dez. de 2004.

³⁶¹ MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**. v. 6, n. 2, 2012. p. 3. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³⁶² MENDONÇA, Rafael. **(Trans) modernidade e mediação de conflitos**: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos. Petrópolis: KBR, 2012. p. 114.

Não obstante a maior incidência nas culturas chinesa, japonesa e africana, a Mediação se fez presente em várias Sociedades através dos tempos. O Acesso à Justiça, enquanto possibilidade de composição justa do Conflito, desde os primórdios da civilização sempre pôde ser concretizado pela negociação direta ou por meio da Mediação de um terceiro.³⁶³ Todavia, num certo momento histórico, a distribuição da Justiça centralizou-se no Poder Judiciário, a exemplo dos estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX, onde o direito ao acesso à proteção judicial se traduzia substancialmente no direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma demanda.³⁶⁴

A evolução da Mediação trouxe, nos séculos XIX e XX, a possibilidade de solucionar Conflitos comerciais e trabalhistas por intermédio de um meio alternativo, célere e eficiente. Os resultados positivos proporcionaram verdadeira expansão às técnicas, modelos e aplicações da Mediação. A intervenção de um terceiro a fim de buscar um acordo entre os conflitantes pôde ser observada em países como os Estados Unidos e Canadá, no decorrer na década de 1990, assim como na Austrália, Colômbia, Argentina, dentre outros.³⁶⁵

Nos Estados Unidos a Mediação vem sendo institucionalizada. Neste País, o Mediador, apesar de habitualmente conhecer o direito material envolvido no Conflito entre as partes, limita-se a tomar ciência dele e fazer apontamentos de possíveis meios de compô-lo ou preveni-lo.³⁶⁶

Da leitura dos autores pesquisados³⁶⁷ denota-se que a recente tendência

³⁶³ MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 1, n. 3, p. 145. São Paulo: RT. set.-dez. de 2004.

³⁶⁴ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça**. GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. p. 9. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*.

³⁶⁵ MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**. v. 6, n. 2, 2012. p. 13-14. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

³⁶⁶ BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 16.

³⁶⁷ Dentre os quais, destacam-se em rol não taxativo: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013; BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil**. 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010; CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São

em institucionalizar a Mediação demonstra grande interesse e valia em relação aos seus procedimentos e efeitos. A atual multinacionalidade do processo mediatório, além de comprovar a eficácia do instituto, propicia às diversas nações o estabelecimento de estratégias comuns para o enfrentamento de diversas situações originadas além de suas fronteiras.

Na América Latina, o desenvolvimento de formas alternativas de resolução de Conflitos passou a receber especial atenção na década de 1990. Documento técnico emitido pelo Banco Mundial em 1996³⁶⁸ exortou a descentralização da justiça com a adoção de políticas de Mediação. Tal recomendação foi indicada também pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, na Resolução n. 1999/1996, para que os Estados contemplassem procedimentos alternativos ao sistema judicial tradicional.³⁶⁹

Ademais, na década de 1990 em diversas localidades da América Latina, foram realizadas inúmeras conferências sobre o tema, com o objetivo de sensibilizar os gestores de Conflitos³⁷⁰. Tais iniciativas, definitivamente, produziram efeitos.

Na Colômbia, a Lei n. 23/1991 criou vários mecanismos com o intuito de descongestionar o Poder Judiciário, prevendo a criação de centros de Mediação sob

Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015; OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016; TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014.

³⁶⁸ DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. **Banco Mundial**, Washington, D.C. Documento técnico n. 319, jun. 1996. Sem menção do título original. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2014/12/WTP319-portuuguese.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

³⁶⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 187.

³⁷⁰ “Ao longo da década de 1990, uma série de conferências internacionais e nacionais envolvendo o tema do acesso à justiça por meios alternativos de resolução de controvérsias (ADRs) foram dirigidas especialmente para os países da América Latina a fim de sensibilizar os quadros jurídicos da região, bem como os seus gestores no que se refere à replicabilidade das metodologias. Essas conferências, na sua grande maioria, contaram com o apoio ou financiamento de OIs. Dentre os tantos encontros, destacamos as três versões de ‘Los Encuentros Interamericanos de RAD (Resolução Alternativa de Disputas)’ organizados pela Fundación Libra, conjuntamente com o Nacional Center for State Courts e o apoio da Ussaid, ocorridos em Buenos Aires (1993), Santa Cruz de la Sierra (1995), San José da Costa Rica (1997).” SANTOS, André Luis Nascimento dos. **A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México**: o Banco Mundial e a agenda do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em:

o controle do Ministério da Justiça; a lei ainda obrigou Faculdades de Direito a organizar centros próprios e previu a Mediação comunitária, onde os juízes podiam eleger, de uma lista, os Mediadores que atuariam gratuitamente, por equidade, em certos Conflitos.³⁷¹

Na Argentina, em 1991, o Ministério da Justiça iniciou a comandar a elaboração do Plano Nacional de Mediação para implantar programas consensuais em vários setores da Sociedade. A partir de tal ano inúmeras iniciativas foram arquitetadas para incrementar a Mediação no país, até que em 1995 foi promulgada a Lei n. 24.573 para instituir a Mediação prévia judicial em caráter obrigatório.³⁷²

No Brasil, as primeiras noções no plano conciliatório encontram-se na Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824³⁷³. Em seus arts. 160 e 161, previa: “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes.” E, art. 161: “Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará Processo algum.”

A despeito de ser prevista desde o período imperial, somente no século XX a Mediação desponta com considerável ênfase no Brasil. Tal ênfase pode ser atribuída à utilização da Mediação como forma de resolver Conflitos de origem trabalhista. Posteriormente, a Mediação se expande e passa a ser utilizada em Conflitos familiares e negociais.³⁷⁴

No transcorrer da década de 70, a população clamava por alterações

<http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf>. Acesso em 23 mar. 2017.

³⁷¹ HIGHTON DE NOLASCO, Elena I; ALVAREZ, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. p. 154-155 *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 188.

³⁷² HIGHTON DE NOLASCO, Elena I; ALVAREZ, Gladys S. Mediación para resolver conflictos. p. 176 *apud* TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 188.

³⁷³ BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017. (sic)

³⁷⁴ MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**. v. 6, n. 2, 2012. p. 14. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>. Acesso em: 27 mar. 2017.

sistêmicas que oportunizassem uma melhoria no Acesso à Justiça. Esse movimento está visceralmente ligado à história recente da Mediação, uma vez que foi proposto no sentido de encontrar formas de resolução de Conflitos que contribuíssem com as relações sociais inerentes às partes envolvidas.³⁷⁵

Do exposto, denota-se que ao longo dos anos foi sendo delineado um consistente movimento em favor da institucionalização da Mediação no Brasil, de forma a prevê-la exaustiva e minuciosamente através da formulação de propostas legislativas, o que se abordará de forma sucinta a seguir.

3.1.1 Histórico da Mediação no plano legislativo brasileiro

Vários projetos de lei tramitaram na esfera legislativa brasileira entre 1998 e 2014 propiciando diversas abordagens sobre a Mediação. Em 2014, todavia, houve um acréscimo na exploração do tema sob o pretexto de que, como a crise da justiça exigia elementos aptos a ‘desafogar’ o Poder Judiciário e prover celeridade, a Mediação figurava como um instrumento útil à satisfação de tal aspiração.³⁷⁶

A primeira proposta legislativa a contemplar um marco legal da Mediação como forma de prevenção e resolução consensual de Conflitos foi engendrada através do Projeto de Lei n. 4.827/1998, de autoria da deputada federal Zulaiê Cobra Ribeiro, de São Paulo.³⁷⁷ “A proposta não era regulamentar o procedimento com minúcias, mas sim contemplar as diretrizes mais importantes da mediação, como a facultatividade de sua adoção e a flexibilidade de suas formas”.³⁷⁸ “Com uma proposta simples e descrita em apenas sete artigos, ele buscava o reconhecimento

³⁷⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 21.

³⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 257. Neste sentido, destaca-se os dizeres da autora à nota 12 da mesma página, a partir de matéria intitulada ‘Plenário deve votar lei de mediação amanhã’, publicada no Jornal do Senado em 1º de junho de 2015: “a assertiva constava em diversos veículos de comunicação e era propalada também por senadores e deputados; eis trecho que representa tal vertente de consideração: o objetivo da proposta “é desafogar a Justiça brasileira por meio de acordos entre as partes, antes mesmo de uma decisão nos tribunais”.”.

³⁷⁷ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 186.

³⁷⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 262.

do conceito legal de mediação para que esta passasse a ser adotada ou recomendada pelo Poder Judiciário.”³⁷⁹

O Projeto de Lei n. 4.827/1998 foi aprovado pela Comissão de Constituição de justiça da Câmara dos Deputados no dia 30/10/2002 e enviado ao Senado Federal, lá recebendo o n. 94/2002.

Em 2003, quando tramitava na Comissão de Constituição e Justiça do Senado Federal, o Projeto de Lei n. 4.827/1998 foi harmonizado a outra proposta de institucionalização da Mediação, idealizada em 1999 pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, em cooperação com a Escola Nacional da Magistratura. A partir desta fusão, em 2004, obteve-se a versão consensual de um novo projeto de lei, sendo o mesmo encaminhado à posteriori ao relator do projeto no Senado Federal, senador Pedro Simon. No dia 11/06/2006, o Senado Federal aprovou o texto substitutivo ao Projeto de Lei n. 94/2002, com algumas emendas ao projeto original, sendo o mesmo remetido à Câmara dos Deputados no dia 13/07/2006.³⁸⁰

De acordo com Ricardo Goretti, o Projeto de Lei n. 94/2002 era estruturado em 47 artigos distribuídos em seis Capítulos, e objetivava “instituir a disciplina da mediação paraprocessual (prévia e incidental) como mecanismo complementar de prevenção e de solução de conflitos de natureza cível.” Destaca o autor que “após um longo período de debates legislativos, o Projeto de Lei n. 94/2002 foi arquivado.”³⁸¹

Os debates legislativos a respeito da institucionalização da Mediação no Brasil reiniciaram-se no ano de 2009, por meio da convocação de uma comissão de juristas responsável pela apresentação de um anteprojeto de novo Código de Processo Civil.³⁸² O resultado dos trabalhos da comissão presidida pelo até então ministro do STJ, Luiz Fux, foi convertido no Projeto de Lei n. 166/2010. Após tramitar na Câmara dos Deputados como Projeto de Lei n. 8.046/2010, o referido projeto foi

³⁷⁹ BARBOSA, Águida Arruda. A implantação do instituto da mediação familiar no Brasil. *In*: DIAS, Berenice; PINHEIRO, Jorge Duarte. (Coord). **Escritos de Direito das famílias**: uma perspectiva luso-brasileira. Porto Alegre: Magister, 2008. p. 377-394.

³⁸⁰ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 186-187.

³⁸¹ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

³⁸² Que viesse a substituir o Código de Processo Civil vigente à época, Lei n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.

remetido ao Senado, onde recebeu um novo substitutivo.³⁸³

Em 2011, foi apresentado o Projeto de Lei n. 517/2011 para prover a regulamentação da Mediação judicial e extrajudicial, na busca por um sistema que viesse a ser harmonizado com o futuro CPC e a Resolução n. 125 do CNJ.³⁸⁴ Destaca Fernanda Tartuce que: “Embora tenha tido alguma tramitação, ele não avançou rumo à aprovação.” E prossegue a autora:

Em 2013, o tema voltou a ter destaque na Casa Legislativa e foram criadas duas comissões para apresentar projetos: uma Comissão do Senado para mudar a Lei de Arbitragem e abordar a Mediação privada, e uma Comissão do Ministério da Justiça para tratar da mediação nos âmbitos judicial e privado, estabelecendo um “marco regulatório”.^{385 386}

Tais projetos acabaram somados ao anterior Projeto de Lei n. 517/2011 e redundaram no Projeto de Lei n. 7.169/2014, para dispor sobre a Mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de Conflitos no âmbito da Administração Pública. Esse projeto foi objeto de debates e alterações até resultar na lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015.³⁸⁷

³⁸³ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 187.

³⁸⁴ DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O marco legal da mediação no Direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>. Acesso em: 28 mar. 2017.

