

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CRISTINA ALICE GALHÓS**

**A Mediação como Meio Adequado de Resolução de Conflitos:  
estado da arte e desafios**

Porto Alegre

2019

**CRISTINA ALICE GALHÓS**

**A Mediação como Meio Adequado de Resolução de Conflitos:  
estado da arte e desafios**

Dissertação de mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Sociologia Judiciária pelo Programa de Pós-Graduação em Direito.

Área de concentração: Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica

**ORIENTADOR:** Prof. Dr. José Alcebíades de  
Oliveira Júnior

Porto Alegre

2019

CRISTINA ALICE GALHÓS

## **A Mediação como Meio Adequado de Resolução de Conflitos: estado da arte e desafios da Mediação Judicial**

Esta dissertação foi julgada adequada para a obtenção do título de Mestre em Sociologia Judiciária e aprovada em sua forma final pelo Orientador e pela Banca Examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Júnior, UFRGS

Aprovado em: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_

Banca Examinadora:

Prof. Dr. (Nome do professor), sigla da Instituição onde atua

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. (Nome do professor), sigla da Instituição onde atua

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. (Nome do professor), sigla da Instituição onde atua

Julgamento: \_\_\_\_\_ Assinatura: \_\_\_\_\_

Coordenador do PPGD: \_\_\_\_\_

Prof. Dr. César Viterbo Matos Santolim

Porto Alegre, (mês e ano).

## RESUMO

Este trabalho procura estabelecer em que sentido a mediação de conflitos pode ser considerada um meio adequado para resolução de controvérsias no poder judiciário em um cenário de crise da jurisdição estatal e de disseminação do pluralismo jurídico, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Constata-se que o instituto da mediação em sua essência não possui vínculo com o universo jurídico, parte-se da premissa que a mediação é instrumento de aprimoramento da democracia e fomentadora da emancipação social, faz-se um estudo crítico das características do modelo de mediação desenhado pelo judiciário e uma análise econômica da institucionalização, reflete-se sobre os avanços da implementação baseado nos dados públicos disponíveis no estado gaúcho. Estruturou-se o trabalho em duas partes, uma dedicada aos meios autocompositivos, com foco na mediação, e suas relações com o processo judicial; e outra dedicada à mediação judicial como política pública. Na conclusão tecem-se considerações quanto ao estado da arte da mediação na configuração judicial e coexistência com a prática privada, apresentando a possibilidade de uma transição para um sistema de justiça Multiportas.

**Palavras-chaves: Mediação. Mediação Judicial. Justiça Multiportas. Crise da Jurisdição. Democracia.**

## ABSTRACT

This work seeks to establish in what sense the mediation of conflicts can be considered an appropriate means to resolve disputes in the judiciary in a scenario of crisis of state jurisdiction and the spread of legal pluralism, based on Resolution No. 125/2010 of the National Council of Justice. It can be seen that the institute of mediation in its essence has no link with the legal universe, it is assumed that mediation is an instrument for improving democracy and fostering social emancipation, a critical study is made of the characteristics of the mediation model designed by the judiciary and an economic analysis of institutionalization, it reflects on the advances of the implementation based on public data available on Rio Grande do Sul. The work was structured in two parts, one dedicated to alternative dispute resolution (ADR), focusing on mediation, and its relations with the judicial process; and another dedicated to judicial mediation as public policy. In the conclusion, considerations are made about the state of the art of mediation in the judicial configuration and coexistence with private practice, presenting the possibility of a transition to a Multidoor justice system.

**Keywords: Mediation. Judicial Mediation. Multidoor Justice. Crisis of Jurisdiction. Democracy.**

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>8</b>
	<b>PARTE I - MEDIAÇÃO E PROCESSO</b>	<b>14</b>
<b>2</b>	<b>DOG MÁTICA DA MEDIAÇÃO</b>	<b>16</b>
<b>2.1</b>	<b>Gênese do Conflito</b>	<b>17</b>
<b>2.2</b>	<b>Justiça Multiportas</b>	<b>23</b>
<b>2.3</b>	<b>Mediação Extrajudicial</b>	<b>30</b>
<b>2.4</b>	<b>Meios Autocompositivos correlatos: negociação e conciliação</b>	<b>38</b>
<b>3</b>	<b>CRISE DO PROCESSO</b>	<b>48</b>
<b>3.1</b>	<b>Cultura da Litigância</b>	<b>48</b>
<b>3.2</b>	<b>Análise Jurimétrica</b>	<b>52</b>
<b>3.3</b>	<b>Interfaces da Mediação com o Processo Judicial</b>	<b>57</b>
<b>3.4</b>	<b>Pluralismo Jurídico</b>	<b>60</b>
	<b>PARTE II - MEDIAÇÃO JUDICIAL</b>	<b>65</b>
<b>4</b>	<b>PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL</b>	<b>65</b>
<b>4.1</b>	<b>Ordenamento Jurídico Brasileiro</b>	<b>65</b>
<b>4.2</b>	<b>Princípios e Valores</b>	<b>69</b>
<b>4.3</b>	<b>Ferramentas ou Instrumentos</b>	<b>77</b>
<b>4.4</b>	<b>Possibilidades da Mediação</b>	<b>85</b>
<b>5</b>	<b>POLÍTICA PÚBLICA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL</b>	<b>90</b>
<b>5.1</b>	<b>Finalidade Legal e Supralegal do Serviço Público</b>	<b>91</b>
<b>5.2</b>	<b>Institucionalização da Mediação</b>	<b>97</b>
<b>5.3</b>	<b>Análise Econômica da Mediação</b>	<b>104</b>
<b>5.4</b>	<b>Dados Empíricos do CNJ e TJRS</b>	<b>112</b>
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	<b>1167</b>
	<b>REFERÊNCIAS</b>	<b>123</b>
	<b>ANEXO A. LEI DE MEDIAÇÃO Nº 13.140 DE 26/06/2015</b>	<b>133</b>

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Índice de Conciliações 2018 (ano-base de 2017).....	53
Figura 2 – CEJUSCs na Justiça Estadual, por tribunal (ano-base 2017).....	54
Figura 3 – Índices de Entendimento nos CEJUSCs do TJRS (ano-base 2018).....	55

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

ADR: Alternative Dispute Resolution

AED: Análise Econômica do Direito

AMB: Associação dos Magistrados Brasileiros

CEJUSC: Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CNV: Comunicação Não-Violenta

CPC: Código de Processo Civil

CRFB: Constituição da República Federativa do Brasil

FGV: Fundação Getúlio Vargas

ICJ: Índice de Confiança na Justiça

MASC: Meios Alternativos de Resolução de Conflitos

MESC: Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos

NUPEMEC: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Disputas

OAB: Ordem dos Advogados do Brasil

ODR: Solução Online de Controvérsias (Online Dispute Resolution)

RAD: Resolução Alternativa de Disputas

TJRS: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

USP: Universidade de São Paulo



## 1 INTRODUÇÃO

O sistema de justiça brasileiro está em crise e não corresponde mais às expectativas de justiça social. Portanto, caminha a passos largos para a adoção de sistemáticas que evitem a judicialização de demandas. São múltiplos os fatores que prosperaram no sentido de encontrar formas dialógicas de resolver conflitos. Entre estes, certamente, pesou o entendimento de que a sociedade encontra-se madura para recepcionar um meio alternativo onde o empoderamento pessoal alicerçado na autonomia individual e auto responsabilidade, num ambiente de negociação assistida por um terceiro neutro, oferece a possibilidade de reparar danos e restaurar relações sem aumentar o sofrimento. De outra sorte desafoga tribunais e cartórios, em número insuficiente para atender a demanda, e que assim podem priorizar as causas que a mediação não alcança. Isto sem descartar, entretanto, tratar-se de uma lógica que também encaixa no pensamento neoliberal dominante. Por isso tão bem acolhida pelo poder.

Longe de pressupor um problema, cremos tratar-se de uma grande oportunidade criada pela Constituição Federal de 1988. Esta sedimentou o acesso à justiça como uma das garantias constitucionais. Logo, procurou assegurar este direito fundamental pela instituição da assistência judiciária gratuita para a população hipossuficiente. A partir desse momento, uma imensa massa de sujeitos anteriormente excluídos da cidadania podiam clamar pela efetivação dos seus direitos civis e sociais consagrados na Carta Magna. Porém, o único caminho oferecido como último *ratio* era o processo judicial.

Tudo mudou em 2010 com a iniciativa do Conselho Nacional de Justiça de estabelecer parâmetros para a regulação de uma nova política pública, qual seja, a mediação disponibilizada pelo poder judiciário como alternativa para a resolução de demandas. O poder Legislativo consolidou as mesmas diretrizes na Lei de Mediação de 2015, complementada pelo novo Código de Processo Civil do mesmo ano que a converteu como etapa necessária para a grande maioria dos processos.

Desde então, os tribunais têm empregado hercúleos esforços para implantar centros de mediação nas comarcas. A disseminação tem sido realizada de forma gradual e consistente conforme a disponibilidade do orçamento de cada tribunal de justiça. O Rio Grande do Sul é tido como exemplo de sucesso nesse devir. Destarte, a experiência da justiça estadual gaúcha contribuiu como valiosa fonte de informação para este trabalho.

Nos bastidores destas iniciativas existiram movimentos sociais e de pensamento jurídico que expuseram as mazelas do processo judicial e as virtudes dos MASC (Meios Adequados de Solução de Conflitos), ou MESOC (Meios Extrajudiciais de Resolução de Conflitos). Optou-se pelo uso destas expressões porque almejamos contemplar todas as espécies do gênero meios autocompositivos, sem exclusão ou hierarquia. Pois cremos não existir hierarquia entre os meios, já que todos compõem o mesmo sistema plural de procedimentos para tratamento de conflitos, sendo a escolha do meio mais adequado exercida conforme as características do conflito, das relações estabelecidas e das pessoas envolvidas.

Essas correntes resultaram em mudanças de percepção quanto aos fins da justiça. A bem da verdade chegaram em boa hora já que o poder público urge em dar uma resposta também para a inflação jurisdicional. Efetivamente, na raiz deste movimento de desjudicialização de demandas subsiste paralelamente um elevado nível de litigiosidade social que sobrecarrega o aparelho judiciário.

A sociedade brasileira afirma-se como profundamente injusta e estratificada desde sua fundação. Os conflitos sociais são prementes e os níveis de violência gritantes. Assim, não há de se estranhar a procura pela assistência do poder Judiciário em larga escala e de forma continuada, tão logo essa possibilidade tenha sido oportunizada. O terceiro poder passa a ser visto como a derradeira tentativa de acessar um mínimo de dignidade e proteção contra os desmandos do Estado e dos mais fortes financeira e socialmente.

A ampliação do acesso à justiça e a garantia de toda uma paleta de novos direitos sociais e difusos consagrados na Carta Magna permitiram inusitado progresso civilizacional. Contudo, isso acarretou no exaurimento do sistema de justiça, limitado em sua conformação institucional. A atividade judicante fundada no primado da lei sobre tudo o mais, e extremamente formalista em seus procedimentos, falha em alcançar uma justiça que satisfaça as necessidades e interesses dos cidadãos. Acrescenta ainda em inaceitável morosidade pois o sistema não dá conta do aumento exponencial do volume de demandas ajuizadas. Paradoxalmente, tal estado de coisas ao invés de propiciar o acesso à justiça delineado no artigo 5º da Constituição, acarretou numa perversão do sistema, pois que prejudicado pela elevada demanda.

Ao longo das últimas décadas o processo perdeu agilidade em razão do acúmulo e da ritualística. Muitas vezes a justiça não chega em tempo hábil, tarda na entrega. Quem perde fica com um sabor amargo. Mesmo quem ganha, já passou por grande desgaste e

não recupera mais o bom convívio com quem litigou. Trata-se de uma cultura arraigada datada e em dissonância com as necessidades e anseios da sociedade moderna. Estimula-se a litigiosidade oferecendo muito pouco em troca.

Assim cabem as perguntas: o Judiciário produz justiça? Nem sempre. Ousamos afirmar até que muito raramente. A mediação produz uma justiça mais satisfatória? Acreditamos que sim. Partimos do pressuposto que, por regra, a prestação jurisdicional tradicional falha em trazer satisfação a ambas as partes em conflito e não pacifica a sociedade. É uma relação tripartite (partes e juiz), ausente de interação direta ente as partes em disputa, onde todo o poder é delegado a um terceiro, representante do poder do Estado. Este ator do processo, o juiz, entra na relação pressionado, pois tem milhares de processos para dar uma sentença. O seu olhar não transcenderá da questão jurídica posta. As partes são representadas por advogados que se preocupam unicamente em viabilizar uma demanda jurídica extraída dos fatos narrados por seus clientes. Nesta moldura não cabem os afetos, nem as necessidades e interesses mais profundos. Só cabe a letra fria da lei.

Sintomático do esgotamento desse modelo são os avanços sociais que contribuíram para novas formas de viver, mais complexas e diversificadas, para as quais o caminho litigioso não dá conta de resolver os conflitos. A nova realidade exige o retorno ao simples, ao poder sentar com os envolvidos frente a frente e olhando nos olhos, à escuta mútua, ao entendimento das diferenças, para poder seguir em frente sem ressentimentos e com o diálogo restaurado.

Daí advém a procura por meios que garantam efetividade, mas que também resgatem a ética e a autonomia individual. Questionam-se os procedimentos e os resultados, repensa-se a forma como é vista e trabalhada a justiça de maneira a produzir resultados mais 'justos'. Procura-se um maior alinhamento entre os anseios sociais e pessoais e a prática estatal, pela maior participação nas decisões.

Neste contexto, a legislação recente criou uma inovadora sistemática processual e práticas judiciais e extrajudiciais inspiradas no modelo multiportas americano. Busca-se assim a pacificação dos conflitos por outros meios alternativos ao processo judicial. Meios tais que podem ser tanto explorados pelo Poder Judiciário quanto pelos operadores do Direito e atores sociais diversos, ainda que com restrições.

Nesta dissertação, por um lado, privilegiou-se estudar o meio autocompositivo denominado mediação, por abarcar uma visão integral do conflito que ultrapassa a

resolução da questão jurídica posta, buscando a restauração do relacionamento anterior ao conflito e objetivando a prevenção de conflitos futuros, assim almejando uma pacificação social mais duradoura. De outra sorte, pugnou a favor de nossa escolha o fato deste ter sido o procedimento eleito pelo judiciário pátrio como política pública de desjudicialização de demandas, a par com a conciliação. Desta feita, com o aval do estado, tem a virtude de promover o exercício de uma cidadania plena, fulcro da emancipação social desejável em uma sociedade verdadeiramente democrática e participativa.

No contexto apresentado, o trabalho propõe o seguinte problema de pesquisa: como vem sendo implementada a institucionalização da mediação no judiciário? A partir deste questionamento nuclear surgem outros adjacentes: a mediação institucionalizada no poder judiciário usa de metodologia adequada?; a mediação judicial veio para suprir uma lacuna na prestação jurisdicional?; o modelo multiportas americano teria como ser implantado no Brasil? Estas são as questões que procuraremos responder neste trabalho.

Para hipótese provisória às perguntas apresentadas propõe-se supor o modelo de mediação judicial como possuindo características híbridas comuns à mediação na prática privada e também da jurisdição estatal. Além disso crê-se que o estado incorporou a mediação em sua prática judicante para tornar o sistema mais funcional num cenário de crise jurisdicional, e para garantir a hegemonia estatal sobre os meios autocompositivos. Ao fazê-lo obriga a repensar o instituto, o qual tem que se adequar ao interesse e práticas estatais, ao invés de se desenvolver livremente como forma de direito autônoma com o fim único de bem servir a comunidade.

Enquanto parte fundamental da política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse no âmbito do Poder Judiciário, conduzida pelo CNJ, a mediação judicial é fenômeno relativamente recente e carece ainda de maior análise e acompanhamento da implementação. Daí a pertinência deste estudo.

O primeiro eixo teórico desta dissertação compreende a relação intrínseca e necessária que Norberto Bobbio estabelece entre direitos humanos, democracia e paz. Entende-se que essa relação fundamental pode ser estabelecida por meio da mediação, pois guarda valores éticos semelhantes ao instituto, o qual igualmente figura-se como condição para o exercício pleno da cidadania. O segundo eixo teórico, por sua vez, utiliza como referencial a obra de Luís Alberto Warat para estabelecer nosso conceito operacional de mediação de conflitos. As reflexões e discussões aqui apresentadas pretendem mostrar que os mediandos desenvolvem habilidades de comunicação. As

sessões de mediação dão suporte para uma formação ética que irá permitir o exercício da cidadania plena, fortalecendo atitudes democráticas e promovendo uma cultura de paz. Nesse sentido, apresenta-se como expressão de uma democracia participativa, já que constrói soluções consensuadas na base do diálogo, pela negociação assistida, promovendo a empatia e prevenindo conflitos futuros, sedimentando o cultivo de relações mais saudáveis e pacíficas.

Para a elaboração desta pesquisa privilegiou-se a abordagem pelo método dedutivo. A proposta metodológica propõe racionalizar o fenômeno a partir das premissas transdisciplinares apresentadas, de modo a obter uma compreensão ontológica do fenômeno abrangente e qualificada. Restringimo-nos ao recorte da realidade brasileira da justiça estadual, a fim de delimitar o tema à área cível onde possui maior coerência quanto à aplicação. Damos primazia aos resultados da implantação da política pública de mediação judicial no Rio Grande do Sul, por se tratar de um estado-modelo pioneiro na área, bastante adiantado comparativamente aos demais, tanto a nível de formação de profissionais-mediadores quanto à disseminação de CEJUSCs. As técnicas de pesquisa utilizadas dividem-se em duas: (1) bibliográfica - com destaque para livros, revistas, periódicos, artigos e outras publicações relacionados às várias faces do prisma mediação; (2) documental – diversos textos legais, atos normativos e relatórios funcionais referentes à política pública, este último forneceu importante substrato empírico para retratar o estado da arte da implementação da política pública de mediação judicial.

Este trabalho estrutura-se em duas grandes partes – uma referente à dogmática geral dos métodos autocompositivos, com enfoque na mediação; e outra destinada à mediação no campo judicial. Deste modo, objetiva-se compreender como o modelo de justiça multiportas americano importado para terras brasileiras resultou replicado e ajustado aos fins da justiça na estrutura mais restrita do poder judiciário. Desse modo, nos propomos avaliar se a mediação judicial proposta pelo CNJ reflete na prática os princípios e fins da mediação como instituto sem natureza jurídica. Na segunda parte traçaremos o cenário atual da implementação da política pública, com foco no Rio grande do Sul. Para alcançar tal empreitada, valemo-nos de levantamento bibliográfico de abrangência nacional e internacional, assim como da análise dos dados empíricos disponibilizado pelos bancos públicos do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e TJRS (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul).

Parte-se do exame dos meios autocompositivos, com destaque para o instituto da mediação como fenômeno humano na Parte I, reconhecendo a presença da mediação nas comunidades humanas ao longo da história. Após, aborda-se o tema do conflito como objeto da mediação, destrinchando sua gênese e compreendendo como pode ser trabalhado de modo positivo e converter-se em instrumento para amadurecimento pessoal. Seguidamente, explora-se a literatura pertinente à mediação como espécie do gênero justiça multiportas concebida como meio alternativo de fazer justiça. Na sequência, procura-se estabelecer a conceitualização e classificação da mediação extrajudicial. Compara-se, ainda, este método de solução de conflitos com outros correlatos, tais como a negociação e a conciliação, para melhor compreender as particularidades do objeto ora estudado.

Enfrenta-se no capítulo seguinte a crise do processo judicial, onde se examinam as consequências da cultura da litigância traduzida na inflação contenciosa vivenciada pelo Judiciário. Dissecta-se o fenômeno com base em análise de dados jurimétricos acerca dos índices de confiança na justiça e no poder judiciário, impactados pelas consequências do formalismo jurídico dos procedimentos, ainda alicerçados numa tradição europeia datada, passando pelo registro da falta de eficácia das decisões judiciais dificilmente cumpridas, até à problemática da ineficiência estrutural do sistema outrora criado para outro tipo de sociedade. Na sequência expõem-se as interfaces da mediação com o processo judicial, expondo as vantagens pela adesão à mediação. Ao final do capítulo situamos a mediação como parte de uma moldura de instrumentos disponíveis dentro do pluralismo jurídico, reflexo do multilateralismo.

Já na Parte II, em um terceiro momento, trabalhamos a mediação judicial propriamente dita. Primeiramente, cabe apresentar o caminho realizado para chegar à legislação vigente, seguindo-se uma análise exaustiva das normas aplicáveis no que concerne aos princípios e valores importados das mais relevantes escolas. Além disso, expõe-se a pertinência das ferramentas comunicacionais usadas no desenrolar de uma sessão considerada bem sucedida. Terminamos o capítulo prospectando as possibilidades da mediação como instrumento democrático de emancipação social.

Por fim, no último capítulo, compõe-se um retrato da execução da política pública lançada pelo CNJ, ainda em fase larvar, todavia, já com considerável implantação passível de ser aferida. Oportunamente, submete-se à crítica a gestação e gestão desta política pública sob a ótica do serviço público prestado segundo finalidade determinada em lei,

tecendo considerações às vicissitudes da implementação desta política pública no seio do Judiciário. Por outro lado discorremos sobre a finalidade metajurídica de pacificação social alicerçada no primado da autonomia e emancipação cidadã. Para arrematar, descreve-se como ocorrem as etapas do processo de mediação judicial e qual a função de cada uma delas, para assim melhor entender se o modelo desenhado pelo CNJ é aplicado conforme os princípios e valores recomendados. Segue-se um exame da viabilidade desta política pública através de uma análise econômica segundo os parâmetros da Análise Econômica do Direito (AED), a qual é combinada com a realização de uma interpretação dos dados estatísticos disponibilizados pelo CNJ e TJRS. Este último tomado como exemplo pois considerado um *case* de sucesso na implantação da referida política pública de mediação judicial.

Na conclusão, elabora-se um mapeamento do estado da arte da mediação como prática institucionalizada, procurando responder se esse modelo desenhado para o ambiente institucional do poder judiciário, na forma como está sendo implantado, oferece todas as benesses de seus fins originários e se pode coexistir com a prática privada. Nesse viés equaciona-se a pertinência da execução da política pública de mediação judicial no ambiente institucional judicante, apresentando a possibilidade de uma transição para um sistema de justiça Multiportas, como meio para realizar o escopo social e jurídico da jurisdição, qual sejam, o de resolver os conflitos proporcionando às partes envolvidas a pacificação social, resolvendo a lide sociológica, e por extensão, a lide jurídica. Uma dobradinha que fortalece a participação democrática.