³⁸⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 263. (aspas no original)

³⁸⁶ Para Ricardo Goretti, tal marco regulatório denomina-se de marco legal da Mediação. Assim se manifesta o autor: “O *Marco Legal da Mediação* surgiu a partir de uma proposição legislativa (o Projeto de Lei nº 517/2011) de iniciativa do senador Ricardo Ferraço, do Espírito Santo.” GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188. (itálicos no original)

³⁸⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 263. Corroborando Ricardo Goretti: “No ano de 2013, duas Comissões foram criadas com o propósito de estabelecer marcos regulatórios para a mediação no Brasil: *i*) uma Comissão do Senado, presidida pelo ministro Luis Felipe Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, constituída com o propósito de alterar a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996), mas também incorporando disposições sobre a prática da mediação extrajudicial; e *ii*) outra do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça, presidida pelos ministros do Superior Tribunal de Justiça e Marco Buzzi e pelo secretário de Reforma do Judiciário, Flávio Croce Caetano, formada para tratar da mediação judicial e privada. As proposições emanadas das referidas Comissões (os Projetos de Lei do Senado nº 434/2013 e nº 405/2013, respectivamente) foram apresentadas e aglutinadas ao Projeto de Lei nº 517/2011, originando o Projeto de Lei nº 7.169/2014 (Substitutivo da Câmara dos Deputados), que redundou no *Marco Legal da Mediação* (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015).” GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188. (itálicos no original)

Destaca-se que pouco antes da Lei de Mediação³⁸⁸, em 16 de março de 2015, havia sido aprovado o novo Código de Processo Civil – CPC/2015³⁸⁹ -, instrumento normativo que trouxe inúmeras previsões sobre a Mediação, fazendo-se necessária uma breve abordagem sobre a interação (harmonização) entre estas duas normas, o que se fará de forma breve no próximo item. Salienta-se que tanto o CPC/2015 quanto a LM, foram inspirados nas diretrizes da política nacional de tratamento adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário, traçadas pela Resolução 125/2010 do CNJ.

3.1.1.1 Interação entre a Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015) e a Lei n. 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação)

O CPC/2015 e a Lei n. 13.140/2015 tramitaram simultaneamente, sendo publicados em curto intervalo de tempo, e vigorando em datas muito próximas. A despeito de terem sido ambos inspirados nas diretrizes da política nacional de tratamento adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário traçadas pela Resolução 125/2010 do CNJ, possuem algumas diferenças em aspectos relevantes, como por exemplo, na disposição dos Princípios Informadores da Mediação e na definição dos requisitos exigidos para o exercício da função de Mediador judicial.³⁹⁰

De acordo com Flávio Tartuce,

Para entender como pode se dar a interação entre as leis, é preciso analisar a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: o Decreto-Lei n. 4.657/1942 contempla relevantes critérios de hermenêutica jurídica a serem cotejados pelo intérprete caso, no momento de aplicação das normas, constatare imperfeições.³⁹¹

Traz-se à colação o enunciado do Art. 2º do Decreto-Lei n. 4.657/1942, no sentido de compreender-se a superação de tais contradições. Veja-se:

³⁸⁸ A Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015 – Marco Legal da Mediação -, foi publicada em 29 de junho de 2015, passando a vigorar em dezembro do mesmo ano.

³⁸⁹ A Lei n. 13.105 de 16 de março de 2015 – CPC/2015 -, foi publicada em 17 de março de 2015, passando a vigorar em 18 de março de 2016.

³⁹⁰ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 188-189.

³⁹¹ TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v.1. São Paulo: Método, 2013. p. 14.

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

§ 2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

§ 3º Salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência.³⁹²

Faz-se necessária aqui, a verificação do critério da especialidade, pois diante de um Conflito ele deverá prevalecer sobre o critério cronológico por força do Princípio constitucional da Isonomia.³⁹³ Tal Princípio “enseja a necessidade de prover tratamento peculiar a situações diferenciadas.”³⁹⁴

Do ponderado ensinamento de Norberto Bobbio acerca do assunto extrai-se:

A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. A passagem da regra geral à regra especial corresponde a um processo natural de diferenciação das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferenciação. Verificada ou descoberta a diferenciação, a persistência na regra geral importaria no tratamento igual de pessoas que pertencem a categorias diferentes, e, portanto, numa injustiça. Nesse processo de gradual especialização, operado por meio de leis especiais, encontramos uma das regras fundamentais da justiça, que é a do *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu). Entende-se, portanto, por que a lei especial deva prevalecer sobre a geral: ela representa um momento ineliminável do desenvolvimento de um ordenamento. Bloquear a lei especial frente à geral significaria paralisar este desenvolvimento.³⁹⁵

³⁹² BRASIL. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Redação dada pela Lei n. 12.376/2010. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

³⁹³ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas de direito brasileiro interpretada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

³⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 271.

³⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. p. 97. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (itálicos no original)

Por força da *vacatio legis* de um ano, o CPC/2015 entrou em vigor em março de 2016, três meses após o Marco Legal da Mediação, que passou a vigorar em dezembro de 2015, de forma que as disposições discrepantes devem ser compatibilizadas com os preceitos da legislação especial – Lei n. 13.140/2015 -, tendo o CPC/2015 aplicação supletiva no que diz respeito à regulamentação das práticas de Mediação.³⁹⁶

Dos ensinamentos de Antonio Carlos Ozório Nunes extrai-se:

A primeira premissa é de que ambas as normas são da mesma hierarquia, ou seja, são iguais. Em caso de normas com o mesmo nível hierárquico, os critérios adotados para solucionar conflitos entre elas é o cronológico (a lei posterior revoga a anterior) e o da especialidade (lei especial prevalece sobre a lei geral). Sobre o critério cronológico a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro prevê que “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior” (art. 2º, § 1º.)

E prossegue o autor:

O critério da especialidade leva em conta a matéria a que se refere as normas em conflito e a lei acima prevê que nem a norma especial e nem a geral revogam uma a outra (art. 2º, § 2º). A Lei de Mediação é norma especial, em relação à norma geral do CPC pois traz um conjunto de regras específicas e detalhadas sobre o instituto da mediação. Embora no âmbito geral, dos princípios e regras, ambas em muito se assemelhem, com vários pontos de coincidência, no particular a Lei de Mediação traz muitos mais detalhes, circunstâncias e especificidades do que o CPC, lei processual, ou seja, a Lei de Mediação tem elementos especializantes.³⁹⁷

No mesmo sentido é o posicionamento de Fernanda Tartuce: “a Lei de Mediação pode ser considerada lei especial? A resposta é positiva: a Lei n.

³⁹⁶ GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 189.

³⁹⁷ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 50-51. (aspas no original). O referido art. 2º, §§ 1º e 2º são do Decreto-Lei n. 4.657/1942, supra citado.

13.140/2015, apresentada para compor o marco legal regulatório sobre o tema no Brasil, cumpre tal papel.³⁹⁸

Anota Maria Helena Diniz:

Uma norma é especial se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados *especializantes*. A norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, afastando-se assim do *bis in idem* pois o comportamento só se enquadrará na norma especial, embora também esteja previsto na norma geral. O tipo geral está contido no tipo especial. A norma geral só não se aplica ante a maior relevância jurídica dos elementos contidos na lei especial que a tornam mais suscetível de atendibilidade do que a norma genérica.³⁹⁹

Frente ao exposto, anota-se que nos pontos de antinomia a LM deve prevalecer sobre o CPC/2015. Antonio Carlos Ozório Nunes aponta dois motivos principais para tal prevalência:

a) ela é lei posterior, pois embora a sua vigência tenha iniciado antes do CPC, a sua promulgação foi posterior. A partir da promulgação a norma é válida, encontra-se de acordo com o sistema jurídico, ou seja, tem existência e validade, e a partir da vigência ela terá eficácia; b) depois porque é norma especial, que em caso de conflito, deve prevalecer sobre a geral.⁴⁰⁰

Ademais, em tudo, tais normas devem ser integradas e conciliadas, uma vez que o sistema jurídico deve ser coerente, e não se pode imaginar que no nascedouro das legislações sobre Mediação de Conflitos, elas nasçam, contraditoriamente, em Conflito, sem a possibilidade de um diálogo, uma interação e uma harmonização entre elas.⁴⁰¹

Passa-se a abordar na sequência os aspectos conceituais.

³⁹⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 271.

³⁹⁹ DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas de direito brasileiro interpretada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97. (itálicos no original)

⁴⁰⁰ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

⁴⁰¹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 51.

3.1.2 Aspectos conceituais

O presente tópico é dedicado à conceituação doutrinária e legal da Mediação, uma forma de resolução de Conflitos tida como via alternativa à Jurisdição Civil na facilitação ao Acesso à Justiça, e que ganha projeção cada vez maior no Brasil, muito em função da crise de efetividade que atinge o Poder Judiciário no que diz respeito à administração de Conflitos.

Para Diogo A. Rezende de Almeida e Fernanda Medina Pantoja, a Mediação

pode ser definida [...] como um processo dinâmico de negociação assistida, no qual o mediador, terceiro imparcial e sem poder decisório, auxilia as partes a refletirem sobre os seus reais interesses, a resgatarem o diálogo e a criarem, em coautoria, alternativas de benefício mútuo, que contemplem as necessidades e possibilidades de todos os envolvidos, sempre sob uma perspectiva voltada ao futuro da relação.⁴⁰²

De acordo com Douglas E. Yarn *apud* André Gomma Azevedo, a Mediação é:

*Um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte, neutra ao conflito, ou um painel de pessoas sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição. Trata-se de uma negociação assistida ou facilitada por um ou mais terceiros na qual se desenvolve processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades.*⁴⁰³

Sob a ótica de Brunela Vieira de Vincenzi e Ariadi Sandrini Rezende, Mediação é: “o procedimento consensual de solução de conflitos, que visa buscar

⁴⁰² ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. *in*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. p. 87-99. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 88.

⁴⁰³ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 85. (itálicos no original)

facilitar ou viabilizar o diálogo entre as partes, para que melhor administrem seus problemas e consigam, *de per si*, alcançar uma solução.”⁴⁰⁴

No entendimento de Daniela Gabbay, Diego Faleck e Fernanda Tartuce, Mediação é: “o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação de modo que os envolvidos possam encontrar formas produtivas de lidar com as disputas.”⁴⁰⁵

Roberto Portugal Bacellar diz que a Mediação

[...] além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.⁴⁰⁶

Denota-se a partir de tais definições doutrinárias, que ambas têm em comum a ênfase na abordagem construtiva propiciada pela Mediação, que conta com terceiro isento e capacitado que contribui na conversação de modo que os envolvidos possam assumir posturas protagonistas na abordagem do Conflito.

Pôde-se perceber também, que “a Mediação configura um meio consensual porque não implica a imposição de decisão por uma terceira pessoa; sua lógica, portanto, difere totalmente daquela em que um julgador tem autoridade para impor decisões.”⁴⁰⁷

No que diz respeito à conceituação legal, adota-se a definição trazida ao

⁴⁰⁴ VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 529-540. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 531. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). (itálicos no original)

⁴⁰⁵ GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 45-46. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34). (aspas no original)

⁴⁰⁶ BACELLAR, Roberto Portugal. **Mediação e arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 108. (Coleção Saberes do Direito; 53).

⁴⁰⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 176.

Ordenamento Jurídico brasileiro pela Lei n. 13.140/2015 – marco legal da Mediação –, a qual trouxe em seu bojo, precisamente no art. 1º, parágrafo único, um conceito de Mediação. Veja-se: “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.⁴⁰⁸

A partir dos conceitos expostos, denota-se que a Mediação se constitui em método coerente com o estímulo à cultura da pacificação social, inserindo-se como alternativa à Jurisdição Civil no Brasil.⁴⁰⁹

3.2 PRINCÍPIOS INFORMADORES DA MEDIAÇÃO

Aplicam-se à Mediação alguns Princípios⁴¹⁰ informadores essenciais. O art. 166 do CPC/2015 prevê: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”⁴¹¹ A LM, em seu art. 2º repete estes mesmos Princípios e lista mais três: Isonomia entre as Partes, Busca do Consenso e Boa-fé.

Os Princípios previstos no CPC/2015 e na LM se complementam e regem a Mediação, devendo ser observados pelo Mediador.⁴¹² De acordo com Fernanda Tartuce, “a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática

⁴⁰⁸ Brasil. **Lei n. 13.140, de 26 Junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 29 mar. 2017.

⁴⁰⁹ Como resta amplamente demonstrado nesta Dissertação.

⁴¹⁰ “A palavra princípio dá ideia de início, do ponto de partida, e também de norte para orientar a aplicação da norma. Os princípios ajudam a entender o espírito da lei, a sua aplicação, a integração com outras normas, e norteiam as condutas do mediador.” (OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58).

⁴¹¹ BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 03 abr. 2017.

⁴¹² OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

seja realizada de forma adequada em proveito das pessoas em crise.”⁴¹³. Veja-se a seguir, de forma sucinta, tais Princípios.