## 2 DOGMÁTICA DA MEDIAÇÃO

Nem sempre foi tarefa do Poder Judiciário distribuir Justiça. A humanidade conviveu por milhares de anos de forma organizada sem que um poder estatal detivesse o monopólio da intervenção em conflitos. Desde que o mundo é mundo que os conflitos são enfrentados ora pelo uso da força, ora pela via do diálogo direcionado para a compatibilização de interesses. Nesse viés, a mediação representou por milhares de anos a alternativa à barbárie, fincando-se como marco dos estados civilizados.

A jurisdição como a conhecemos hoje nasceu com o advento do Estado moderno, preconizada por Montesquieu na teoria da tripartição dos poderes. Antes dela, as mais variadas culturas ao longo do tempo socorreram-se dos métodos alternativos de solução de conflitos, entre eles a mediação, como prática cotidiana para dirimir os problemas decorrentes da vida em sociedade. Com o desenvolvimento do modelo de Estado moderno, o processo judicial converteu-se no único instrumento legal legítimo para a resolução de quaisquer tipos de conflitos, desautorizando os demais.

Tal estado de coisas só se altera com a crise contemporânea da justiça, incapaz de dar resposta em tempo útil e de maneira satisfatória ao crescente número de pedidos. Sejam estes pelos direitos consagrados na Constituição, conquistados a duras penas ao longo de décadas, mas tantas vezes desrespeitados na prática; sejam as questões relacionais da convivência diária, frutos de iniquidades sistêmicas, como as mazelas sociais decorrentes da violência estrutural, a pobreza disseminada, o machismo atávico, a degradação de valores sociais e ambientais, assim como tantos outros.

Além destes fenômenos internos, a celeridade que a globalização adquiriu nas últimas décadas do século XX exigiu uma ruptura de paradigma em relação ao modelo clássico de jurisdição. A lei não é mais fonte única de regulação face à dinâmica global dos mercados e dos capitais, criando especificidades às quais o direito estatal logrou dar resposta plena. Por outro lado, o cidadão médio é agora um cidadão do mundo, conectado e informado; o qual se quer emancipado quanto à necessidade de ser tutelado por um Estado-pai.

A mediação acompanha a contemporaneidade cada vez mais alicerçada no multiculturalismo. A vida em um mundo globalizado requer a construção de consensos, de tolerância com a discordância e com a diferença. A procura por soluções agregadoras proporciona espaços onde todos possam conviver ainda que não haja concordância plena.



É nesse contexto que os meios alternativos de resolução de conflitos, entre os quais a mediação, têm vindo a crescer exponencialmente.

Importa num primeiro momento, antes de mais nada, compreender os fundamentos do instituto da mediação, renascido tal qual a fênix das cinzas, como instrumento privilegiado para a pacificação social. A Mediação é processo com procedimentos bastante diferentes daqueles do contexto litigioso do processo judicial, pois que é fruto de árvore de outra variedade, qual seja, a de uma justiça ‘alternativa’. O foco é na harmonização de interesses e não na litigância; a paz social é construída socialmente e não baseada numa ordem social imposta coercitivamente.. É fundamental que se perscrutem as diferenças, embora ambas lidem com conflito. Por isso iniciamos pela compreensão do conflito e somente após trabalharemos com a mediação.

## 2.1 GÊNESE DO CONFLITO

O conflito é a premissa nuclear da existência de um poder estatal de jurisdição, assim como é o objeto de todo sistema de resolução de conflitos, incluída a mediação.

Mas o que vem a ser conflito?

O conflito é um mecanismo de retorno que sinaliza quando algo ou alguém não atendeu nossas expectativas causando um impacto negativo no equilíbrio relacional. De acordo com Douglas Yarn (1999, p. 113) “O conflito pode ser definido como um processo ou estado em que duas ou mais pessoas divergem em razão de metas, interesses ou objetivos individuais percebidos como mutuamente incompatíveis”.

Ora, como seres humanos, somos sabedores da inevitabilidade de nos confrontarmos com diferentes interesses e necessidades de outrem em algum momento da vida. A gestão da discórdia fará a diferença no resultado final. Serão as atitudes tomadas no curso das interações que condicionarão o desenlace. Caso a opção seja pelo enfrentamento belicoso, a consequência será sempre nefasta para ambos os oponentes. Christophe W. Moore (1998, p. 5) expõe-no de modo cristalino:

Todas as sociedades, comunidades, organizações e relacionamentos interpessoais experimentam conflitos em um ou outro momento no processo diário de interação. O conflito não é necessariamente ruim, anormal ou disfuncional, é um fato da vida. [...] Entretanto, o conflito pode ir além do comportamento competitivo e adquirir o propósito adicional de infligir dano físico ou psicológico a um oponente, até mesmo a ponto de destruí-lo. É aí que a dinâmica negativa e prejudicial do conflito atinge seu custo máximo.

Portanto, mediante a ocorrência do fato cabe decidir de que forma reagiremos. Segundo Morton Deutsch (2004, p. 34), dependendo da escolha, as consequências poderão ser construtivas ou destrutivas. O processo destrutivo seria caracterizado pelo esfacelamento ou rompimento da relação social preexistente ao problema por uma má condução do conflito. Assim, o conflito ganharia forma própria autônoma e "independente de suas causas iniciais". Alheadas das causas que geraram o conflito, as partes agora competem buscando serem vencedoras da disputa que entretanto criaram. Trata-se de um processo negativo, individualista e excludente, pois que não admite o retorno ao relacionamento saudável, visando só o ganho pessoal a qualquer custo.

O conflito destrutivo, em regra, não se resume a uma ocorrência pontual com princípio, meio e fim logicamente aferíveis. Normalmente, ocorre sem freios, desencadeia uma espiral de agravamento progressivo, uma escalada em ciclo vicioso de ação e reação, onde a reação tende a ser mais perniciososa que a ação anterior. O Manual de Mediação Judicial Brasileiro (2016, p. 52) descreve “[...] que, em escalada, as causas originárias do conflito progressivamente tornam-se secundárias a partir do momento que os envolvidos mostram-se mais preocupados em responder a uma ação que imediatamente antecedeu a sua reação.”

Ao final, ambos os indivíduos sustentarão a tese de que são vítimas. Disso estarão certos. Não raro, as hostilidades mutuamente infligidas no decorrer da espiral conflituosa causaram mais rancor que o conflito inicial. O resultado é a perda de vista dos interesses e das necessidades primárias e o acúmulo de mágoas que geram ruído na comunicação. Portanto, para que haja a retomada do diálogo as emoções precisarão ser levadas em conta. Só assim a resolução do conflito poderá ser trabalhada de forma racional e objetiva.

Por isso, e ainda que eventualmente destrutivo, o conflito é tido como positivo para os métodos autocompositivos, pois produz uma oportunidade para lidar com sentimentos magoados e necessidades não atendidas, restaurando a confiança e a paz. Morton Deutsch (2004, p. 34) esse entendimento do conflito: “é potencialmente de valor pessoal e social”, pois “previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social”.

Esta ideia contraria a concepção tradicional de conflito como briga, desavença, incompatibilidade, etc. O que se verifica nessa crença é uma rotulação maniqueísta

composta por: uma compreensão inacabada, toma-se o fenômeno somente por seu estágio inicial, sendo que se constitui de várias etapas; um equívoco, em razão da percepção errônea de que os interesses de ambas as partes não podem coexistir. Devidamente conduzido, o conflito passa por fases, que compõem um processo construtivo, do qual podem resultar mudanças de comportamento e de entendimento benéficas para o saudável convívio social. Enfim, longe de ser algo negativo, pode ser entendido como uma oportunidade de aprimoramento.

A visão do conflito na sua vertente positiva é o foco da mediação. A partir do momento que o conflito é visto como positivo e inerente às relações humanas, passa a ser ferramenta para solução de litígios. Ainda, conforme ensina o professor Deutsch (2004, p.34), algumas circunstâncias oportunizadas pelo mediador concorrem para tal fim, cujas características são:

- I) capacidade de estimular as partes a desenvolver soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos;
- II) capacidade das partes ou do condutor do processo motivarem todos os envolvidos para que prospectivamente resolvam as questões sem atribuição de culpa;
- III) desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses; e
- IV) disposição das partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação das partes.

Como se observa do exposto, o mediador tem papel fundamental como encarregado da condução do conflito de forma positiva, cujo desenlace final objetiva o fortalecimento da relação social já existente. Trabalha o conflito de modo integral em toda sua extensão. A resolução da questão jurídica passa a ser entendida como a consequência natural, dentro de um quadro maior de satisfação. A solução é construída pelas partes e consensuada entre elas, cabendo ao mediador o papel de facilitador da comunicação pela gestão positiva do conflito.

Nesse viés, a mediação é exemplo de um modelo construtivo. Outros existem, os quais em maior ou menor grau partilham da dogmática e de algumas ferramentas. É o caso da arbitragem, da conciliação e da negociação. Dentre estes, a mediação é o meio que mais aprofunda as questões do relacionamento e da comunicação dos sujeitos em conflito.

Fica então a pergunta: por que não o faz também o Judiciário na clássica função de julgar? A resposta chega-nos pela metodologia processual adotada em nosso sistema de justiça, aperfeiçoado para aplicar o direito positivado sem maiores preocupações com a lide relacional da qual nasceu o conflito. O processo afasta o demasiado humano e aplica as leis a seres abstratos destituídos de sentimentos complexos. André Gomma de Azevedo (p. 87) constata-o:

Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser completamente resolvido tão somente por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao considerar que sua função consiste somente em examinar quais fatos encontram-se demonstrados para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito muitas vezes deixa de fora um componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano.

Deveras, o processo judicial não leva em conta o indivíduo. Inclusive, nem exige a sua participação direta. Começando pelo fato da parte ser representada por um advogado, alheando-se dessa forma da gestão do conflito. Esse advogado dedicar-se-á a subtrair dos fatos relatados somente as demandas juridicamente apeláveis. Seguidamente, essa versão filtrada pela ótica jurídica, é reduzida a termo e colocada nas mãos de um terceiro (o juiz) com poderes estatais para determinar impositivamente o desfecho para o litígio. Ao terceiro envolvido não compete resolver conflitos. Outrossim, determinar a solução jurídica para a disputa.

Aqui convém salientar que disputa e conflito não se confundem. Para haver disputa teve que haver um conflito prévio. Já o contrário não é possível. A disputa só acontece quando a lide é instaurada no Judiciário, que procurará conceder total ou parcialmente o pedido pleiteado, ou mesmo indeferi-lo de todo. O conflito compõe o conceito de lide. Tem natureza extraprocessual. A partir do momento que a lide ingressa no judiciário converte-se em matéria processual. O conflito passa a interessar ao direito como parte do todo maior jurídico.

Como demonstra Zamora Y Castillo (2000), o sistema processual e procedimental interpreta unicamente o fenômeno jurídico tutelado, sequer considerando os aspectos relacionais. A natureza do processo judicial instiga à culpabilização e ao apontar de erros. Detém-se ao passado da relação, restringido pelos fatos relatados nas peças jurídicas, às provas exibidas e aos pedidos formulados, para então determinar o ganhador e o perdedor, tal qual uma competição. Desta feita, independentemente da sentença proferida, por mais que haja um 'vencedor', a relação segue abalada e não se restabelecerá.

Com efeito, o processo judicial apresenta-se meio inadequado para estabelecer a paz social quando o resultado não traz a satisfação de ambas as partes. Trata-se de técnica sofisticada mais adequada para lidar com demandas objetivas ligadas à estrita legalidade. Todavia, mostra-se inapto para lidar com conflitos que envolvem pessoas e seus sentimentos, especialmente em ligações continuadas ou complexas, tais como família, conflitos coletivos, problemas de vizinhança, etc. Por isso, André Gomma de Azevedo (p. 16), citando Zamora e Castillo, adianta:

Assim, retornando ao conceito de Zamora Y Castillo [...], o processo [judicial], de fato, rende com frequência menos do que poderia, em parte por que se direciona, sob seu escopo social, à pacificação fazendo uso, em grande parte, de mecanismos destrutivos de resolução de disputas a que esse autor mexicano denominou “defeitos procedimentais”. Diante disso, pode-se afirmar que há patente necessidade de novos modelos que permitam que as partes possam, por intermédio de um procedimento participativo, resolver suas disputas construtivamente ao fortalecer relações sociais, identificar interesses subjacentes ao conflito, promover relacionamentos cooperativos, explorar estratégias que venham a prevenir ou resolver futuras controvérsias, e educar as partes para uma melhor compreensão recíproca.

No seio dos novos modelos, a mediação posiciona-se como alternativa mais adequada para lidar com os “defeitos procedimentais” referidos pelo processualista. Isto porque oportuniza aos indivíduos o reconhecimento das suas responsabilidades e a que se consigam colocar no lugar do outro, para então se procurarem pontos em comum que possam ser trabalhados. Requer confiança e comprometimento, qualidades humanas inexistentes no processo judicial.

Como afirma William Ury (FISHER, URY e PAYTTON, p. 40-41): “[...] o conflito não está na realidade objetiva, e sim na mente das pessoas. [...] Por mais útil que seja buscar a realidade objetiva, é a realidade tal como cada lado a vê que, em última instância, constitui o problema de uma negociação e abre caminho para uma solução”. Acertadamente e fruto de longa experiência como negociador de conflitos, o autor identifica que são os elementos subjetivos do processo que mais precisam ser atendidos.

Daí a necessidade apontada por Zamora Y Castillos (2000) de se criarem novos modelos para permitir a resolução de conflitos de forma pacífica e participativa, perspectivando a manutenção da relação já existente entre as partes. Essa é a grande virtude da mediação por permitir a participação direta das partes na construção da solução. Só cada um dos envolvidos pode saber o que é melhor para si. Por outro lado, os mediadores precisam estar cientes dos aspectos teóricos da origem e exteriorização dos

conflitos, a fim de possuírem o aporte técnico requerido para a condução do processo de forma qualificada e satisfatoriamente qualitativa.

A jurisdição cuida do conflito como elemento de uma competição. Nessa arena vale a regra do ganhador-perdedor. É uma loteria, cujo prêmio raramente traz paz para os jogadores. Opostamente, na mediação busca-se a cooperação. Os dois ângulos de abordagem do conflito foram amplamente trabalhados por Neumann e Nash. Enquanto o primeiro via a necessidade da competição como premissa para derrotar o oponente e assim chegar ao melhor resultado. Já o segundo inova ao introduzir o conceito de equilíbrio nessa equação. Ou seja, para que ambos os jogadores obtenham ganhos mútuos não precisarão se anular.

A teoria dos jogos de Nash exemplifica bem esse embate. Almeida (2003, p. 20) lança luz sobre a pertinência da mesma para o estudo do tratamento do conflito na mediação:

Enquanto Neumann partia da ideia de competição, John Nash introduziu o elemento cooperativo na teoria dos jogos. A ideia de cooperação não é totalmente incompatível com o pensamento de ganho individual, já que, para Nash, a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Não é uma ideia ingênua, pois, ao invés de introduzir somente o elemento cooperativo, traz dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo. “Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham”.

O ganho é monumental. Traduz-se na mudança de paradigma. Supera-se o enfrentamento pelo conflito. Abre-se a porta para a cooperação. Cada conflito trabalhado na mediação coloca mais um tijolo na construção social de uma sociedade mais justa e pacífica. Norberto Bobbio (1998, p. 225) afirma: “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”. Assim sendo, qual sociedade histórica se almeja pela via da mediação? Certamente, a da cooperação, pois esta é princípio diretriz do modelo.

Nesse devir empático, de escuta ativa, através do uso das técnicas apropriadas ao caso, os sentimentos afloram, permitindo a identificação dos interesses e das necessidades que realmente importam, que após trabalhadas trazem a satisfação e mudam o jeito de ver os problemas. Essa sinergia construída no processo conduz à superação do conflito, apela à convergência e muda mentalidades como aduz Luis Alberto Warat (2001, p.76):

O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária e sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais.

Conclui-se com a ideia de que a mediação trouxe com ela um significativo avanço na maneira como é tratado o conflito. Mediação não é terapia, mas é terapêutica. Busca reparar relacionamentos, ensina a resolver problemas de modo positivo que traga ganhos mútuos e não crie mágoas. Registre-se que o fim último da mediação visa não somente a resolução do problema jurídico mas a pacificação da relação, entrando no campo dos sentimentos. É uma dança de autoconhecimento guiada pelo mediador, a qual procuraremos esquadrihar doravante em todas as suas facetas.

## 2.2 JUSTIÇA MULTIPORTAS

Para efetivamente compreender o renascimento do instituto da mediação como meio adequado de resolução de conflitos no sistema de justiça nos moldes em que é aplicado há que, necessariamente, recuar no tempo e no espaço. Sem sombra de dúvida, temos que a experiência americana do Tribunal Multiportas em muito contribuiu para o desenvolvimento de outras formas de fazer justiça, as quais não necessariamente carecem de tutela judicial.

De acordo com Sales e Sousa (2014, p. 380-381), já em 1976, nos Estados Unidos, o Professor Frank Sander da Faculdade de Direito de Harvard afirmava a necessidade de existir um Tribunal Multiportas, ou “centro abrangente de justiça” em meios alternativos de resolução de conflitos. Em palestra ministrada à época com o título “Variedades de processamento de conflitos”, a qual foi posteriormente transformada em *paper* e publicada na revista da American Bar Association (ABA), equivalente à Ordem dos Advogados do Brasil, criou-se o conceito de “Tribunal Multiportas”. Mas, o que vem a ser isso?

O conceito amplo da Justiça Multiportas parte da premissa de que a atividade jurisdicional estatal não constitui nem a única e nem a principal opção dos litigantes para dar um fim à disputa, pressupondo outras possibilidades de resolução do conflito, e que, além do mais, objetivam alcançar a pacificação social. Entrementes, para cada tipo de

controvérsia existe uma forma mais adequada de solução. A jurisdição estatal neste sistema enquadra-se como uma possibilidade a par e passo com as restantes.

Nesse viés, os estudos progrediram no sentido de considerar os meios consensuais não como ‘alternativos’ mas sim integrados, compondo um modelo de sistema de justiça multiportas. Para cada tipo de litígio, haveria uma forma de solução mais adequada. Assim, há casos em que a mediação se ajustaria melhor, porventura outros se resolveriam mais eficientemente pela conciliação, e ainda outros, pela arbitragem e, finalmente, os que só se resolveriam pela decisão jurisdicional.

Sobre o estabelecimento de um sistema multiportas de solução de conflitos, Frank Sander (2000, p. 3-5) estabelece quatro critérios imprescindíveis à sua instituição efetiva, os quais seriam: (1) a institucionalização dos meios alternativos de solução de conflitos; (2) a escolha do método a partir de uma triagem feita por um especialista; (3) adequada formação dos profissionais que irão manejar o conflito a partir destes métodos, incluindo advogados e mediadores/conciliadores; (4) a existência de uma política pública de conscientização sobre os benefícios de adotar os meios alternativos, além da adequação da destinação de recursos bem como sobre a economia a ser gerada no sistema judiciário com o incentivo à utilização dos MASC (Meios Alternativos de Solução de Conflitos).

Uma vez implantado o sistema multiportas este apresenta inegáveis vantagens, conforme apontam Rafael Alves de Almeida, Tânia Almeida e Mariana Hernandez Crespo (2012), a saber: a) o cidadão assumiria o protagonismo da solução de seu problema, com maior comprometimento e responsabilização acerca dos resultados; b) estímulo à autocomposição; c) maior eficiência do Poder Judiciário, porquanto caberia à solução jurisdicional apenas os casos mais complexos, quando inviável a solução por outros meios ou quando as partes assim o desejassem; d) transparência, ante o conhecimento prévio pelas partes acerca dos procedimentos disponíveis para a solução do conflito.

Como acima explanado, a justiça Multiportas trabalha o conceito de meios adequados de resolução de conflitos, e não de ‘meios alternativos’ da forma como o sistema judiciário brasileiro atualmente incorporou as ADR (*Alternative Dispute Resolution*). Segundo a doutrinadora portuguesa Paula Costa Silva (2008, p. 95) “alternatividade pressupõe escolha livre pelas partes. Ora, só haverá escolha livre se todos os meios em concurso forem funcionalmente equivalentes”. Não é o caso da mediação realizada no Brasil. Portanto o critério da alternatividade não é confiável, sendo o critério



da adequação uma melhor referência quando se enquadram os meios autocompositivos como ferramental a par e passo com o processo judicial. Também entende a mesma autora (2009, p. 34) que, denominá-los de meios alternativos no intento de classificá-los como vias para ‘aliviar’ a carga de tribunais de justiça, em nada contribui para o prestígio dos institutos.

Já para outra jurista portuguesa, Mariana França Gouveia (2011, p.16), “o que é alternativo, antes de tudo o mais, é precisamente a abordagem ao litígio, a percepção das suas características não jurídicas-sociais, psicológicas até, históricas, antropológicas. [...] estes métodos são transversais a todas as áreas do Direito e da sociedade [...]”. Assim verificamos que a denominação que menos causa controvérsia seria a de meios extrajudiciais ou consensuais.

Convém salientar que acordos integralmente válidos *per si* como decisão terminativa, independentemente de terem sido firmados no seio do Judiciário ou em outro ambiente, já são realidade em vários países. Nesses lugares poder-se-á falar de meios alternativos, pois que existe liberdade total e irrestrita para ‘alternativamente’ as partes optarem pelo meio mais adequado de resolução de seu conflito, constituindo o acordo firmado o resultado da soberana vontade das partes, produzindo efeitos imediatos, sem estar condicionado à tutela judiciária. Este sistema já está sendo testado, conforme relata Crespo (2012, p. 118-119): “O conceito de Tribunal Multiportas foi empregado em várias partes dos Estados Unidos e, também, em outros países. Na última década, o MDC foi importado pela Argentina, Cingapura e Nigéria”.

Entretanto, em território brasileiro, como aponta Bolzan de Moraes (2007, p. 308): “Somente ao Poder Judiciário – expressão da autoridade pública – se atribui o direito de punir a violência porque possui sobre ela um monopólio absoluto”. O estado pátrio procurou conservar o monopólio da jurisdição. Assim sendo, os meios consensuais ocorrem debaixo do amplo guarda-chuva do judiciário, carecendo os acordos firmados da chancela judicial para obterem validade jurídica plena.

Entrementes o que se tem no Brasil é uma Justiça ‘alternativa’ embrionária elaborada como um conjunto de métodos consensuais de solução de conflitos aplicados à Justiça, conciliação e mediação judiciais (pré-processuais ou processuais), os quais integram o amplo quadro de política judiciária. Ou seja, os meios ‘alternativos’ denominados mediação e conciliação nestas terras encontram-se convenientemente

atrelados ao sistema judiciário, domesticados na estrutura processual erigida, e sem vida própria.