Independência: “é uma verdadeira garantia ao mediador, que precisa atuar com liberdade e autonomia, devendo, desde o início até o final da mediação, agir livre de pressões, conforme a ética, a legalidade e o direito.”⁴¹⁴ De acordo com Ravi Peixoto, “A independência do mediador [...] tem por objetivo permitir que ele possa gerir as audiências e sessões sem sofrer pressões de qualquer ordem, sejam internas ou externas.”. E prossegue dizendo: “[...] garante ao mediador [...] o poder de recusar, suspender ou interromper as sessões se ausentes as condições necessárias para o seu desenvolvimento. Além disso, ele não tem a obrigação de redigir acordos ilegais ou inexequíveis.”⁴¹⁵

Imparcialidade: o mediador deve atuar como terceiro imparcial, sujeitando-se às mesmas causas de impedimento e suspeição impostos ao juiz.⁴¹⁶ Para Diogo A. Rezende de Almeida e Fernanda Paiva “A imparcialidade exterioriza-se de diversas maneiras, não permitindo ao mediador aconselhar os participantes ou apresentar parecer ou solução, devendo agir sem favoritismos ou preconceitos”. E prosseguem mais adiante os autores: “impõe-se o auxílio a todas as partes, tratando de forma igual suas sugestões e propostas, além da necessidade de lhes conceder possibilidades equivalentes de manifestação, tanto em sessões conjuntas como privadas”.⁴¹⁷ Para manter a imparcialidade o Mediador deve ser um terceiro isento de estereótipos e preconceitos, pois se os tiver não realizará uma Mediação

⁴¹³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 189.

⁴¹⁴ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 58.

⁴¹⁵ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 91-107. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 96. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). (aspas no original).

⁴¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293. Neste sentido, ver arts. 144 e 145 do CPC/2015 e 5º e 6º da LM.

⁴¹⁷ ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. *in*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. p. 101-111. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 108.

adequada.⁴¹⁸ Importante ressaltar ainda, segundo Fernanda Rocha Lourenço Levy, que para preservar a imparcialidade, “qualquer vínculo anterior do mediador com os envolvidos deve ser revelado.”⁴¹⁹

Autonomia da Vontade⁴²⁰: “significa que as partes devem ser livres para optar pelos métodos consensuais de solução de controvérsias, não podendo ser constrangidas a tanto.”⁴²¹ De acordo com Ravi Peixoto, a autonomia da vontade exercida na Mediação “integra a organização do procedimento, a possibilidade de sua desistência a qualquer tempo e o alcance da solução, afinal, apenas dessa forma é que ele pode, efetivamente, ser pacífico e voluntário.”⁴²² A Mediação, através da autonomia da vontade, possibilita que o indivíduo decida o destino do

⁴¹⁸ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 59. Segundo o autor, à mesma página: “Estereótipos são as meras suposições sobre um grupo de pessoas, sem atentar-se para as diferenças individuais; preconceitos são juízos de valor negativos ou injustos sobre alguém ou um grupo, com base em estereótipos, sem conhecimento dos fatos.”

⁴¹⁹ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Cláusulas escalonadas**: a mediação comercial no contexto da arbitragem. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 97.

⁴²⁰ Anota-se que alguns autores a exemplo de Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero, Fernanda Tartuce e Antônio Carlos Ozório Nunes o denominam igualmente de Princípio da Voluntariedade.

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293.

⁴²² PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 91-107. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 97. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). (aspas no original). Antônio Carlos Ozório Nunes alerta para a possibilidade de inserção facultativa da chamada cláusula de Mediação no âmbito dos contratos, por meio da qual “as partes escolhem a mediação como meio autocompositivo adequado para resolver problemas relacionados à interpretação, à modificação ou o descumprimento das cláusulas daquele contrato [...] excelente iniciativa para fomentar a mediação e gerar uma cultura para se tentar mediar um conflito antes da procura ao Poder Judiciário. [...] A lei obriga ao comparecimento à primeira reunião e deixa margem para que, caso isso não ocorra, as partes estipulem através do contrato a respectiva penalidade para aquela que se ausentar (LM, 22, IV). Caso não exista essa previsão contratual, a lei estipula que a parte que se ausentar a esta primeira reunião arcará com cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais se vier a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada (LM 22, § 2º, IV). [...] A Lei de Mediação, art. 2º, § 2º elucida que ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação, com ou sem *cláusula de mediação*, o que significa dizer que o ingresso na mediação não implica a necessidade da permanência no processo. Portanto, a parte pode desistir da mediação a qualquer momento, pois o processo de mediação não é vinculante, diferentemente do processo judicial. [...] Tal princípio é relativizado pela lei processual civil nas causas envolvendo litígio coletivo pela posse (art. 565 do CPC) e nas ações de família (arts. 694, 695 e 696) para as quais a lei obriga o procedimento da mediação.” (OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 62-63. Itálicos no original)

Conflito, sendo protagonista de uma busca consensual para o mesmo.⁴²³ “Ao incluir o sujeito como importante ator na abordagem da crise, valoriza-se sua percepção e considera-se seu senso de justiça.”. Ademais, “Ao conceber a pessoa como protagonista de suas decisões e responsável por seu próprio destino, a mediação revela ter como fundamento ético a Dignidade humana em seu sentido mais amplo.”⁴²⁴ Denota-se daí que a autonomia da vontade está ligada à Dignidade e à liberdade, pois o Mediador atua apenas como um facilitador, um indutor de geração de ideias para que as partes descubram por si mesmas os caminhos para boas soluções aos seus Conflitos.

Confidencialidade⁴²⁵: tal Princípio teve uma atenção destacada por parte do legislador.⁴²⁶ Tal destaque é compreensível, pois um dos grandes méritos da Mediação é exatamente a confiança das partes no sigilo absoluto de todas as informações por elas trazidas no decurso do processo. Durante a sessão de Mediação as partes abrem os seus corações, revelando segredos, relatando as suas emoções mais sinceras, os seus erros, os interesses, as necessidades, e, muitas vezes os seus sigilos pessoais e profissionais. É a confidencialidade que gera credibilidade e facilita a solução de benefícios mútuos.⁴²⁷ Ravi Peixoto, em relação à função da confidencialidade no processo de Mediação, assim se manifesta: “A principal função da confidencialidade é a de proteger os seus participantes no caso de ausência de acordo, impedindo que possam ser utilizadas em seu desfavor no processo judicial.”⁴²⁸ Para André Gomma Azevedo “o mediador deve ser uma

⁴²³ Destaca-se que a Mediação busca dar voz para que os indivíduos amadureçam a partir da experiência vivenciada e saibam por si mesmos encontrar novos caminhos em possíveis Conflitos futuros. É o denominado Empoderamento, identificado como o “dever de estimular os interessados a aprenderem a melhor resolverem seus conflitos futuros em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição.” (CNJ, Resolução 125/2010, anexo III, art. 1º, VII).

⁴²⁴ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 190-191.

⁴²⁵ Anota-se que alguns autores a exemplo de Ravi Peixoto a denominam igualmente de Princípio do Sigilo.

⁴²⁶ A LM, além de prevê-lo no rol do art. 2º, VII, lhe deu especial destaque nos arts. 30 e 31. De igual forma o CPC/2015 o destaca no art. 166, §§ 1º e 2º, e, 173, I.

⁴²⁷ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 63.

⁴²⁸ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 91-107. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 98. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). (aspas no original) Ressalta o autor à mesma página,

pessoa com que as partes possam falar abertamente sem se preocuparem com eventuais prejuízos futuros decorrentes de uma participação de boa-fé na mediação.”⁴²⁹ Ainda do mesmo autor e obra, extrai-se que:

A confidencialidade das informações dentro do processo de mediação é um outro fator que influencia na construção de uma relação de confiança das partes com o mediador. Quando as partes sabem que nada do que foi dito no processo de mediação poderá ser usado em outro processo ou ambiente em seu desfavor, sentem-se muito mais à vontade para revelar informações importantes acerca da controvérsia.⁴³⁰

Além de preservar a privacidade das partes, o sigilo, inerente à confidencialidade, impede que em um possível cenário litigioso, arrole-se o Mediador como testemunha, forçando-o a expor o que ouviu na sessão de Mediação. Tal medida merece ser rechaçada para evitar o comprometimento da confiabilidade da via consensual e do sigilo profissional.⁴³¹

No que diz respeito às exceções previstas na LM quanto à confidencialidade, temos:

- a) não incide se as partes expressamente a afastarem (Lei n. 13.140, art. 30);
- b) não incide quando a divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido na mediação (Lei n. 13.140, art. 30);
- c) não abrange a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública (Lei n. 13.140, art. 30, § 3º);
- d) não afasta o dever dos envolvidos de prestar informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manter sigilo das informações compartilhadas conforme o art. 198 do Código Tributário Nacional (Lei n. 13.140, art. 30, § 4º).⁴³²

“que em decorrência do dever de confidencialidade, o facilitador não será obrigado a depor de fatos que envolvam o exercício de sua atividade, aplicando-se, no caso, o art. 448, II, do CPC/2015. Trata-se de um direito e de um dever essencial ao exercício de sua profissão.” Enuncia o art. 448, *caput* e inciso II do CPC/2015: “A testemunha não é obrigada a depor sobre fatos: [...] II – a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo”.

⁴²⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 90.

⁴³⁰ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 173.

⁴³¹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 214.

⁴³² TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 214.

Por fim, o Mediador pode ser parte integrante de determinada equipe de Mediação, que eventualmente possa supervisionar e/ou acompanhar as sessões, o encaminhamento de acordos e propor melhoria dos trabalhos, desde que com o consentimento das partes. O dever de sigilo estende-se de igual forma a tais equipes.⁴³³

Oralidade: em regra a Mediação não utiliza documentos, provas escritas ou outros recursos não orais. Apenas o acordo, ao final da Mediação, será escrito.⁴³⁴ A oralidade é a essência do diálogo entre as partes. Antonio Carlos Ozório Nunes afirma que “A construção do consenso é baseada nas escutas emocionadas dos envolvidos, na defesa de convicções ou posicionamentos sobre as questões e em argumentações recíprocas na busca da melhor opção.” E acrescenta o autor: “Ao longo do processo o mediador vai anotando tudo para poder fazer as suas intervenções, visando clarear as questões e identificar as soluções de benefícios mútuos.”⁴³⁵ A proposta é que as partes falem sobre o Conflito com liberdade e sem formalismo, contrariamente do que ocorre no processo judicial, onde a linguagem jurídica é marca presente. Sob esta ótica a Mediação desponta como um espaço democrático, onde o Mediador se posiciona como um facilitador, partilhando um espaço participativo voltado à construção do consenso.⁴³⁶

⁴³³ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 66.

⁴³⁴ A LM concretiza a tendência de reduzir por escrito o acordo entabulado entre as partes. Fernanda Tartuce diz que: “segundo o art. 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. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial; quando ele é homologado judicialmente, constitui título executivo judicial (Lei n. 13.140/2015, art. 20, parágrafo único.” (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 204). Neste sentido observar no CPC/2015 os arts. 515 (títulos executivos judiciais) e 784 (títulos executivos extrajudiciais).

⁴³⁵ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 59. Para permitir a percepção apropriada do contexto que envolve as partes, o Mediador faz uso da técnica da escuta ativa. Fernanda Tartuce diz que por esta técnica “o mediador não só ouve, mas considera atentamente as palavras ditas e as mensagens não expressas verbalmente (mas reveladas pelo comportamento de quem as comunica). A demonstração de muitos elementos relevantes pode ser apreendida a partir de sua postura, de sua expressão facial e mesmo do contato visual. [...] a percepção do mediador supera a mera consideração das palavras, razão pela qual se costuma afirmar que “escutar é diferente de ouvir”.” (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 202, aspas no original).

⁴³⁶ MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 134-136.

Por exceção à regra, a LM permite a Mediação *on-line* através da Internet ou outros meios de comunicação. Diz o art. 46, que a mediação “poderá ser feita pela internet ou por outro meio de comunicação que permita a transação à distância, desde que as partes estejam de acordo.” Destaca-se aqui a título exemplificativo a Mediação Digital disponível no Site do CNJ.⁴³⁷

Informalidade: o processo de Mediação deve transcorrer sem formalidades, permitindo às partes que se sintam confortáveis, o que garante melhor ambiente para o diálogo. É intimamente ligada à autonomia da vontade, o que permite ampla flexibilização no procedimento negocial.⁴³⁸ Por ser um processo informal e flexível a Mediação possibilita não somente que seja alcançado o acordo, mas também, a pacificação social, vez que a resolução do Conflito restaura as relações entre as partes.⁴³⁹

Decisão Informada: “importa a prerrogativa das partes de obterem informações suficientes a respeito da mediação [...] e de seus direitos, deveres e opções frente a esses métodos, de modo que a eleição dessas técnicas seja a mais consciente possível.”⁴⁴⁰ É o “dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.”⁴⁴¹ Neste sentido, “a mediação somente terá legitimidade se a pessoa tiver pleno esclarecimento e percepção dos seus direitos; do que ela pode ou não decidir livremente.”⁴⁴² Tal Princípio permite, por exemplo, a realização de reuniões conjuntas e/ou individuais com uma e outra parte de forma intercalada, caso se fizerem necessários

⁴³⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mediação Digital**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

⁴³⁸ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 91-107. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 102. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). (aspas no original)

⁴³⁹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 60-61. Ressalta o autor às mesmas páginas: “A lei prevê um procedimento básico para organizar as sessões e traz alguns pontos essenciais (LM, arts. 14 e seguintes), mas não busca regular o passo a passo da mediação.”