Autores, como Mariana Fernandez Crespo (2012, 42), denunciam que os ADR (métodos alternativos de resolução de conflitos), na América Latina onde se inclui o Brasil, não conseguem atingir o propósito original em função de “os métodos alternativos não são uma “alternativa” real, porque operam sem uma opção judicial prática”. A mesma autora (CRESPO, 2012, p. 42-44) afirma ainda a necessidade de uma reforma sistêmica do sistema de justiça para que a justiça consensual se concretize como alternativa:

A questão requer uma solução sistêmica que leve em consideração o inteiro sistema de resolução de conflitos no seu próprio contexto cultural e que permita um entendimento de como as partes interagem. Uma abordagem sistêmica deve iniciar-se com uma perspectiva inclusiva que reconheça e inclua todas as partes envolvidas na tarefa de otimizar a resolução de conflitos. Com o termo “otimizar” quero dizer que cada disputa seria orientada para o fórum mais apropriado àquela controvérsia.

Kazuo Watanabe (2012, p. 89), reforça essa visão quando afirma haver necessidade de incluir a mediação e a conciliação como meios consensuais, parte de uma justiça alternativa, com força e dinâmica próprias, garantindo a “adequação da solução à natureza dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas”. O doutrinador (WATANABE, 2012, p. 88) ensina ainda que o real acesso à justiça assegurado formalmente na Carta Magna de 1988 só se efetiva com uma prestação adequada onde a mediação e a conciliação seriam indicados como caminhos alternativos ao processo judicial:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não significa um mero acesso formal aos órgãos judiciários. Assegura ele um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa.

Sem a inclusão dos chamados meios consensuais de solução de conflitos, como a mediação e a conciliação, não teremos um verdadeiro acesso à justiça. Certo é que, em algumas espécies de controvérsias, como já ficou mencionado, faltaria o requisito da adequação à solução dada pelo critério da adjudicação.

Portanto, “todos os meios extrajudiciais e judiciais de resolução de conflitos estariam incluídos na concepção contemporânea de acesso à justiça, não mais como simples acesso ao Poder Judiciário, mas como acesso à ordem jurídica justa” (CABRAL; CALMON, 2018, p. 66). O acesso qualificado à justiça defendido pelo juristas remete a justiça ‘multiportas’, cuja expressão é uma metáfora que representa uma realidade

idealizada onde no átrio do edifício forense haveriam múltiplas portas. Uma vez apresentado o problema, e, após uma triagem do caso apresentado, seria indicada uma porta específica de acordo com o método ou técnica mais adequado à solução daquele tipo de conflito particular. Segundo Cunha (2016, p. 637), o judiciário brasileiro encaminha-se para esse formato:

O direito brasileiro, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e com o Código de Processo Civil de 2015, caminha para a construção de um processo civil e sistema de justiça multiportas, com cada caso sendo indicado para o método ou técnica mais adequada para a solução do conflito. O Judiciário deixa de ser um lugar de julgamento apenas para ser um local de resolução de disputas. Trata-se de uma importante mudança paradigmática. Não basta que o caso seja julgado; é preciso que seja conferida uma solução adequada que faça com que as partes saiam satisfeitas com o resultado.

Ainda que a justiça multiportas à moda brasileira não corresponda exatamente ao modelo projetado pelos norte-americanos, o que gera críticas quanto à forma como os meios consensuais foram regulamentados, há de se convir que representa doravante um esforço louvável no sentido de uma mudança estrutural na forma de fazer justiça. É fato que temos indícios de um justiça multiportas no novo CPC através de seus institutos mais conhecidos, a conciliação, a mediação e a arbitragem. A audiência obrigatória de conciliação e mediação, prevista no Art. 334, inaugura uma nova postura dos magistrados sobre a condução do processo.

Tão importante quanto, é o dispositivo do artigo 167 do novo CPC<sup>1</sup>, estabelecendo a possibilidade de criação de câmaras privadas de mediação e conciliação, assim como autoriza a atuação privada extrajudicial de mediadores e conciliadores, previsão legal replicada na Lei de Mediação (13.140/2015). Desse modo, atualmente, existem mediadores e conciliadores atuando simultaneamente, tanto vinculados aos CEJUSCs como a câmaras privadas de mediação. As câmaras privadas contam com profissionais qualificados e são certificadas pelos Tribunais de Justiça dos Estados. Não requerem um procedimento pré-processual nos CEJUSCs.

Importante ressaltar que não só o Legislativo e o Judiciário têm alavancado os meios autocompositivos. A sociedade civil organizada através dos movimentos sociais e das organizações não governamentais (ONGs) em geral sempre privilegiaram o diálogo

---

<sup>1</sup> Art. 167 - Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

e a concertação social, por isso incentivam e utilizam-se dos meios autocompositivos. Tão importante quanto, é a atuação da OAB como órgão de classe, a qual empodera a composição extrajudicial como se deduz das alterações introduzidas no novo Código de Ética de 2016<sup>2</sup>, as quais pretendem enfatizar a importância do uso dos MESC (mediação, conciliação, arbitragem, etc), os quais vieram agregar um ferramental extra disponibilizado à classe advocatícia. Nasce assim uma inovadora cultura frente à realidade jurídica e social que se afirma pela primazia do diálogo como via desejável para resolver conflitos. Neste novo formato cabe aos advogados quando procurados por seus potenciais clientes, como ‘primeira porta de entrada’, informar sobre qual a melhor via para endereçar o conflito, que nem sempre corresponde à judicial.

Mostrar aos clientes a existência de outros caminhos para resolver um conflito é um dos primeiros passos. Além disso, caso advogado e cliente se decidam pelas vias extrajudiciais, caberá ao advogado conhecer, primeiramente, cada mecanismo, suas funcionalidades e aplicações, e quem será o terceiro que aplicará estes mecanismos. Quando a escolha for por uma instituição privada, deverá ser verificada sua idoneidade e de seus colaboradores; nas sessões, checar como é a condução feita pelo terceiro e se realmente está auxiliando a resolver o conflito; e, qual o papel e a conduta que cabe ao advogado nessa situação.

Os advogados devem ver os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos como uma oportunidade de ampliação de seu ferramental e, para isso, é necessária capacitação e compreender a importância do seu papel e do papel do mediador para a efetividade jurídica do acordo alcançado. Para tanto é salutar a busca por formação específica, haja vista que os meios autocompositivos até muito recentemente não compunham a grade dos cursos de direito, nem eram opção na pós-graduação.

O sistema criado pelo legislador, contudo, não é unanimidade entre doutrinadores de peso, os quais divergem da sistemática criada para funcionar sob a asa do estado. Importante destacar que um acordo consensuado, realizado segundo as melhores técnicas,

---

<sup>2</sup> Art. 2º [...] Parágrafo único. São deveres do advogado: [...] VI – estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios; Art. 36. O sigilo profissional é de ordem pública, independentemente de solicitação de reserva que lhe seja feita pelo cliente. [...] § 2º O advogado, quando no exercício das funções de mediador, conciliador e árbitro, se submete às regras de sigilo profissional. Art. 48 [...] § 5º É vedada, em qualquer hipótese, a diminuição dos honorários contratados em decorrência da solução do litígio por qualquer mecanismo adequado de solução extrajudicial. Art. 77. As disposições deste Código aplicam-se, no que couber, à mediação, à conciliação e à arbitragem, quando exercidas por advogados.

sem vício de vontade, deveria possuir status de decisão terminativa com validade jurídica plena, ainda que realizado por meio de uma justiça diversa à jurisdição tradicional. Não é o caso atualmente no Brasil. Por exemplo, Cintra, Grinover e Dinamarco (2013) argumentam que deveria haver a criação de um processo próprio e efetivo para a realização da justiça por meio da função jurisdicional pacificadora como fator de solução de conflitos. Acrescentam os autores que a pacificação social concretizada com a inclusão das partes no processo de resolução de conflitos, como forma de efetivar o acesso à justiça e deixando de lado a exclusividade estatal, é mais desejável.

Então, o Estado brasileiro optou por conceder ao judiciário a última palavra nesta matéria apesar da doutrina dar uma interpretação mais extensiva e compreensiva do acesso à justiça, incluindo “conciliação, mediação, arbitragem e outras formas legítimas de alcance da pacificação social estariam inseridas na leitura contemporânea de acesso à justiça, graças ao seu potencial de reduzir o número de processos judiciais e de combater desvirtuamento da função judicial do Estado, que atualmente tem sido um dos maiores problemas do Poder Judiciário” (CABRAL; CALMON, 2018, p. 66).

A mediação converte-se como fase semi-compulsória (porque ainda que obrigatória faculta que a parte prescindida dela) determinada pelo juiz do processo quando judicializada a disputa. Mesmo que fosse requerida pelas partes interessadas na fase pré-processual e resultasse exitosa (bem-sucedida), o termo de entendimento resultante, para ganhar força jurídica plena, requer a chancela judicial.

Então, do exposto verificamos não existir ainda no Brasil uma justiça alternativa ao processo judicial nos termos das ADR norte-americanas organizadas pelo sistema de Justiça Multiportas. Mas podemos afirmar que se compôs aqui um sistema híbrido onde a mediação privada é autorizada, ainda que condicionada à ratificação judicial para constituir decisão terminativa.

Todavia, a introdução da mediação compulsória no Brasil, com a respectiva regulamentação estatal necessária, obriga a que por meio de lei se estimule o uso dos métodos autocompositivos, em muito contribuindo para a sua popularização. Nesse sentido se manifesta Diogo Rezende de Almeida (2014, p. 6-7):

A regulamentação legal da mediação é necessária por duas razões. Em primeiro lugar, não há outra forma de se introduzir requisito de admissibilidade ao exercício do direito de ação, exceto por meio de lei e, consoante o art. 22, I, da CF/1988 (LGL\1988\3), que dispõe sobre a competência legislativa da União, a norma processual deve ser editada por meio de lei federal.

Por outro lado, para a consecução do objetivo de difundir o método em larga escala e em curto espaço de tempo, a lei torna-se uma aliada imprescindível. Criar programas de incentivo à utilização da mediação e inserir o ensino obrigatório dos ADRs nas grades curriculares dos cursos universitários podem trazer resultados a longo prazo e, embora sejam recursos idôneos para a consolidação da cultura de adoção de métodos distintos da jurisdição, não mostram-se capazes de gerar uma reviravolta na solução de conflitos de forma imediata.

A lei neste caso serve como instrumento difusor dos novos mecanismos de resolução de conflitos até que se quebre o paradigma da cultura da judicialização e se instaure uma nova cultura voltada para o incentivo da paz social assente na autodeterminação dos jurisdicionados.

### **2.3 MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL**

Antes de adentrarmos no tema, convém lembrar que a mediação (em conjunto com a conciliação) no âmbito extrajudicial pode ser utilizada, porém com reservas. Na ausência de um verdadeiro sistema de Justiça Multiportas, o legislador do novo CPC propositadamente guardou para regulamentação em lei específica como se deduz do artigo 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”. Ora ocorre que tal legislação ainda aguarda sanção (Substitutivo da Câmara dos Deputados [SCD] 9/2015 ao Projeto de Lei do Senado [PLS 517/2011]). Entretanto, como referência, o mediador que atuar extrajudicialmente rege-se pelas regras processuais do novo CPC, Lei da Mediação, resoluções do CNJ e enunciados do FONAMEC - Fórum Nacional da Mediação e Conciliação.