⁴⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293.

⁴⁴¹ CNJ, Resolução 125/2010, anexo III, art. 1º, II.

⁴⁴² OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 61.

esclarecimentos detalhados com relação a elas.⁴⁴³

Isonomia entre as partes: uma precisa concreção deste Princípio no processo de Mediação é observada no art. 10, parágrafo único da LM. Como na Mediação extrajudicial o comparecimento de advogado ou defensor público é opcional, o dispositivo determina que, “comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas”.⁴⁴⁴ “Isonomia é garantia de tratamento equânime a todos, assegurando-lhes os mesmos tempos e oportunidades, consagrando a neutralidade e a imparcialidade do mediador, além de contemplar o supremo ideal de construir o justo”.⁴⁴⁵ Ainda: “O princípio da isonomia das partes significa que a mediação deve ser suficientemente atenta à necessidade de equalizar o nível existente entre as partes.”⁴⁴⁶ Em suma, tal princípio determina que as partes envolvidas na Mediação devem receber tratamento igualitário em todas as etapas do processo.

Busca do Consenso: “é a própria razão de ser da atividade de mediação, sendo a direção para onde todos os esforços devem ser apontados.”⁴⁴⁷ Além do mais “constitui explicitação da própria ideia de autocomposição.”⁴⁴⁸ Antônio Carlos Ozório Nunes afirma que: “via de regra o consenso leva à pacificação, pois dificilmente as partes deixam de cumprir o acordo obtido através dele, uma vez que ele reflete o atendimento dos próprios anseios e necessidades de todos.”⁴⁴⁹

⁴⁴³ Neste sentido a LM em seu artigo 19 enuncia: “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.”

⁴⁴⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 277-278.

⁴⁴⁵ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 61.

⁴⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293.

⁴⁴⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016. p. 278.

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293.

⁴⁴⁹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 61. Observa-se que mesmo que a Mediação não resulte em acordo, pode ter uma repercussão positiva ante a restauração do

Boa-fé: ao prever este Princípio, a LM reconheceu a importância da boa-fé na Mediação, vez que ele “impõe a promoção de um estado de confiança entre todos os participantes da mediação.”⁴⁵⁰ O Filósofo André Comte-Sponville afirma que a boa-fé é a “sinceridade (ou veracidade, ou franqueza), e o contrário da mentira, da hipocrisia, da duplicidade, em suma, de todas as formas, públicas ou privadas de má-fé.”⁴⁵¹ Diogo A. Rezende de Almeida e Fernanda Paiva, por sua vez, afirmam que “a boa-fé é requisito imprescindível para que as pessoas envolvidas no impasse tenham, de forma isonômica, o poder real da decisão.” Aduzem ainda que “a boa-fé demanda também cooperação, consideração e cuidado recíprocos. Isso se reflete tanto no tratamento entre eles como no tratamento dos interesses debatidos.”⁴⁵²

Concluída a abordagem dos Princípios Informadores da Mediação, passa-se ao próximo tópico.

3.3 MEDIAÇÃO: QUEBRA DE PARADIGMAS E TRANSFORMAÇÃO DA CULTURA JURÍDICA

No que diz respeito às formas de resolução de Conflitos no Brasil, a cultura instituída é a de que, todo e qualquer Conflito deva ser levado à apreciação do Poder Judiciário. Decorre daí, a disseminação de uma cultura denominada de

diálogo. Acordos são apenas alguns dos diversos bons resultados de Mediações de sucesso. Fernanda Tartuce exemplifica: “se em uma mediação sobre divórcio a esposa percebe que precisa buscar mais informações para se habilitar a negociar (ainda que em outro momento), houve êxito: a retomada do diálogo permitiu uma importante clarificação”. (TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 209). Neste sentido registra-se uma crítica ao art. 167, § 3º do CPC/2015, vez que pode acabar incentivando a perigosa Busca do Consenso pelo viés meramente quantitativo, o que descaracteriza a compreensão e o alcance do referido Princípio. É o enunciado: “Do credenciamento das câmaras e do cadastro de conciliadores e mediadores constarão todos os dados relevantes para a sua atuação, tais como o número de processos que participou, o sucesso ou insucesso da atividade, a matéria sobre a qual versou a controvérsia, bem como outros dados que o tribunal julgar relevantes”.

⁴⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 293.

⁴⁵¹ COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. p. 214. Sem menção do título original no exemplar utilizado.

⁴⁵² ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. *in*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. p. 101-111. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 104.

judiciarista ou demandista que vê no Conflito a premência da propositura de uma ação judicial.⁴⁵³

A Sociedade do século XXI identifica novos valores sociais, e o direito volta-se mais para o ser humano em sua integralidade, em seu aspecto emocional, afetivo. Por outro lado, esta mesma Sociedade ainda traz em suas raízes o conceito de que apenas o Estado em sua função jurisdicional é capaz de dirimir os Conflitos a ela inerentes. “É o ser humano não confiando em si mesmo, não acreditando na sua capacidade de resolver por ele as suas avenças, lançando sobre o Estado toda a responsabilidade de decidir a história de sua própria vida.”⁴⁵⁴

Para romper com essa barreira, é necessária a formação de uma cultura de aplicação efetiva das formas alternativas de resolução de Conflitos. Uma quebra de paradigma. Fernanda Levy destacando a Mediação como tema atual no Brasil, e a vislumbrando como instituto apto a proporcionar tal quebra de paradigma, se manifesta dizendo:

A mediação sugere uma mudança de paradigma, uma nova maneira de interação nos conflitos interpessoais. Traz à tona o desejo das pessoas em resolver seus próprios conflitos e realizar suas próprias escolhas. Propõe a autodeterminação e autonomia dos mediados. Incentiva o olhar para um planejamento do futuro, que se pretende tranquilo e promissor, deixando as mágoas e os rancores no passado.⁴⁵⁵

A Jurisdição estatal, exercida através do Poder Judiciário, está de alguma forma interiorizada em cada indivíduo, e a mudança de postura é o caminho para harmonizar a Justiça.⁴⁵⁶ A intenção não é a de criticar o Poder Judiciário, mas sim, contribuir para a conscientização da Sociedade acerca das novas alternativas para resolução dos Conflitos, de maneira que ela possa usufruir de todos os benefícios oferecidos, principalmente pela Mediação. Com a inserção de tais formas de

⁴⁵³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: RT, 2009. p. 98.

⁴⁵⁴ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 147.

⁴⁵⁵ LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 123.

⁴⁵⁶ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001. p. 84-85.

resolução de Conflitos como vias de Acesso à Justiça, torna-se necessário o desenvolvimento de uma nova postura frente aos mecanismos disponibilizados aos jurisdicionados, e, aptos a solucionar os Conflitos. Neste sentido a Mediação traz em seu conteúdo a possibilidade de contribuir para uma Sociedade melhor, mais humana, mais digna e capaz de uma convivência mais harmoniosa.⁴⁵⁷

A Sociedade precisa estar atenta a tais mudanças, para que possa ver melhorada a convivência de seus pares. Contudo, “para que haja mudança no comportamento é necessária a mudança de mentalidade”.⁴⁵⁸ A Jurisdição estatal tem a seu favor um hábito de longa tradição, sendo mais fácil aderir a ele do que se inserir numa nova cultura, da qual não se tem pleno conhecimento ou não se está habituado. A Sociedade, acomodada a certo quadro institucional “necessita de tempo para aceitar a mudança dessa realidade, acostumando-se com o novo, reconhecendo-o como um valor, e assim assumindo-o como um bom critério para o exercício da liberdade de optar.”⁴⁵⁹

Kazuo Watanabe diz que

O grande obstáculo, no Brasil, à utilização mais intensa da conciliação, da mediação e de outros meios alternativos de resolução de conflitos, está na formação acadêmica dos nossos operadores do Direito, que é voltada, fundamentalmente, para a solução contenciosa e adjudicada dos conflitos de interesses. Vale dizer, toda ênfase é dada à solução dos conflitos por meio do processo judicial, onde é proferida uma sentença, que constitui a solução imperativa dada pelo juiz como representante do Estado. É esse o modelo ensinado em todas as faculdades de Direito do Brasil.⁴⁶⁰

Apesar de se verificar uma nova e paulatina releitura do Direito nas universidades, onde a interdisciplinaridade se faz presente, ele ainda é ensinado, em nível de graduação, voltado para o lado adversarial. Poucas instituições oferecem

⁴⁵⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 147.

⁴⁵⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 148.

⁴⁵⁹ SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário: mudança cultural**. São Paulo: LTr, 2001. p. 87-88.

⁴⁶⁰ WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6.

disciplinas direcionadas à solução não contenciosa dos Conflitos. Formam profissionais aptos a enfrentarem a batalha do dia-a-dia num escritório de advocacia, onde os advogados são procurados pelas pessoas na intenção de encontrarem nele um aliado para auxiliá-las a impor a culpa ao outro, que é tido como adversário. Não se trabalha o lado emocional do ser humano, levando os futuros advogados e operadores do Direito, apenas a entender as leis a serem aplicadas a fatos conflituosos.⁴⁶¹

Neste sentido, Águia Arruda Barbosa afirma que

[...] a mudança de paradigma no trato de pessoas em sofrimento permite compreender que não é função do operador do direito a solução dos problemas das partes. A função destes profissionais é de despertar nos litigantes o resgate da responsabilidade pela autoria da própria vida.⁴⁶²

Há que se substituir, gradativamente, a cultura da sentença pela cultura da pacificação. Tal mudança depende de um processo que deve se iniciar na base de formação dos indivíduos, revelando-se essencial “a inserção, nas faculdades de Direito de ampliadas oportunidades para o estudo da autocomposição para que as modificações legislativas que prestigiam a autocomposição se tornem efetivas (e não relegadas a letra morta).”⁴⁶³ Insere-se aí a Mediação. A efetivação de tal instituto como prática a serviço da Justiça passa pelos bancos da academia e demanda mudanças culturais na forma de encarar o Conflito, “de modo que se deixe de privilegiar a lógica dual cultural culpado/inocente (certo/errado), o imediatismo de soluções e a transferência para terceiros da responsabilidade pela solução dos próprios problemas.”⁴⁶⁴ Denota-se daí que para que a cultura da Mediação seja difundida na Sociedade, ela deve ter início na formação jurídica dos Bacharés de Direito, futuros operadores do Direito.

⁴⁶¹ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família**. 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003. p. 148.

⁴⁶² BARBOSA, Águia Arruda. A clínica do direito. **Revista do Advogado**, n. 62, mar. 2001, São Paulo. p. 42.

⁴⁶³ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 170. Destaca-se aqui o CPC/2015 e a LM, enquanto inovações legislativas.

⁴⁶⁴ PINTO, Ana Célia Roland Guedes. **O conflito familiar na justiça**: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, n. 62, mar. 2001, São Paulo. p. 70.

No que diz respeito ao papel do advogado, quando procurado no início da controvérsia pela(s) parte(s), é o de primeiro apreciador técnico do Conflito, sendo fundamental sua orientação para o encaminhamento dos interessados a mecanismos produtivos. Cabe a ele avaliar as possibilidades inerentes às vias consensual e litigiosa, informando as partes sobre as alternativas previsíveis e as ferramentas disponíveis.⁴⁶⁵

Fernanda Tartuce aduz que

Uma moderna e atualizada compreensão do papel do advogado considera também seu papel pacificador. No contexto de um completo assessoramento de seu cliente, deve o advogado adverti-lo sobre os riscos da demanda e sobre as possibilidades de acordo, orientando-o detalhadamente sobre as implicações decorrentes de uma ou outra forma de composição de controvérsias.⁴⁶⁶

Segundo Maria Inês Corrêa de Cerqueira César Targa,

a moderna postura do profissional do direito exige dele – e assim o demonstram as modificações já perpetradas no Direito Processual [...] – completo envolvimento com a mediação do conflito, um assessoramento total para que as partes realizem um acordo. O advogado terá que entender e honrar seu papel de conciliador; deverá advertir seu cliente para os riscos da demanda e concitá-lo à pacificação com a parte adversa. **Essa postura não existe na advocacia brasileira, tanto por tradição quanto por formação [...].**⁴⁶⁷

Outro agente responsável nessa seara é o juiz. Seu papel também merece ser destacado. O juiz brasileiro necessita aprender a conviver com as demais formas não jurisdicionais de resolução de Conflitos, a exemplo da Mediação, não devendo desprezá-las. Deve se conscientizar de que isso não levará à redução da importância da sua função, atividade ou poder. Pelo contrário, permitirá direcionar sua atuação para as causas que por sua abrangência, não se enquadram dentre aquelas passíveis de serem resolvidas por tais meios. Ademais, no diminuto mundo

⁴⁶⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 103.