Como neste capítulo tratamos somente da mediação extrajudicial, importa destacar que toda a mediação realizada em que haja acordo consensuado com todas as partes possui segurança jurídica por se tratar da vontade dos mediandos reduzida a termo, assinada pelos próprios, e por testemunhas de sua confiança. Ou seja, o acordo obtido por meio de métodos autocompositivos realizado de forma voluntária possui validade independentemente de existir ou não lei que o regulamente. Tal é fato tanto aqui como

alhures, como ensinam Caivano, Gobbi e Padilla (2006, p. 289)<sup>3</sup> dissertando sobre a lei que regulamentou a mediação na província de Buenos Aires:

Embora pareça desnecessário, é conveniente esclarecer alguns conceitos, que às vezes geram confusão. A lei acima mencionada não criou mediação, nem a mediação depende da promulgação de uma lei: para seu uso como instrumento de resolução de conflitos, basta que as partes concordem voluntariamente em se submeter a um processo em que - para uma abundância maior - a permanência e conclusão também são estritamente voluntárias.

A regra de ouro para a eleição da mediação como meio mais adequado à resolução do conflito passa pela análise da natureza da relação trazida à baila. Caso se trate uma relação continuada em que se estabeleceu um vínculo de confiança ou de afetos, desde que não tenha havido evidências de violência doméstica, abuso sexual ou de crimes contra a vida, será a priori uma escolha acertada. Essa é a visão expressa na doutrina que procura estabelecer critérios para a escolha do meio mais adequado para a resolução de um conflito, manifestada, por exemplo, por Caivano, Gobbi e Padilla (2006, p. 78-83), segundo os quais a mediação e a negociação serviriam de melhor forma aos conflitos: policêntricos, compreendidos como os que apresentam variadas situações de tensão; os originados em relações continuadas; cuja solução recomende um mecanismo que ofereça confidencialidade; aqueles nos quais estão presentes questões culturais, sabidamente desconsideradas pela adjudicação judicial; nas questões cujo mérito exija conhecimento específico, alienígena à linguagem e conhecimentos jurídicos; cuja solução jurídica possa resultar controvertida e de aplicação problemática; ou que acumulariam custos onerosos caso se optasse pela jurisdição contenciosa; por fim, todos aqueles que exijam uma rápida solução.

Pela lei brasileira o acordo obtido por esta via vale ainda como título executivo extrajudicial, em acordo com o artigo 784, inciso IV do novo CPC<sup>4</sup>. De imediato, criam-se obrigações para todos os envolvidos. Ainda que o descumprimento ocorra, o processo judicial será resolvido de forma mais célere. A fase inicial de conhecimento não será

---

<sup>3</sup> No original: Aunque parezca innecesario, conviene aclarar algunos conceptos, que en ocasiones generan confusión. La mencionada ley no ha creado la mediación, ni la mediación depende de la sanción de una ley: para su utilización como instrumento de solución de conflictos basta que las partes hayan acordado someterse voluntariamente a un proceso en el que - a mayor abundamiento - la permanencia y la finalización son también estrictamente voluntarias.

<sup>4</sup> Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

[...] IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

necessária. Por ser um título executivo extrajudicial viabiliza pular etapas do processo, permitindo saltar muito rapidamente para a fase de execução, onde se faz cumprir a obrigação por quem descumpriu os deveres estabelecidos no termo assinado entre as partes, corroborado por testemunhas de sua confiança. Não menos importante é o fato de poder converter, a qualquer tempo, o título extrajudicial em título executivo judicial. Ganhará então status de sentença pois homologado por juiz de direito.

Como mencionado acima, o modelo de mediação extrajudicial exige a busca espontânea pelo meio autocompositivo, bem como a livre escolha dos mediadores pelas partes. As mesmas hipóteses legais de impedimento ou suspeição que recaem sobre os magistrados incidem também sobre os mediadores. Essas hipóteses de vinculação aos mediadores, como auxiliares da justiça, estão previstas no artigo 145 do novo CPC e nos artigos 148 e 149 do mesmo diploma. Assim, ainda que realizada em ambiente de maior liberdade quanto às regras, possui elementos básicos semelhantes ao que seria uma mediação efetuada no judiciário. Convém que se estabeleçam previamente em contrato como as partes desejam realizar o procedimento: os prazos, eventuais penalidades, local das reuniões, etc. Pode-se realizar a qualquer tempo, não só antes da judicialização, como também durante o curso do processo judicial e até mesmo depois de ser proferida uma sentença.

Como já aqui apresentamos a defesa por doutrinadores da área, a mediação sequer precisa possuir qualquer vinculação a processo, pois que é um instrumento de cidadania autônomo. Andrés Ciurana (2005, p. 60) reforça essa visão quando ensina que:

A mediação e outros métodos de resolução de conflitos não devem ser entendidos como alternativas à jurisdição, nem mesmo como um complemento a ela. Esses são mecanismos autônomos de pacificação social e, portanto, devem ser considerados como meios independentes de acesso à justiça, cuja base está na liberdade dos cidadãos.<sup>5</sup>

Lembrando que no presente capítulo está se tratando da mediação extrajudicial. Esta oportuniza a utilização de saberes multidisciplinares gestados por várias diversas escolas de mediação, cabendo ao mediador elencar a abordagem que melhor se adegue ao conflito trazido para ser trabalhado na sessão. As escolas de mediação mais notórias

---

<sup>5</sup> No original: La mediación y los demás métodos de solución de conflictos no deben entenderse como alternativas a la jurisdicción, ni siquiera como complemento de ésta. Se trata de mecanismos autónomos de pacificación social y, por tanto, deben considerarse medios independientes de acceso a la justicia, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los ciudadanos



são: a negocial de Harvard; a transformativa; a narrativa; e, a circular narrativa. Em geral todas buscam uma solução duradora para o conflito; em particular, se diferenciam em seus escopos e na postura do mediador.

O modelo negocial de Harvard faz parte do movimento inicial para incorporar as práticas autocompositivas como alternativa ao judiciário. Faleck e Tartuce descrevem-no como um modelo que objetiva: “[...] reconciliar interesses, também denominadas “negociação com princípios” (*principled negotiations*), “negociação baseada em interesses” (*interest based negotiation*) ou “negociação para solução de problemas” (*problem-solving negotiation*)”. Trabalha a controvérsia tratando-a como um problema mútuo. O processo assenta em quatro pilares compilados no *Harvard Negotiation Project* e explicados por Tania Almeida em artigo no site do Instituto Mediare (2008):

- 1) Discriminação entre as questões a serem negociadas e a relação existente entre os envolvidos no desacordo – mediadores reconhecem que no dissenso não se negociam apenas a matéria, a substância, mas, também, a maneira como estamos sendo e temos sido tratados por esse outro. Pautados nessa premissa, mediadores constroem, com a anuência dos mediandos, uma pauta objetiva (relativa à matéria) e uma pauta subjetiva (relativa à relação) de negociação e trabalham ambas as pautas em paralelo;
- 2) Negociação de posições e não de interesses – mediadores reconhecem que as posições são escudos rígidos o suficiente para defender interesses e importantes necessidades, ocultos em um primeiro momento. A Mediação integra o pacote das negociações baseadas em interesses – um recente norteador de construção de consenso.[...] Em uma negociação baseada em interesses, como a Mediação, são os interesses e os valores que comporão a pauta de negociação, e não as posições.
- 3) Criação de soluções de benefício mútuo – ao auxiliar os mediandos a pensarem, a formatarem e oferecerem soluções que contemplem a todos os envolvidos, mediadores os estimulam, indiretamente, a exercitar a cooperação e a cuidar do restauro da relação social entre eles;
- 4) Estabelecimento de critérios objetivos para obter consenso – ao incentivar os mediandos a adotarem tais critérios, os mediadores propiciam a desconstrução de impasses, possibilitando que a eleição de norteadores para operacionalizar uma decisão não se constitua em obstáculo para colocá-la em prática.

Esta escola é de suma importância pois despoletou um movimento internacional, ao qual outros pesquisadores vieram agregar novos conhecimentos. Tania Almeida (2008) destaca alguns dos mais importantes conceitos importados de outras ciências: das teorias da comunicação – elementos vitais para o aprimoramento do discurso oral na mediação; da sociologia – dados sobre a importância das redes sociais já que nossa existência comporta vínculos com outros sujeitos, e que são essenciais para a tomada de decisão; da psicologia – habilidades para perscrutar nos sujeitos o não dito mas percebido,

que auxilia na construção da pauta subjetiva do restauro das relações; da filosofia – obtém-se a inspiração para o sistema de perguntas assertivas derivadas da maiêutica socrática<sup>6</sup>, um dos principais instrumentos do mediador, permitindo aos mediandos que possam ‘parir’ suas próprias ideias; do direito – objetiva a ordem jurídica justa descrita por Kazuo Watanabe (2012, p. 88) como aquela que é adequada, tempestiva e efetiva, atributos do processo mediatório (TANIA ALMEIDA, 2008). Entre outras disciplinas do saber que ajudaram também a temperar os modelos usados, que se adaptam conforme os casos trazidos à mesa. Pois a mediação de vizinhos não é a mesma da familiar, nem estas da escolar, e por aí adiante.

Daí surgiu uma noção de mediação como um processo construído e caracterizado pela interdisciplinariedade. Essas contribuições enriqueceram e deram uma direção mais humana ao processo negocial original, que passaria a ser mais focado no relacionamento além da disputa, e não tanto para visar o acordo. Destacam-se alguns criadores dessas escolas por terem moldado a mediação tal como a concebemos hoje. Os professores Robert Bush e Joseph Folger (2004), no livro *A Promessa da Mediação: uma abordagem transformativa do conflito*, fundaram uma visão moderna com aportes teóricos que revolucionaram os MASC/ MESC. A proposta deles afasta a concepção de um processo negocial assistido virado para a elaboração de um acordo, pois que a transformação do conflito da postura adversarial para uma postura colaborativa passa a ser o objeto da mediação. Nasce assim a Mediação Transformativa, baseada na consciência do próprio valor e nas habilidades para lidar com as dificuldades (*empowerment*) o que permite identificar os reais interesses e necessidades de cada um dos mediandos; e, no reconhecimento do outro (*recognition*), também identificando os reais interesses e necessidades desse outro. Para esta corrente, os conflitos são muito mais oportunidades de crescimento moral e de transformação, do que meramente solucionar problemas.

A professora americana Sara Cobb de modo criativo propõe um modelo circular-narrativo de trabalho que aposta na construção do acordo e, em paralelo, da relação social entre os envolvidos. Este modelo encontra-se entre a linearidade da negociação e a primazia do relacionamento do modelo transformativo. Cobb desenvolve a comunicação de forma sistêmica apoiando-se em várias teorias (cibernética, comunicação, sistêmica, do observador, narrativa, etc) que habilitam a uma visão sistêmica do conflito e das

---

<sup>6</sup> A maiêutica proposta por Sócrates consiste em fazer perguntas e analisar as respostas de maneira lógica e sucessiva. Após processo reflexivo, o interlocutor chega à verdade e conclui que tem um saber interno.

interações sociais dos mediandos com suas redes de pertinência/ pertença (GLASER, 1993). Tal abordagem parte da premissa de que não existe uma única causa para o conflito, por isso a causalidade é circular e se retroalimenta. É um modelo complexo muito aplicado às relações de família.