⁴⁶⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 103.

⁴⁶⁷ TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004. p. 170. (negritos do autor da presente Dissertação)

em que atua cada juiz, na sua mudança de mentalidade, é que pode começar a transformação da cultura jurídica, de uma cultura da sentença para uma cultura da pacificação.⁴⁶⁸

Antonio Carlos Ozório Nunes afirma que

Diante desta realidade que demanda uma Justiça de qualidade, mais harmonizadora, em tempo razoável, a mediação (re) surge num modelo flexível à disposição da população e como política pública para a resolução dos mais diversos conflitos. Uma opção horizontal e adequada para escapar dos métodos impositivos adversariais, que devem ser destinados aos casos de impossibilidade de solução por outro meio, ou de simples escolha e conveniência pelas formas autocompositivas.⁴⁶⁹

No entendimento de Fátima Nancy Andrigui,

[...] para que a importância de mencionados instrumentos alternativos seja reconhecida e consagrada, é imperioso revermos o conceito de cidadania, uma vez que sem a conjugação dos esforços de todos os setores da sociedade, qualquer tentativa de modernização da administração da Justiça restará frustrada, pois consoante salientado pela insigne professora Ada Pellegrini Grinover, para que se atinja a real efetividade da prestação jurisdicional, é imprescindível que a cidadania seja entendida, também, como integração do indivíduo no exercício da jurisdição, atribuindo-lhe responsabilidades específicas na busca da Justiça e do consenso.⁴⁷⁰

Sob tal ótica, o Estado é incumbido da função de divulgar não só a existência, mas também a conveniência da utilização das formas autocompositivas de resolução de Conflitos. É seu papel popularizar, levar ao conhecimento da Sociedade, informando-a acerca das vantagens, garantias e procedimentos.⁴⁷¹

Frente ao grande número de processos que ingressam e que se

⁴⁶⁸ NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo, RT, 2000. p. 96 *et seq.*

⁴⁶⁹ OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 33. Observa-se que hodiernamente este ressurgir da Mediação é amparado por normas jurídicas: CPC/2015 e LM.

⁴⁷⁰ ANDRIGUI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. p. 32. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29764-29780-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

⁴⁷¹ ANDRIGUI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. p. 32. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29764-29780-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

encontram pendentes de julgamento no Poder Judiciário, notadamente na esfera civil⁴⁷², interesse desta Dissertação, o Estado deve educar a população no sentido da utilização das formas autocompositivas de resolução de Conflitos, notadamente a Mediação. O atual estágio da prestação jurisdicional estatal enquanto prerrogativa absoluta do Estado, já não se mostra adequado.

A conscientização social promovida no sentido de fomentar a utilização da Mediação de Conflitos, estimula a quebra de paradigmas e a consequente transformação da cultura jurídica, vez que “favorece a inclusão social, a empatia e a razoabilidade no enfrentamento das controvérsias, “oxigenando” a abordagem das controvérsias com novas pautas e ideias em prol de melhores resultados.”⁴⁷³

Esta cultura de Autocomposição de Conflitos se coaduna à ideia de atribuição de mais autonomia às partes, princípio implícito na LM e no CPC/2015. Ademais, não se pode ficar refém desta cultura excessivamente demandista, de dependência do Estado para a resolução de todos os Conflitos.

3.4 MEDIAÇÃO: ALTERNATIVA À JURISDIÇÃO CIVIL NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E AO DEMOCRÁTICO ACESSO À JUSTIÇA⁴⁷⁴

Por ser um direito básico do homem, o Acesso à Justiça é de indelével importância para que se estabeleça a democracia e a paz em uma Sociedade que constantemente possui Conflitos. Dados os Princípios e características da Mediação, é possível perceber que sua construção estabelece uma visão axiológica da Justiça, onde esta é uma ordem de valores e direitos fundamentais dos seres humanos.⁴⁷⁵ O reconhecimento e a proteção dos direitos do homem é um requisito essencial de

⁴⁷² Vide item 2.3 desta Dissertação.

⁴⁷³ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 106. (aspas no original)

⁴⁷⁴ Este item é em parte integrante do Artigo “Mediação e o Acesso à Justiça”, desenvolvido para a disciplina Fundamentos da Percepção Jurídica – FPJ-2015.2, componente do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, ministrada pelo Professor Cesar Luiz Pasold, Doutor e Pós Doutor, sendo que o mesmo não foi publicado até a data final de desenvolvimento deste item (03/05/2017) em nenhum periódico, seja na forma escrita ou eletrônica.

⁴⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996. p. 115.

qualquer Constituição dita democrática.⁴⁷⁶

A CRFB traz o Acesso à Justiça como um direito e uma garantia fundamental. Todavia, como já descrito nesta Dissertação, ele não se confunde com o acesso ao Poder Judiciário, uma vez que é possível o Acesso à Justiça sem recorrer a este Poder. Os movimentos que buscam dar maior efetividade ao Acesso à Justiça incluem em suas pautas a prática e a multiplicação de vias alternativas deste acesso.

Não são raras as vezes em que as técnicas adversariais heterocompositivas, amplamente utilizadas pelos órgãos da Jurisdição, acabam em obstáculos ao Acesso à Justiça, o que causa grande descontentamento da Sociedade em relação às demandas submetidas à apreciação do Poder Judiciário. A principal fonte desse descontentamento reside na morosidade e na ineficácia da prestação jurisdicional. A Sociedade anseia por Justiça e tem tomado consciência de que “justiça tardia é justiça desmoralizada”.⁴⁷⁷

Tomando-se em conta a crise experimentada pelo Poder Judiciário, o Acesso à Justiça volta-se a resolver Conflitos afastando-se dos métodos exclusivamente heterocompositivos, passando a incorporar formas autocompositivas, com a finalidade de auxiliar na busca da pacificação social.⁴⁷⁸ Esta abordagem permite que o Acesso à Justiça seja alcançado por meio de práticas tais como a Mediação, que desponta como uma das formas alternativas de resolução de Conflitos no Brasil, forma autocompositiva e não adversarial, que busca pacificar a Sociedade, oferecendo-se como alternativa à Jurisdição Civil.

⁴⁷⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 223. Título original: *L'età dei Diritti*. (itálicos no original).

⁴⁷⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 31. Colhe-se, das lições de Rui Barbosa: “Mas justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito escrito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade. Os juizes tardinheiros são culpados, que a lassidão comum vai tolerando. Mas sua culpa tresdobra com a terrível agravante de que o lesado não tem meio de reagir contra o delinquente poderoso, em cujas mãos jaz a sorte do litígio pendente.” (BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 40. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017).

⁴⁷⁸ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 31.

O entendimento de que o Acesso à Justiça não se dá somente por meio da prestação jurisdicional foi adotado pelo CNJ, quando este se posicionou de maneira favorável à utilização de mecanismos de solução alternativa de controvérsias para dar efetividade ao direito constitucional de Acesso à Justiça, buscando alcançar a ordem jurídica justa, de modo que o Acesso à Justiça é abordado em seu aspecto formal e material. Tal posicionamento está refletido na Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, através da qual o mencionado Conselho instituiu a “Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário”.⁴⁷⁹

Tratar o Conflito de forma adequada é garantir o direito de Acesso à Justiça, compreendido como o acesso ao processo justo, célere, com uma justiça imparcial, e que possibilite a participação das partes de uma maneira efetiva.⁴⁸⁰ O Acesso à Justiça, enquanto direito fundamental do homem, necessita de mecanismos que possam lhe dar efetividade, o que é possível por meio da Mediação.

A Mediação conta com a participação constante das partes em razão do seu procedimento estar fundado no diálogo, na comunicação. Assim, para resolver o Conflito é necessário que as partes envolvidas dialoguem na busca de uma solução que seja razoável a ambas. O papel do Mediador é de facilitar esse diálogo, auxiliar que as partes, por elas mesmas, consigam encontrar uma solução adequada ao Conflito existente, e não determinar quem possui razão e quem está dela desprovido, como na forma jurisdicional tradicional. Não há vencedor e vencido, os dois lados são vencedores, pois conseguiram dar fim ao Conflito.⁴⁸¹

Denota-se que essa característica do procedimento da Mediação revela outra importante contribuição: a capacitação e o crescimento pessoal das partes,

⁴⁷⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução n. 125, de 29 de Novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

⁴⁸⁰ ALBUQUERQUE, Bruna Maria Jacques Freire de. A efetividade do processo, o contraditório e a ampla defesa: conciliação dos princípios nas ações cautelares. Recife: **Revista ESMAFE**: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 3, mar. 2002. p. 239. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/downloads/rev03.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

⁴⁸¹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 99 *et seq.*

tirando-as da posição de reféns da Jurisdição, permitindo que possam assumir uma participação ativa na resolução dos Conflitos em que se encontrem inseridas. Essa capacitação irá acompanhá-las em situações futuras, onde já estarão mais preparadas a lidar com o Conflito, empoderadas, de modo que necessariamente não precisarão acessar o Poder Judiciário, e, conseqüentemente a Jurisdição Civil para dar fim ao desentendimento.

A transformação das pessoas decorre de sua formação. Essa formação é proporcionada pela Mediação, que não se baseia em um tecnicismo distante da real situação das partes, mas busca compreendê-las e auxiliá-las, tornando-as aptas a lidar com adversidades.⁴⁸² Por outro lado, o tecnicismo jurisdicional rígido e autoritário, que avoluma autos e alimenta uma advocacia litigiosa, volta-se a explorar o Conflito ao invés de transformá-lo. Não garante o Acesso à Justiça, garante tão somente o acesso ao Poder Judiciário.⁴⁸³

Mecanismos mais simples como a Mediação tendem a diminuir essa carga técnica e rígida do Conflito, tornando a Justiça mais próxima dos cidadãos, proporcionando maior participação popular nos assuntos a ela inerentes. Ainda, torna a Justiça célere, pois as próprias partes, em uma, ou poucas sessões de curta duração, resolvem seus desentendimentos. É menos desgastante e onerosa. Garante maior privacidade, pois as sessões são particulares, o que acarreta maior participação dos envolvidos, que se sentem à vontade para expressar seus sentimentos.⁴⁸⁴

Na sessão de Mediação não é estabelecida hierarquia. As partes e os Mediadores relacionam-se em igualdade de condições, podendo dialogar e expressar seus pensamentos sem nenhuma repreensão. Com essas características, cabe ao Mediador compreender os interesses em Conflito, guiando os envolvidos à solução do mesmo. Ao participar da solução do Conflito, o indivíduo se sente mais presente na Sociedade e passa a compreender melhor o papel que ocupa no seio

⁴⁸² SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 28.

⁴⁸³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 80.

⁴⁸⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 99 *et seq.*

desta, seja por meio do respeito aos seus direitos ou pelo reconhecimento de seus deveres para com os semelhantes.⁴⁸⁵

Sendo assim, através da Mediação, é permitido atender muito mais do que o interesse de um único indivíduo. É possível alcançar a pacificação social e a Justiça. O Acesso à Justiça se reveste de tamanha importância, que somente por meio dele, é garantida a participação do indivíduo nos bens e serviços de uma Sociedade. Não há como o cidadão participar do convívio social quando lhe é retirado o direito a recorrer à Justiça. Sem essa prerrogativa, todos os demais direitos são meras letras mortas, garantias apenas idealizadas, sem possibilidades de concretização.⁴⁸⁶

O cidadão que não participa do convívio social e não tem proporcionado o pleno Acesso à Justiça fica refém do poder estatal para resolver seus Conflitos. Para cessar tal estado de submissão é necessário muito mais do que simplesmente levar demandas à apreciação jurisdicional, é imperioso atender e incluir estes indivíduos que estão à margem do sistema, é necessário o amplo e irrestrito Acesso à Justiça.⁴⁸⁷ Resta evidente que garantir a democratização das vias de Acesso à Justiça é um primado do Estado Democrático de Direito.

Neste sentido, destaca-se que a satisfação dos usuários em relação ao devido processo legal está ligada ao sentimento de que o processo foi justo⁴⁸⁸. Além de um processo justo, a satisfação repousa na participação do usuário na seleção dos processos utilizados para a resolução de seu Conflito. Nesta senda, o Acesso à Justiça passa a uma concepção de acesso a uma solução efetiva para o Conflito, por meio da adequada participação do Estado – resultados, procedimentos e

⁴⁸⁵ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 99 *et seq.*

⁴⁸⁶ SADEK, Maria Tereza. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. In: LIVIANU, R. (Coord). **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. p. 170. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

⁴⁸⁷ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 29.

⁴⁸⁸ “A tutela jurisdicional [...] tem de ser *efetiva e justa*, dentro das perspectivas traçadas pela ordem constitucional.” (THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum**. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 114, *itálicos no original*).

condução –.⁴⁸⁹ Nesta dimensão, o Acesso à Justiça está muito mais ligado à satisfação dos indivíduos com a resolução do Conflito do que com o mero acesso ao Poder Judiciário. A Mediação se encaixa aqui. Carlos Eduardo Vasconcelos diz que

A mediação de conflitos, enquanto trato subjetivo, transdisciplinar, método empírico em sua interdisciplinaridade, vai facilitar o encontro de soluções consensuadas, legítimas, mas que precisam ser compreendidas, interpretadas e decididas no âmbito de um sistema jurídico necessariamente democrático. A mediação dignifica e humaniza os processos de solução de disputas, vistos, na perspectiva positivista, como técnicas de uma metodologia dogmática formal.⁴⁹⁰

Daí os esforços da comunidade jurídica e do próprio governo em promover reformas, através de mudanças normativas e de paradigmas, com o objetivo de dar maior eficiência à prestação jurisdicional do Estado, incorporando ao Ordenamento Jurídico brasileiro, no que diz respeito à Mediação, o CPC/2015 e a LM, etapas importantes neste processo.⁴⁹¹

Tais legislações estimulam, na seara das suas normas fundamentais, que as partes, auxiliadas e orientadas por profissionais capacitados, identifiquem formas alternativas para resolução para seus Conflitos de natureza civil, especialmente a Mediação. O texto do CPC/2015, “preconiza que juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público se empenhem, inclusive no curso do

⁴⁸⁹ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013. p. 29.

⁴⁹⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014. p. 47.

⁴⁹¹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 28. Destaca-se que tais diplomas legais, além de incorporarem a direção das normas da Resolução 125 do CNJ, solidificam o uso das formas alternativas de resolução de Conflitos, dentre elas a Mediação. “Trata-se de mudança de cultura e de concepção e, por consequência, de mudança efetivamente estrutural: necessidade de formatação do método de ensino nas faculdades de direito, formando advogados, juízes e promotores aptos à atuação perante a nova realidade; de formação de profissionais técnicos capacitados e cadastrados junto aos Tribunais; de criação de espaço físico etc.” (MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. p. 129-140. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 132-133. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

processo, na tentativa de solução consensual do conflito (art. 3º, § 3º).⁴⁹² Aos poucos vai-se encaminhando para processos e procedimentos em que o objetivo maior é a solução justa e adequada dos Conflitos, e que, de fato, possam reduzir tensões sociais, valorizando a pacificação e a harmonização dos litigantes, em lugar de propiciar a guerra judicial em que só uma das partes tem os louros da vitória e à outra parte somente resta o amargor da sucumbência.⁴⁹³

A Mediação é instrumento capaz de solucionar Conflitos de modo apropriado, colaborando na redução do número de processos judiciais, e, combatendo o desvirtuamento da função judicial do Estado, conferindo uma leitura contemporânea do Acesso à Justiça. “Se insere entre os mecanismos de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal do Brasil, na medida em que resolve a controvérsia de maneira adequada e, portanto, mais justa.”⁴⁹⁴ Tais Conflitos, na presente Dissertação, tem ênfase na Jurisdição Civil.

Neste campo, as causas que tramitam no Poder Judiciário, tais como as demandas sobre Direito de família, locação, responsabilidade civil, relações de consumo, dentre outras, necessitam de soluções urgentes, sob pena de comprometimento da relação jurídica e da condição da parte. Nessa ótica, a Mediação, no Brasil, enquanto forma de resolução de Conflitos de natureza civil pode se revelar fundamental para obtenção de resposta rápida, o que por certo se harmoniza com a noção de Acesso à Justiça num prazo razoável.⁴⁹⁵

⁴⁹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 449.

⁴⁹³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 9.

⁴⁹⁴ CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 463-484. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 464. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC). A autora destaca à p. 466, que a maturação e desenvolvimento do CPC/2015 e da LM são essenciais pra que o novo regramento seja “efetivamente completo e capaz de alcançar diferentes formas de conflitos e contemplar no campo processual e material as questões essenciais para a aplicação da mediação no Brasil.”

⁴⁹⁵ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 316. A autora elenca em sua obra à p. XVIII, algumas possibilidades de aplicação da Mediação no campo da Jurisdição Civil à luz do CPC/2015 e da LM, os quais serão aqui apenas mencionados, não se fazendo um estudo individual aprofundado deles. “Mediação e contratos;

Fernanda Tartuce leciona que

[...] em variados tipos de conflitos civis a Mediação pode constituir uma eficiente ferramenta de composição, não havendo por que limitar sua incidência apenas às relações de trato sucessivo. A condição pessoal das partes, o histórico de sua relação e o grau de disponibilidade do Direito serão fatores interessantes para cogitar o encaminhamento das partes à mediação ou não.⁴⁹⁶

Em tal perspectiva, a Cidadania tem voz e vez, sendo ouvida e considerada parte integrante do processo democrático de garantia dos direitos. Roger Perrot em Conferência pronunciada na cidade de Florença/Itália, em 27 de setembro de 1997, já destacava que “o jurisdicionado aspira a uma Justiça mais simples, menos solene, mais próxima de suas preocupações quotidianas, àquilo que numa palavra se denomina uma "Justiça de proximidade".”⁴⁹⁷

A intenção, ao apregoar-se a utilização da Mediação, não é a de que haja substituição da atuação da Jurisdição Civil pelo exercício de tal atividade. O que se pretende é complementar a atividade de realização e distribuição de Justiça com a alternativa de mais uma ferramenta de trabalho. Neste sentido, a Mediação se oferece como alternativa à Jurisdição Civil, podendo contribuir para a redução do número de demandas em curso no Poder Judiciário ao tirar de seu contexto a análise de situações que podem ser reorganizadas pelos próprios envolvidos. Seu maior aporte, no entanto, é disponibilizar ferramentas hábeis a ensejar nos indivíduos elementos de resgate de sua própria Dignidade, de forma que eles

Mediação e responsabilidade civil; Mediação e direito das coisas; Mediação e direito de família [...]; Mediação e direito das sucessões; Mediação e direito empresarial.”

⁴⁹⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 319. A autora se refere à redação do art. 165, § 3º do CPC/2015, que dispõe que o Mediador deverá atuar preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes. Destaca a autora à mesma página, que “a previsão foi feliz ao destacar o termo “preferencialmente”, porque mesmo em relações episódicas pode-se utilizar a mediação e deixar que os próprios envolvidos elaborem a saída consensual sem que o terceiro imparcial faça sugestões quanto ao mérito, preservando a autoria e a maior chance de cumprimento espontâneo da avença.” (aspas no original).

⁴⁹⁷ PERROT, Roger. **O processo civil francês na véspera do século XXI**. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. (sem menção do título original). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>>. Acesso em: 26 abr. 2017. (aspas no original)

assumam a responsabilidade pessoal pela resolução dos seus Conflitos.⁴⁹⁸

Ademais, para além das recentes inovações legislativas, CPC/2015 e LM, há um caminho que vem sendo trilhado para que a Mediação se configure um modelo eficiente de distribuição de Justiça. Este caminho passa por uma mudança de mentalidade e pela abertura de novas possibilidades, pois só assim “é que as partes e os operadores do Direito estarão prontos para se orientar segundo as diretrizes da Justiça consensual, atentando tanto para suas potencialidades como para os seus limites.”⁴⁹⁹

Para finalizar: “Mediação: tema atual, no Brasil e no mundo”.⁵⁰⁰ Mudar a cultura adversarial para a autocompositiva é um processo desafiador, mas é o caminho. Prossiga-se trilhando este caminho, pois como bem anunciaram Paulo Freire e Myles Horton no título de sua obra: “o caminho se faz caminhando”.⁵⁰¹

A seguir serão explicitadas as Considerações Finais acerca da Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil: uma alternativa à Jurisdição Civil.

⁴⁹⁸ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 343.

⁴⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016. p. 344.

⁵⁰⁰ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010**. 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 29.

⁵⁰¹ FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. **O caminho se faz caminhando**. Petrópolis: Vozes, 2003.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente Dissertação teve por objeto o estudo da Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil: uma alternativa à Jurisdição Civil. O tema proposto justificou-se frente à necessidade de mudança de paradigma do modelo tradicional de resolução de Conflitos, que tem ênfase no litígio jurisdicional, e, que não é mais capaz de, satisfatoriamente, oferecer soluções justas e efetivas ao grande número de demandas que lhe são submetidas, para um modelo de pacificação social, com ênfase na Mediação, meio autocompositivo, não adversarial, consensual e dialógico, especialmente voltado para a promoção do exercício da Cidadania por parte dos envolvidos em situações conflituosas, e, que buscam solucioná-las através dela.

O seu objetivo foi demonstrar se a Mediação, na condição de forma autocompositiva de resolução de Conflitos, apresenta-se como possível alternativa à Jurisdição Civil no Brasil.

Constatou-se que o Conflito é um fenômeno que existe desde os primórdios, estando presente nos relacionamentos humanos, e, na atualidade, frente à crescente complexidade social, vem se intensificando. No intuito de dirimi-lo de maneira mais adequada, busca-se novas formas de resolução. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça publicou no ano de 2010 a Resolução n. 125 com a finalidade de propiciar a solução dos Conflitos através de métodos alternativos à Jurisdição, dentre eles a Mediação, a fim de que as partes, de modo consensual e cooperativo pudessem se tornar protagonistas da solução dos mesmos.

Tal Resolução é de extrema importância para o desenvolvimento da cultura autocompositiva no Brasil, a qual passou a ter mais força com a vigência do Código de Processo Civil no ano de 2016, Lei n. 13.105/2015, em com o Marco Legal da Mediação no ano de 2015, Lei n. 13.140/2015.

Na sua condição de relatório final da pesquisa, esta Dissertação foi estruturada nuclearmente em três Capítulos.

No Capítulo 1, discorreu-se acerca do Conflito, sua historicidade, conceito e aspectos gerais, buscando analisar a origem dos Conflitos e a perceber o modo

como a Sociedade os visualiza. Verificou-se que os mesmos nem sempre se apresentam como negativos, podendo ser positivos, uma oportunidade de transformação do ser humano, propiciando mudança, amadurecimento e fortalecimento das relações.

No que diz respeito às espirais de Conflitos, mostrou-se necessária a inversão da competição pela cooperação entre as partes, no intuito de evitá-las, o que se dá através da colaboração das partes, possibilitando desta forma a estagnação do ciclo vicioso que faz com que o núcleo causador do Conflito se expanda a cada atitude reprovada pela parte contrária.

Buscando identificar e compreender as formas de resolução de Conflitos, percebeu-se que elas se dividem em Autotutela, Autocomposição e Heterocomposição.

Verificou-se que a Autotutela é, em regra, proibida pelo Ordenamento Jurídico brasileiro, sendo permitida em situações excepcionais, fora das quais caracteriza o exercício arbitrário das próprias razões, pois resulta da imposição da vontade de apenas uma das partes.

A Autocomposição, por sua vez, pode ser unilateral ou bilateral. A unilateral resulta em Renúncia ou Desistência a que procede do autor, e Submissão ou Reconhecimento Jurídico do Pedido a que emana do réu. A bilateral, por seu turno, se dá por intermédio da Transação entre as partes ou importa em Negociação, Conciliação e Mediação. A Negociação ocorre por meio do consenso direto, sem a intervenção de um terceiro; a Conciliação, com a ajuda de um terceiro interveniente e facilitador, o conciliador, apto a propor soluções, mas não de modo impositivo; a Mediação com o apoio de um terceiro facilitador, o Mediador, que não propõe soluções, apenas auxilia as partes no restabelecimento do diálogo para que estas encontrem por si mesmas a melhor forma de solucionar o Conflito. É característica da Autocomposição bilateral, que as próprias partes de forma espontânea, mediante concessões recíprocas, construam a solução para dirimir os seus Conflitos. A Autocomposição pode ocorrer de forma extrajudicial, dentro do processo judicial, ou paralelamente a ele.

Já na Heterocomposição, busca-se resolver o Conflito através da entrega

do mesmo a um terceiro, o Estado-juiz, que o decidirá por intermédio da Jurisdição – juiz ou tribunal –, ou ainda, à Arbitragem, forma não estatal, privada, onde um terceiro exercerá o papel de árbitro na busca da resolução do Conflito.