Recentemente surgiram relevantes contribuições de outros estudiosos do tema, tais como Rubén Calcaterra (2002), autor do modelo da Mediação Estratégica. O jurista argentino baseia seu trabalho num modelo estruturado de intervenção em Mediação, com finalidade estratégica assente no gerenciamento do processo. Tania Almeida (2014, p. 172) o descreve assim: “O modelo é segmentado em etapas e estas em 10 estágios. No modelo de Calcaterra, a desconstrução do conflito e a reconstrução da relação são estágios que precedem a tomada de decisão”.

Outro modelo pautado na terapia narrativa aplicada à mediação é o da Mediação Narrativa, proposta por Gerald Winslade e John Monk (2008 e 2016). Recorre a “práticas de conversa de externalização, dupla escuta, mapeamento dos efeitos e a construção da contra-história no trabalho narrativo” a fim de deslocar os indivíduos de uma narrativa dolorosa para outra, uma contra-narrativa onde haja esperança de melhora da relação. Assim, para esta corrente o “propósito da mediação é auxiliar as partes conflitantes a se separarem da história do conflito e a cultivarem uma história de cooperação”.

No Brasil destaca-se o trabalho de Luís Alberto Warat, o qual, fundado na Mediação Transformativa acrescentou-lhe elementos ligados ao afeto e ao cuidado com o outro, criando o modelo transformativo-humanista. Warat (2001, p. 150) alertava para a necessidade de humanizar a ciência, o conhecimento deveria respeitar o sentimento, e as relações na mediação deveriam ser tratadas com sensibilidade aliada às técnicas, para que se incentivem as atitudes cidadãs fruto das relações não-adversariais. Para o autor (WARAT, 2004, p. 60) a mediação seria:

[...] uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinaram um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.

Acrescentando que “A mediação mostra o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, o conflito como uma diferença energética, não prejudicial, como um potencial construtivo.” (idem, p.62). Ainda segundo Warat (2004, p.59), a distinção da mediação para os outros meios de tratamento adequado de conflitos, trata-se do caráter transformador dos sentimentos que, por graça da mediação, pode ocorrer nas relações sentimentalmente conflituosas, o que é ignorado também no procedimento judicial. A mediação, diferentemente, não tem como objetivo prioritário a realização de um acordo. Complementa, afirmando que:

Na mediação, a autocomposição está referida na tomada das decisões. Fala-se de autocomposição na medida em que são as mesmas partes envolvidas no conflito as que assumem o risco das decisões. Na arbitragem, o risco da decisão corre por conta dos árbitros, da mesma forma que esse risco é assumido pelos magistrados no momento em que se decidem, judicialmente, os litígios.

A mediação, portanto, procura amparar as pessoas com problemas, em suas singularidades, e não o problema em si, não se limitando ao conflito, essa é a grande diferença entre os demais meios de tratamento adequado de conflitos.

Entretanto, a mediação é meio mais adequado para dirimir os conflitos relacionados às relações continuadas. Nesse caso, conforme dispõe o parágrafo § 3º cabe ao mediador atuar:

[...] 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.

Os benefícios mútuos que se buscam na mediação partem do resgate de uma concepção positiva dos conflitos, que passam a ser vistos como oportunidades para o diálogo construtivo, entendimentos mútuos e aprendizagem de formas mais harmoniosas e cooperativas de convivência humana. Lima e Spengler (2009, p. 253) salientam ainda que o mediador não tem o poder de decisão, por isso não pode impor resultados. A autoridade do mediador passa por reequilibrar as desigualdades e reforçar as posições dos mais frágeis. A sua função é atuar junto com as partes facilitando o diálogo, assistindo na negociação e resguardando a autonomia dos participantes para que se alcance uma solução justa e adequada que satisfaça as partes.

Enfim, a mediação como prática ou processo comunga de características tais como “a voluntariedade, a rapidez, a economia, a informalidade, a autodeterminação e, principalmente, uma visão de futuro” (OLIVEIRA JUNIOR; SOUZA, 2016, p. 172). Tanto é uma visão de futuro, verdadeira ruptura do paradigma clássico de inércia das partes que de forma paternalista acatam a decisão de um terceiro, que o mais importante na mediação não é sequer o acordo, mas o restabelecimento da comunicação, como apontado por Dionara Oliver Albuquerque (2017, pág. 101):

[...] independentemente da abordagem utilizada pelo mediador - seja narrativa, circular-narrativa, transformadora, transformativo-reflexiva, dialógica ou qualquer outra, espera-se do mediador que consiga facilitar uma comunicação entre os interessados, de modo à que esses possam se entender melhor em decorrência da interação ou da atuação do próprio mediador tendente à reconstrução das relações entre as partes.

De sorte que a mediação procura superar a normatividade jurídica para lidar com tudo aquilo que está subjacente à disputa e impede a construção de uma solução negociada, identificando os sentimentos para chegar às necessidades. Conforme ensina Oliveira Júnior e Rocha de Souza (2016, p. 173): “na era pós-moderna os sentimentos são valorizados: a posição psicológica dos sujeitos de uma relação jurídica deve servir como parâmetro para a resolução de conflitos”. Para tanto requer disposição para a escuta ativa e sensibilidade às vulnerabilidades e sentimentos expostos no decurso do processo, como explica Luiz Alberto Warat (1998, p. 9):

O mediador tem como função tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. O mediador tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões destrutivas (um território do qual não escapa o Direito, suas normas e procedimentos de coerção e vingança). O mediador tem que tentar erotizar o conflito inscrevendo o amor entre as pulsões destrutivas e no conflito; o amor no meio do poder.

Acerca desse novo olhar, destacamos outro importante aspecto tido como revolucionário, qual seja, a superação do paternalismo estatal. Na mediação estimula-se a autonomia para que os envolvidos criem as soluções, e dessa forma entendam que podem resolver por si mesmos o conflito. Trata-se de exercitar a cidadania num processo cujo fim é a autodeterminação e o amadurecimento da democracia. São elementos constantes do trabalho de Luiz Alberto Warat (2000, p. 198) que aqui realçamos pelo alcance de suas ideias, incorporadas tanto na mediação judicial como na extrajudicial:

As práticas sociais de mediação se configuram num instrumento ao exercício da cidadania, na medida em que educam, facilitam e ajudam a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros que decidem pelos afetados por um conflito. Falar de autonomia, de democracia e de cidadania em um certo sentido, é se ocupar da capacidade das pessoas para se auto determinarem em relação e com os outros; autodeterminarem-se na produção da diferença (produção do tempo com o outro). A autonomia como uma forma de produzir diferenças e tomar decisões com relação à conflitividade que nos determina e configura, em termos de identidade e cidadania.

Então, a mediação (e também a conciliação) fundamentam-se num princípio democrático participativo, propiciando a tomada de decisões compartilhadas. Os jurisdicionados recebem a melhor solução possível para o seu caso, ajudando a construir um sistema de justiça onde são autônomos, têm voz e essa voz é escutada. A participação popular é assim explicada por Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (2000, p. 93):

O direito deve fundar-se tão-somente no princípio democrático, não mais compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir de uma pretensa “vontade geral” republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva dos cidadãos no processo de tomada de decisões.

Como vimos, além de enquadrar-se como instrumento de emancipação social dos mais democráticos fundado na autonomia e empoderamento dos sujeitos, a mediação carrega em si uma proposta de resolução dos conflitos baseada no diálogo e não por uma ordem imposta ao jurisdicionado de cima para baixo. Havendo participação, há comprometimento e respeito pelo avençado. Nesse viés, um mecanismo participativo como a mediação pode não somente melhorar o cumprimento dos acordos como transformar as atitudes e normas culturais em relação às leis.

#### **2.4 MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS CORRELATOS: NEGOCIAÇÃO E CONCILIAÇÃO**

Antes de mais, esclarece-se ser a autocomposição um gênero que contém três espécies: a submissão, a renúncia e a transação. A submissão e a renúncia seriam “soluções altruísticas do conflito” segundo Neves (2016, p. 5-6), já que “a solução decorre de ato da parte que abre mão do exercício de um direito que teoricamente seria legítimo”. Na submissão e renúncia o exercício da vontade é unilateral, enquanto na

transação o acordo de vontades é bilateral ou multilateral, e “representa a busca pela solução de conflitos que mais gera a pacificação social, uma vez que as partes, por sua própria vontade, resolvem o conflito”. É a transação que move a mediação, contudo, negociação e conciliação admitem sem ressalvas todas as espécies.

Os métodos autocompositivos têm em comum entre si o império da autonomia da vontade: seja para participar dos procedimentos, cuja adesão é voluntária; seja para transacionar, ainda que implique em renúncia a algum bem da vida ou submissão à vontade alheia. Por isso, só versam sobre direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação e se constituam na esfera patrimonial de seu titular.

Dentre os vários caminhos da autocomposição a negociação é o mais primitivo, por ser o mais informal e envolver só os interessados, é parte inerente da grande maioria das interações humanas. Viver em sociedade é negociar a todo o momento, estabelecer limites à nossa liberdade e à liberdade de outrem. Diferencia-se dos restantes métodos, em particular, pela ausência de terceiro. Bernard Mayer (2000, p.142) conceitua: “Negociação é uma interação na qual as pessoas buscam satisfazer suas necessidades ou atingir seus objetivos por meio de acordos com outras pessoas que também buscam a satisfação de suas necessidades”<sup>7</sup>. Portanto, trata-se de um contato direto onde as partes determinam entre si como resolver o conflito, estabelecendo entre elas mesmas as regras.

Já na conciliação e na mediação há intervenção de um terceiro imparcial, ou de um painel de pessoas, sem interesse na causa, para auxiliar as partes a chegarem a uma autocomposição. Ambas são um meio de autocomposição indireta, onde há uma negociação assistida ou facilitada por um terceiro imparcial. Muitas vezes confundidas por esse aspecto e por possuírem regulação análoga, a conciliação, no entanto, é uma autocomposição avaliativa (embora possa também ser chamada de mediação avaliativa), enquanto a mediação é entendida por parte da doutrina como possuindo uma componente avaliativa e outra facilitativa. A jurista Fernanda Tartuce auxilia-nos no esclarecimento:

[...] mediação avaliativa é vista como meio de solução de conflitos em que o terceiro imparcial pode ser chamado pelas partes a opinar; em tal vertente, o mediador usa estratégias e técnicas para avaliar o que é importante na discussão e, se entender que as partes precisam de uma orientação qualificada, pode elaborar, sugerir e dirigir a solução dos problemas, avaliando as fraquezas e as forças de cada caso. De forma diversa, o modelo facilitativo preconiza que o mediador use estratégias (como o uso de perguntas) para favorecer o diálogo

---

<sup>7</sup> No original: *Negotiation is an interaction in which people try to meet their needs or accomplish their goals by reaching an agreement with others who are trying to get their own needs met.*

entre as partes, sendo sua função aumentar e melhorar a comunicação entre as pessoas para que elas mesmas possam decidir o que é melhor para ambas.

Nos Estados Unidos, por vezes, adotam-se os dois modelos na mediação. Diferentemente daqui, como explica Dionara Oliver Albuquerque (2017, p. 45): “no Brasil, o modelo adotado para Mediação Judicial é o modelo da Mediação Facilitadora. Já, as denominadas mediações avaliadoras podem ser equiparadas às conciliações qualificadas, conforme curso desenhado e oferecido pelo CNJ-NUPEMECs”. Então, para a construção do modelo de mediação judicial brasileiro prevaleceu a corrente doutrinária que entende a mediação como “eminente facilitativa”, nas palavras de Lília Sales (2012, p. 30), pois o foco na avaliação implicaria em riscos indesejáveis que maculariam a integridade do processo:

Se, de fato, as partes requerem a avaliação do caso em determinado momento, isso deverá acontecer com muita cautela, de maneira que mediador não viole a autodeterminação das partes. Assim, na mediação, não pode haver pressão. A avaliação do mediador não pode ser compreendida como o certo, como o justo, e assim deve ser obrigatoriamente seguida. A avaliação deve ser vista com cuidado e praticada com muita cautela, sob pena de mitigar ou impedir a colaboração ou a autodeterminação (premissas fundamentais da mediação).