No Capítulo 2 foi abordada a Jurisdição como forma estatal de resolução de Conflitos, com ênfase na Jurisdição Civil. Ocupou-se de sua historicidade e noções de âmbito geral. Identificou-se que o Estado é tido por embrião da Jurisdição, e esta, por sua vez, é produto da experiência da humanidade forjada através dos tempos.

Verificou-se que a Jurisdição estatal é atribuição exclusiva do Poder Judiciário, pressupondo o Poder Legislativo, com a incumbência de formular leis, de criar direito objetivo, a regular a ordem jurídica. A Jurisdição, neste sentido, pressupõe a lei, o direito objetivo. Ela é exercida, de regra, em face de Conflitos e por provocação do interessado, através do exercício do direito de ação e por meio do processo.

Constatou-se que à luz da CRFB, a atividade jurisdicional vai além da aplicação da lei – no sentido infraconstitucional –, destinando-se de igual forma à aplicação da Constituição, o que implica o permanente controle da lei, exigindo a direta aplicação de Princípios constitucionais em campos em que a lei é omissa ou insuficiente.

Apurou-se que a Jurisdição, em decorrência do Princípio da Soberania do Estado, é una. A doutrina, no entanto, costuma classificá-la segundo vários critérios, tendo-se as espécies de Jurisdição, assim distribuídas: comum e especial; civil e penal; contenciosa e voluntária; inferior e superior; interna e externa.

Na sequência, passou-se à abordagem da atual crise vivida pelo Poder Judiciário, demonstrando-se a ineficiência e a ineficácia da Jurisdição Civil frente ao excessivo número de demandas e à crescente complexidade social. Neste quadro, frente às dificuldades enfrentadas pelo Poder Judiciário na administração do sistema de justiça, que conta com um número cada vez maior de causas em trâmite, números estes apresentados a partir do Relatório Justiça em Números mais atual, publicado pelo CNJ – 2016, ano base 2015 –, justifica-se a adoção da Mediação enquanto forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil.

Teceu-se, ainda, considerações acerca do Ordenamento Jurídico e sua relação com o Acesso à Justiça. Foi possível perceber que o Acesso à Justiça se insere como um dos direitos básicos do homem dentro de um Ordenamento Jurídico, e que ao longo do tempo surgiram três movimentos ou ondas distintas, buscando tornar efetivo tal acesso. A primeira onda foi a assistência judiciária. A segunda constituiu-se de reformas tendentes a proporcionar representação judiciária para os interesses considerados difusos. A terceira é o enfoque no próprio Acesso à Justiça, que recebe este nome em razão de abarcar os posicionamentos anteriores e representar uma tentativa de ataque às barreiras ao acesso de um modo mais articulado e compreensivo.

Ao finalizar este Capítulo, registrou-se a percepção que, hodiernamente, surge um novo movimento com a finalidade de possibilitar maior efetividade ao Acesso à Justiça. Neste movimento, identifica-se a adoção e a difusão de institutos como a Mediação, que torna possível acessar a Justiça por meio de forma alternativa à Jurisdição Civil, no que se denomina um sistema multiportas. Assim, o Ordenamento Jurídico passa a contar com mais um instrumento de concretização de Acesso à Justiça. Diante disso, percebe-se que Acesso à Justiça é mais amplo do que acesso ao Poder Judiciário.

O Capítulo 3, por sua vez, ocupou-se da Mediação como forma autocompositiva de resolução de Conflitos no Brasil. Partindo-se do histórico da Mediação, abordou-se a interação entre o CPC/2015 e a LM, para na sequência apresentar conceitos doutrinários e legais do Instituto.

Constatou-se que historicamente a Mediação foi utilizada de maneira contínua e variada desde épocas remotas, tendo sido parte integrante da cultura de muitos povos antigos. Difundiu-se, tendo chegado, no transcorrer da década de 1990, em países como Estados Unidos, Canadá, Austrália, Colômbia e Argentina. No Brasil, as primeiras noções remontam à Constituição Política do Império do Brasil, de 25 de março de 1824. A despeito disso, despontou com considerável ênfase no século XX, como forma utilizada para resolução de Conflitos de ordem trabalhista, expandindo-se em seguida, passando a ser utilizada em Conflitos familiares e negociais.

No plano legislativo brasileiro, a primeira proposta a contemplar um marco legal para a Mediação foi o Projeto de Lei n. 4.827/1998, de autoria da deputada Zulaiê Cobra Ribeiro. A partir dele, o Trabalho apresentou outros projetos que foram sendo propostos e discutidos no Congresso Nacional, sendo que o Projeto de Lei n. 7.169/2015 redundou na Lei n. 13.140/2015 – LM. Outro projeto de Lei em destaque, foi o de n. 8.046/2010, que resultou no CPC/2015 – Lei n. 13.105/2015, instrumento normativo que trouxe inúmeras previsões sobre a Mediação.

Considerando-se que ambas as Leis foram publicadas no mesmo ano, 2015, e vigorando em datas muito próximas – CPC/2015, publicado em 17/03/2015 vigorando em 18/03/2016, e, LM, publicada em 29/06/2015 vigorando em dezembro de 2015 –, partindo-se da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Decreto-Lei n. 4.657/1942 –, fez-se uma necessária abordagem acerca da interação das referidas leis, para verificar-se a eficácia da aplicabilidade de tais normas. Concluiu-se que a LM, nos pontos de antinomia, deve prevalecer sobre o CPC/2015, sendo este aplicado subsidiariamente.

No que diz respeito aos aspectos conceituais da Mediação, o Trabalho apresentou tanto conceitos doutrinários quanto legais. Este último, com base no enunciado do art. 1º, parágrafo único da LM. A partir de tais conceitos, evidenciou-se que a Mediação se constitui em forma coerente com o estímulo à cultura da pacificação social, inserindo-se como alternativa à Jurisdição Civil no Brasil.

Outro ponto de destaque relaciona-se aos Princípios informadores da Mediação. Constatou-se que o CPC/2015 e a LM apresentam os seguintes em comum: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada, sendo que a LM prevê outros três: isonomia entre as partes, busca do consenso e boa-fé. Os previstos no CPC/2015 e na LM se complementam e regem a Mediação, devendo ser observados pelo Mediador.

Apurou-se, no que diz respeito às formas de resolução de Conflitos no Brasil, que a cultura instituída é a de que os mesmos devam ser submetidos à Jurisdição, ou seja, levados à apreciação do Poder Judiciário, decorrendo daí uma cultura denominada de judiciarista ou demandista que vê no Conflito a premência da

propositura de uma ação judicial, trazendo consigo a percepção de que apenas o Estado em sua função jurisdicional é capaz de dirimir Conflitos presentes na Sociedade. Tal cultura está interiorizada nos indivíduos, a mudança de postura se faz necessária e vem ocorrendo. É fundamental que ocorra uma quebra de paradigma, com a paulatina formação de uma cultura de aplicação efetiva das formas alternativas de resolução de Conflitos, notadamente a Mediação.

Tal cultura demandista há de ser gradativamente substituída pela cultura da pacificação, da Autocomposição, passando pelas Instituições de Ensino, na formação dos estudantes de Direito, pelos advogados, juízes e demais Operadores do Direito, que devem se conscientizar da necessidade da fomentação da Mediação, estimulando a quebra de paradigmas e a consequente transformação da cultura jurídica. A cultura da Autocomposição de Conflitos se harmoniza com a ideia de atribuição de mais autonomia às partes, princípio implícito na LM e no CPC/2015, fazendo frente à inoperância da Jurisdição.

Finalmente, apresentou-se a Mediação como alternativa à Jurisdição Civil na resolução de Conflitos e ao democrático Acesso à Justiça, identificando-a como instrumento apropriado e eficaz na resolução de Conflitos, com ênfase aos da esfera da Jurisdição Civil, colaborando na redução do número de processos judiciais, tirando do contexto do Poder Judiciário, a análise de situações de Conflito que podem ser resolvidas pelos próprios envolvidos, conferindo assim, uma leitura contemporânea de Acesso à Justiça.

Destaca-se que a intenção ao apregoar-se a utilização da Mediação, não é a de que haja substituição da atuação da Jurisdição Civil pelo exercício de tal atividade, e sim, que ela seja uma alternativa a mais, uma ferramenta de trabalho que auxilie na distribuição da Justiça, despertando nos indivíduos elementos de resgate da própria Dignidade, de forma que tragam para si a responsabilidade pela resolução dos seus Conflitos.

Com o estudo, considerou-se que a Mediação, trilhando os caminhos dos ditames da Resolução 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da LM, e da paulatina mudança da cultura demandista para a da pacificação, se apresenta, na condição de forma autocompositiva de resolução de Conflitos, como alternativa à Jurisdição Civil

no Brasil. Percebe-se, portanto, que a hipótese apresentada como resposta ao problema foi comprovada.

Ante o exposto, entende-se que a presente Dissertação se ateve ao objeto de estudo delimitado, atingindo o objetivo científico proposto, com base na legislação pertinente ao tema e ancorada na doutrina de autores já consagrados.

Por derradeiro, observa-se que desenvolver o tema “Mediação” é uma tarefa que está longe de terminar, sobretudo porque, a cada dia, novos marcos de atuação são necessários, no constante desafio de se atender às mutantes carências do ser humano e da Sociedade. Cumpre anotar que não se pretendeu esgotar todas as vertentes relativas ao tema, permanecendo suas incompletudes e imperfeições como um novo desafio a ser enfrentado.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALBUQUERQUE, Bruna Maria Jacques Freire de. A efetividade do processo, o contraditório e a ampla defesa: conciliação dos princípios nas ações cautelares. Recife: **Revista ESMAFE** - Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n. 3, mar. 2002. Disponível em: <<https://www.trf5.jus.br/downloads/rev03.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: Contribución al estudio de los fines del proceso. México: Universidad Nacional Autónoma de México-UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/37818681/Proceso-Autocomposicion-y-a-Niceto-Alcala-Zamora-y-Castillo>>. Acesso em: 11 out. 2016.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Natureza da mediação de conflitos. *in*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. p. 87-99. Salvador: JusPodivm, 2017.

ALMEIDA, Diogo A. Rezende de; PAIVA, Fernanda. Princípios da mediação de conflitos. *in*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva. (Coord.). **Mediação de conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes – conforme Novo CPC. p. 101-111. Salvador: JusPodivm, 2017.

ÁLVARES DA SILVA, Antonio. A desjuridicização dos conflitos trabalhistas e o futuro da justiça do trabalho no Brasil. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993.

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. 15. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

ANDRIGUI, Fátima Nancy. **A arbitragem**: solução alternativa de conflitos. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/29764-29780-1-PB.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

ARISTÓTELES. **A Política**. Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2004. (Coleção A Obra Prima de Cada Autor). Sem menção do título original no exemplar utilizado.

_____. **Ética a Nicômaco**. Tradução de Mário da Gama Kury. 3. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, c. 1985, 1999. Sem menção do título original no exemplar utilizado.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2013.

BACELLAR, Roberto Portugal. O Poder judiciário e o paradigma da guerra na solução dos conflitos. *In*: PELUSO, Antonio Cezar; RICHA, Morgana de Almeida. (Coord.). GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. (Colab.). **Conciliação e**

mediação: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 31-37.

_____. **Mediação e arbitragem.** São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito; 53).

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo; GOMES, Fábio Luiz. **Teoria geral do processo civil.** São Paulo: RT, 1997.

BARBOSA, Águida Arruda. A clínica do direito. **Revista do Advogado**, n. 62, mar. 2001, São Paulo.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **O novo processo civil brasileiro.** 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços.** Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. Disponível em: <http://www.casaruibarbosa.gov.br/dados/DOC/artigos/rui_barbosa/FCRB_RuiBarbosa_Oracao_aos_mocos.pdf>. Acesso em: 17 abr. 2017.

BERMUDES, Sergio. **Introdução ao processo civil.** 5. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Título original: *L'età dei Diritti*. (itálicos no original)

_____. **Teoria do Ordenamento Jurídico.** Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2. ed. 2014. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*. (itálicos no original)

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** Tradução de Carmen C. Varriale et al. Coordenação de Tradução de João Ferreira. Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. Brasília: Editora Universidade de Brasília – UNB, 11. ed. v. 1. 1998. Título original: *Dizionario di política*. (itálicos no original)

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça - CNJ. **Resolução n. 125, de 29 de Novembro de 2010.** Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça – CNJ. **Mediação Digital.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/mediacaodigital/>>. Acesso em: 04 abr. 2017.

_____. **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824.** Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao24.htm>. Acesso em: 27 mar. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Texto consolidado até EC n. 93/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/const/con1988/con1988_08.09.2016/ind.asp>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de Dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. **Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Redação dada pela Lei n. 12.376/2010. Institui a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.

_____. **Justiça em números 2016 – Infográficos: ano base 2015**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/50af097ee373472788dd6c94036e22ab.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. **Lei n. 9.307, de 23 de Setembro de 1996** com alterações dadas pela Lei n. 13.129, de 26 de Maio de 2015. Dispõe sobre a arbitragem. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 16 nov. 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 24 out. 2016.

_____. **Lei n. 13.105, de 16 de Março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Portal da Presidência da República do Brasil: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 01 nov. 2016.

_____. **Lei n. 13.140, de 26 Junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Legislação. Brasília, DF. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

_____. **STF**. Pleno. SE-AgRg 5.206/EP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, ac. 12.12.2001, DJU 30.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/diarioJustica/verDiarioProcesso.asp?numDj=82&dataPublicacaoDj=30/04/2004&incidente=3509933&codCapitulo=5&numMateria=12&codMateria=1>>. Acesso em: 16 nov. 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Amicus curiae no processo civil brasileiro**: um terceiro enigmático. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso sistematizado de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil.** 8. ed. rev. e atual. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BUTTONI, Ademir. Mediar e conciliar: as diferenças básicas. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17963>>. Acesso em: 8 nov. 2016.

CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Análise comparativa entre a Lei de Mediação e o CPC/2015. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.** p. 463-484. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos & direito de família.** 1. ed. 4. reimpr. (2011). Curitiba: Juruá Editora, 2003.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação, Conciliação, Resolução CNJ 125/2010.** 5. ed. rev. e atual. de acordo com a Lei 13.129/2015 (reforma da Lei da Arbitragem), com a Lei 13.140/2015 (Marco Legal da Mediação) e com o Novo CPC. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995. Título original: *Elogio dei giudice scritto da un avvocato.* (itálicos no original)

CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. **Revista Síntese Direito Civil e Processual Civil.** v. 12, n. 71, maio/jun. 2011, p. 37-51. São Paulo: IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas, 2011.

_____. **Fundamentos da mediação e da conciliação.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à justiça.** GARTH, Bryant (Colab.). Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1998. Título original: *Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective.* (itálicos no original)

CARLYLE SILVA, Edward. **Direito processual civil.** 3. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 28, p. 47-63, 2011.

CARNEIRO, Athos Gusmão. **Jurisdição e competência.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASTELLANI, Fernando F. Acesso à justiça: direitos dos cidadãos perante o poder público. **Revista Visão Jurídica**, n. 86. São Paulo: Escala, [s. d.]. p. 64-67.

CASTRO JÚNIOR, Osvaldo Agripino de. **Introdução ao Direito e desenvolvimento: estudo comparado para a reforma do sistema judicial.** Brasília: OAB Editora, 2004.

CAZZARO, Kleber. Arbitragem: uma cultura para resolução de conflitos. *In*: AGUILA GRADOS, Guido Cesar; STAFFEN, Márcio Ricardo; CAZZARO, Kleber. (Orgs.). **Constitucionalismo em mutação**: reflexões sobre as influências do neoconstitucionalismo e da globalização jurídica. Blumenau: Nova Letra, 2013. p. 173-209.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Teoria geral do processo**. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

COMTE-SPONVILLE, André. **Pequeno tratado das grandes virtudes**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009. Sem menção do título original no exemplar utilizado.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Teoria geral do processo**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAKOLIAS, Maria. O setor judiciário na América Latina e no Caribe: elementos para reforma. Tradução de Sandro Eduardo Sardá. **Banco Mundial**, Washington, D.C. Documento técnico n. 319, jun. 1996. Sem menção do título original. Disponível em: <<http://www.forumjustica.com.br/wp-content/uploads/2014/12/WTP319-portuuguese.pdf>>. Acesso em: 29 mar. 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DAN, Wei. Mediação na China: passado, presente e futuro. *In*: CASELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de (Org.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

DE PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O marco legal da mediação no Direito brasileiro**. Disponível em: <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>. Acesso em: 28 mar. 2017.

DIAS, Reinaldo. **Sociologia do Direito**: a abordagem do fenômeno jurídico como fato social. São Paulo: Atlas, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 18. ed. rev. ampl. e atual. v. 1. Salvador: Jus Podivm, 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 4. ed. v. 1. São Paulo: Malheiros, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução às normas de direito brasileiro interpretada**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

FREIRE, Paulo; HORTON, Myles. **O caminho se faz caminhando**. Petrópolis: Vozes, 2003.

GABBAY, Daniela; FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Meios alternativos de solução de conflitos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. (Coleção FGV de Bolso. Série Direito & Sociedade; 34).

GALTUNG, Johan. **O caminho é a meta: Gandhi hoje**. São Paulo: Palas Athena, 2003.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Direito processual civil esquematizado**. Pedro Lenza (Coord.) 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Esquematizado)

GORETTI, Ricardo. **Mediação e acesso à justiça**. Salvador: JusPodivm, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1996.

_____. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-fundamentos-da-justi%C3%A7a-conciliativa>>. Acesso em: 13 fev. 2017.

GUIMARÃES, Mário. **O juiz e a função jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 1958. n. 23.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **Minidicionário Houaiss da língua portuguesa**. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Objetiva, 2008. p. 650.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. **Cláusulas escalonadas: a mediação comercial no contexto da arbitragem**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Nivaldo. **Anotações filosóficas**. Blumenau: Nova Letra, 2015.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito**. São Paulo: RT, 2009.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. p. 129-140. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: Teoria do Processo Civil**. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 3. ed. rev. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1975.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. **Direito processual civil moderno**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da tradição do uso da mediação. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 1, n. 3. São Paulo: RT. set.-dez. de 2004.

MENDONÇA, Rafael. **(Trans) modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos**. Petrópolis: KBR, 2012.

MIRANDA, Maria Bernadete. Aspectos relevantes do instituto da mediação no mundo e no Brasil. **Revista Virtual Direito Brasil**. v. 6, n. 2, 2012. Disponível em: <<http://www.direitobrasil.adv.br/arquivospdf/revista/revistav62/artigos/be2.pdf>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 2. ed. 1998. Título original: *The mediation process – practical strategies for resolving conflict*. (itálicos no original)

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MUSZKAT, Malvina Ester. **Mediação de conflitos: pacificando e prevenindo a violência**. 2. ed. São Paulo: Summus, 2003.

_____. **Guia prático de mediação de conflitos em famílias e organizações**. 3. ed. rev. São Paulo: Summus, 2008.

NALINI, José Renato. **O juiz e o acesso à justiça**. 2. ed. São Paulo, RT, 2000.

NAZARETH, Eliana Riberti. **Mediação**: o conflito e a solução. São Paulo: Artepaubrasil, 2009.

OZÓRIO NUNES, Antonio Carlos. **Manual de mediação**: guia prático da autocomposição; guia prático para conciliadores. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PACHECO, José da Silva. **Tratado das execuções**: processo de execução. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1976.

PASOLD, Cesar Luiz. Processo, acesso e efetivação da justiça: desafios aos operadores jurídicos. *In*: LAMY, Eduardo; ABREU, Pedro Manoel; OLIVEIRA, Pedro Miranda de. (Coord.). **Processo civil em movimento**: diretrizes para o novo CPC. Florianópolis: Conceito Editorial, 2013. p. 183-192.

_____. **Ensaio sobre a Ética de Norberto Bobbio**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

_____. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**: Teoria e Prática. 13. ed. rev. atual. amp. Florianópolis: Conceito Editorial, 2015.

_____. **Personalidade e comunicação**. Lisboa: Chiado, 2017.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. E a justiça aqui tão perto? - as transformações no acesso ao direito e à justiça. **Centro de Estudos Sociais e Observatório Permanente da Justiça Portuguesa**. Disponível em: <<http://www.oa.pt/Uploads/%7B3CF0C3FA-D7EF-4CDE-B784-C2CACEE5DB48%7D.doc>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 91-107. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

PERROT, Roger. **O processo civil francês na véspera do século XXI**. Tradução de José Carlos Barbosa Moreira. (sem menção do título original). Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16623-16624-1-PB.html>>. Acesso em: 24 abr. 2017.

PINTO, Ana Célia Roland Guedes. **O conflito familiar na justiça**: mediação e o exercício dos papéis. **Revista do Advogado**, n. 62, mar. 2001, São Paulo.

PISANI, Elaine Maria; BISI, Paulo Guy; RIZZON, Luis Antônio *et al.* **Psicologia geral**. 11. ed. Petrópolis/RJ: Vozes, 1992.

PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. **Vocabulário jurídico**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

PONIEMAN, Alejandro. Advocacia: uma missão possível. Tradução de Ângela Oliveira. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p. 121-126.

REIS, Adacir. Mediação, negociação e cultura do contencioso. **Revista Judiciária do Paraná**. Associação dos Magistrados do Paraná. a. VIII, n. 5, maio 2013, p. 17-27. Curitiba: AMAPAR.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei; LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo**. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário: mudanças e reformas. **Estudos Avançados**, v. 18, n. 51, maio-ago. 2004. p. 79-101. São Paulo: USP, 2004. p. 86. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/10001/11573>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

_____. Acesso à justiça: porta de entrada para a inclusão social. *In*: LIVIANU, R. (Coord). **Justiça, cidadania e democracia** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. pp. 170-180. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-15.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de conflitos**: Família, Escola e Comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SAMPAIO, Lia Regina Castaldi; BRAGA NETO, Adolfo. **O que é mediação de conflitos**. São Paulo: Brasiliense, 2014. (Coleção Primeiros Passos; 325).

SANTOS, André Luis Nascimento dos. **A influência das organizações internacionais na reforma dos judiciários de Argentina, Brasil e México**: o Banco Mundial e a agenda do acesso à justiça. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia. Escola de Administração, 2008. Disponível em: <http://www.adm.ufba.br/sites/default/files/publicacao/arquivo/andre_luis_atual.pdf>. Acesso em 23 mar. 2017.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**: Processo de conhecimento. 26. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Paulo de Tarso. **Arbitragem e Poder Judiciário**: mudança cultural. São Paulo: LTr, 2001.

SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SIDOUM, J. M. Othon. A controvertida jurisdição voluntária. *In*: CALMON, Eliana; BULOS, Uadi Lammêgo (coords.) **Direito processual: inovações e perspectivas; estudos em homenagem ao Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à justiça e arbitragem**: um caminho para a crise do judiciário. São Paulo: Manole, 2005.

SILVA, Antônio Hélio. Arbitragem, mediação e conciliação. *In*: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 26. ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 2005.

SIQUEIRA, Luiz Eduardo Alves de; ANGHER, Anne Joyce. **Dicionário Jurídico**. 6. ed. atual. São Paulo: Rideel, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou remédios sem importância. *In*: SPENGLER, Fabiana Marion. LUCAS, Douglas Cesar. (Org.) **Conflito, jurisdição e direitos humanos**: (des)apontamentos sobre um novo cenário social. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 2008. p. 21-60. (Coleção direito, política e cidadania; 19).

_____. **Da jurisdição à mediação**: por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí/RS: UNIJUÍ, 2010.

STAFFEN, Márcio Ricardo. **Estado, constituição e juizados especiais federais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

TARGA, Maria Inês Corrêa de Cerqueira César. **Mediação em juízo**. São Paulo: LTr, 2004.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**. v.1. São Paulo: Método, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 38. ed. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**: Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento, Procedimento Comum. 57. ed. rev. atual. e ampl. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

TORRIERI GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário técnico jurídico**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Rideel, 2003.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. **Juizados especiais estaduais cíveis e criminais**: comentários à lei 9.099/1995. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2009.

TZU, Sun. **A arte da guerra**. Tradução de Candida de Sampaio Bastos. São Paulo: DPL, 2009. Título original: *The Art of War*. (itálicos no original)

URY, William. **Chegando à paz**: resolvendo conflitos em casa, no trabalho e no dia a dia. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 3. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Método, 2014.

VINCENZI, Brunela Vieira de; REZENDE, Ariadi Sandrini. A mediação como forma de reconhecimento e empoderamento do indivíduo. *In*: DIDIER JR., Fredie. (Coord. Geral). ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. (Coord.) **Justiça Multiportas**: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. p. 529-540. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Grandes Temas do Novo CPC).

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso avançado de processo civil**: teoria geral do processo. 16. ed. reform. e ampl. de acordo com o novo CPC. v. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

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

WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano. (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. 3. reimpr. São Paulo: Atlas, 2013. p. 6-10.

_____. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>. Acesso em: 01 mar. 2017.

ZAINAGUI, Maria Cristina. **Lições de direito processual civil**. São Paulo: LTr, 2009.