Isso porque, na explicação de Bolzan de Moraes e Spengler (2008), na conciliação é possível propor possíveis soluções para o conflito, as quais podem ser aceitas ou não. Existe a figura do terceiro interveniente, o conciliador, que recebe as propostas de uma e de outra das partes, tentando conciliar os envolvidos na relação conflituosa. Para Wolkmer (1997, p. 277), o grande mérito da conciliação é permitir resolver conflitos por de forma rápida e imediata, evitando custos e burocracia típicos da justiça tradicional, que inibem o acesso popular. Por outro lado, a formação do conciliador é menos exigente, autorizando a atuação por qualquer um que tenha uma função na comunidade que facilite a atuação, pois se trata de um procedimento mais simplificado que privilegia o acordo em detrimento da relação subjetiva dos sujeitos.

A conciliação tem a prerrogativa de poder sugerir um possível acordo, o conciliador aponta soluções, podendo as partes aceitarem ou não, conforme Sales (2004). Embora prima próxima da mediação, diferencia-se desta em larga medida, pois que possuem características distintas, indicadas por Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 95):

Embora próximas, por tenderem ambas à autocomposição (e apartando-se, assim, da arbitragem, que é um meio de heterocomposição de controvérsias,



em que o juiz privado substitui o juiz togado), conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem assim, por si sós, à solução da controvérsia.

Por isso a conciliação se adequa melhor às relações de consumo e outras que envolvam vínculos não continuados, já que privilegia o conteúdo da matéria trazida a debate, procurando com base nele obter um acordo aceitável a ambas as partes. Tania Almeida (2008) reforça:

Coerente com a proposta de obter acordos entre as partes, a conciliação privilegia a pauta objetiva – a matéria, a substância – que o conflito entre elas produziu. As questões que tenham tutela jurídica e as propostas materiais são foco de especial atenção na conciliação, contexto que estimula as partes a terem, também, nestes temas o objeto de sua atenção, ao aderirem ao instrumento.

Deste modo, o conciliador pode intervir sem freios desde que respeitada a autonomia da vontade das partes para chegar a um acordo sem vícios de vontade. O novo CPC estabeleceu parâmetros para a atuação dos conciliadores ao prescrever no artigo 165, §2º 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”.

Poder-se-ia mesmo afirmar tratar-se a ausência de vínculos duradouros no relacionamento entre as partes como a marca deste meio autocompositivo, haja vista que há consenso na doutrina a respeito. Entretanto, Rossana Martingo Cruz (2011, p. 28 e seg.) ressalta, pela via inversa, os riscos do uso inadequado da conciliação nas relações continuadas. Como a conciliação não resolve os problemas de fundo, apenas se preocupa em atingir um acordo satisfatório face a uma abordagem superficial do conflito, este mecanismo de resolução de litígios é, por regra, desaconselhado nos casos em que o tipo de relacionamento é duradouro e contínuo, especialmente nas relações familiares.

Para Gomma de Azevedo (2016, p. 21) os “ordenamentos jurídico-processuais modernos são compostos, atualmente, de vários processos distintos. Essa gama de processos (e.g. processo judicial, arbitragem, mediação, dentre outros) forma um mecanismo que denominamos sistema pluri-processual”. Entendemos a visão do jurista, todavia, compreendemos tratar-se de um sistema ‘pluri-procidemental’, já que a prática

poderá ser manejada extrajudicialmente sem vínculo a processo determinado, e ainda assim possuir validade jurídica.

Por esse fato a conciliação e a negociação têm sido largamente utilizadas como meios de evitar a judicialização, desde muito antes da mediação. Tanto o setor privado como o Estado têm-se usado de serviços de atendimento ao cliente e ao cidadão (no caso do Estado), os quais procuram dirimir quaisquer controvérsias antes que estas alcancem o judiciário e adicionem mais peso ao já elevado número de causas massificadas.

No caso do poder executivo, já existia a esfera administrativa como primeira porta para solução de uma controvérsia. Porém, a via nunca foi convidativa pois o cidadão esbarrava com a frieza das formalidades e o desequilíbrio de poder determinado por posições engessadas da administração relativamente à primazia do interesse público sobre o individual, obrigando a pleitear no judiciário o direito que o Estado negava.

Abriu-se agora uma nova porta com a publicação do Código de Processo Civil, e de igual forma, a lei 13.140/15<sup>8</sup>, os quais vieram agregar a possibilidade de mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Estabeleceram-se assim critérios para o uso dos métodos autocompositivos nas administração pública direta e indireta.

Note-se, a legislação que confere poderes para a realização da mediação na administração pública não coloca óbice a outros meios autocompositivos, como a negociação e a conciliação. É a lógica de: quem pode o ‘mais’ pode o ‘menos’ também.

---

<sup>8</sup> Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

O CPC, em vigor desde março de 2016, incentiva o uso dessas técnicas, ao prever em seu artigo 3º que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. Pode, então, o ente público negociar ou conciliar, desde que obedecendo aos limites e parâmetros estabelecidos para a administração pública.

No entanto, a cultura de litigiosidade disseminada na sociedade brasileira e nos próprios operadores de direito, inclusive estatais, provoca ainda inaceitável relutância por parte das administrações em adotar métodos alternativos de solução de controvérsias. Como justificativa oficial invoca-se a indisponibilidade do interesse público, princípio basilar do Direito Administrativo, convenientemente usado sempre que o Estado é convidado a flexibilizar sua atuação.

Observe-se, contudo, a adoção em nosso sistema do princípio da supremacia da Constituição e da observância dos direitos fundamentais tanto nas relações públicas quanto nas privadas. Assim, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público precisam ser reinterpretados para se coadunarem às exigências contemporâneas. Gustavo Binenbojm (2014, p. 31) destaca essa necessidade:

O reconhecimento da centralidade do sistema de direitos fundamentais instituído pela Constituição e a estrutura pluralista e maleável dos princípios constitucionais inviabiliza a determinação a priori de uma regra de supremacia absoluta dos interesses coletivos sobre os interesses individuais ou dos interesses públicos sobre os interesses privados. A fluidez conceitual inerente à noção de interesse público, aliada à natural dificuldade em sopesar quando o atendimento do interesse público reside na própria preservação dos direitos fundamentais (e não na sua limitação em prol de algum interesse contraposto da coletividade), impõe à Administração Pública o dever jurídico de ponderar os interesses em jogo, buscando a sua concretização até um grau máximo de otimização.

Portanto, a administração pública deve se convencer da importância destes meios consensuais e criar setores de autocomposição nos órgãos, tanto para se ajustar às disposições legais nesse sentido, quanto para melhorar o serviço público prestado aos cidadãos.

A nível legislativo, contudo, a normatização da conciliação como prática autocompositiva regulamentada pelo Estado (caso também da mediação) só viria a ocorrer em 2015. Nessa ocasião lamenta-se o fato do legislador não ter tido maiores escrúpulos em estabelecer tratamento normativo idêntico tanto para a mediação como

para a conciliação, causando alguma confusão pois se tratam de diferentes institutos cada qual com características próprias. É o caso do mais recente CPC de 2015, conforme atesta Watanabe (2012, p. 90):

O Código de Processo Civil em vigor (arts. 125, IV, 331, 447 a 449, 599) adotou a conciliação sem distingui-la da mediação, mas está evidente que usou desse vocábulo na acepção geral e ampla, abrangente de ambos os meios consensuais de solução de conflitos. É esse o sentido que o nosso direito sempre tem dado ao vocábulo conciliação.

Infelizmente, tal prática prejudica a retidão de nosso trabalho pois que transparece também na jurimetria (dados estatísticos aplicados ao judiciário) produzida pelo CNJ e tribunais de justiça, onde muito dificilmente encontramos estimativas individualizadas por técnica autocompositiva. Acredita-se que se a diferenciação fosse reconhecida pelos operadores do direito teríamos um ganho significativo, de um maior rigor quanto às nomenclaturas, assim como de uma maior consideração às diferenças entre as duas práticas.

De outra sorte, pressente-se que esta atitude do judiciário começa a alterar-se dada a necessidade que tem de se apropriar de dados quantitativos acurados para poder efetivamente acompanhar a implementação da política pública. Note-se que o NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no ano de 2019, pela primeira vez, apresentou dados, referentes a 2018, sobre conciliação e mediação em separado.

Entretanto, a nível do Poder judiciário registra-se, já há algum tempo, a conciliação como parte integrante das práticas adotadas para agilização do processo. A conciliação como etapa procedimental foi incorporada no processo judicial, muito particularmente a partir dos Juizados Especiais Cíveis, ou seja, desde 1984, conforme indica Kazuo Watanabe (2012, p. 91):

A utilização obrigatória e mais intensa da conciliação passa a ocorrer com a instituição dos juizados especiais de pequenas causas, em 1984, pela Lei nº 7.244, que no art. 2º deixou expressamente estabelecido que “o processo, perante o Juizado Especial de Pequenas Causas, orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação”. Esse dispositivo foi reproduzido no art. 2º da Lei no 9.099/95, com acréscimo apenas da expressão “ou a transação”.

Observe-se que os Juizados Especiais são órgãos com competência para conciliação, processo e julgamento das causas de menor complexidade. Por isso uma

medida de todo ajustada. Inclusive já foi aprovado na CCJ (Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania) o projeto de lei (PL 1679/19) que permite a conciliação não presencial nos juizados especiais cíveis. O juiz proferirá sentença caso o acionado pelo autor da ação se recuse a participar da tentativa de conciliação não presencial. Não fere a voluntariedade pois hoje o juiz já pode proferir a sentença se o demandado não comparecer à audiência. É a tecnologia ao serviço do judiciário, lançando mão do emprego de recursos tecnológicos de transmissão de sons e imagens em tempo real, como videoconferência.

Aliás, a tecnologia tem-se expandido ainda mais rapidamente no setor privado. As empresas já entenderam que podem melhorar bastante seus serviços e imagem pública, além de economizar dinheiro, se aderirem a ferramentas virtuais de negociação e conciliação destinadas às relações de consumo, especialmente para aquelas que ocorrem no meio digital. Mas são só, pois essas ferramentas expandiram para litígios fora do meio eletrônico. Ademais, o Brasil é destaque e pioneiro em muitas aplicações legais, inclusive para outros fins, tais como o desenvolvimento de serviços legais baseados na tecnologia da informação para auxiliar na pesquisa jurídica, gestão de processos e contratos, análise de decisões judiciais, etc. Conforme informa a AB2L<sup>9</sup> (Associação Brasileira de *Lawtechs* e *Legaltchs*), mais de vinte empresas dedicam-se a oferecer soluções em ODR (resolução de conflitos online).

Para tanto segundo Daniel do Amaral Arbix (2017, p. 85) “buscou-se usar o ODR para prevenir demandas, sendo possível afirmar que atualmente existe uma abordagem diversificada do uso das tecnologias disponíveis para esta finalidade, com soluções desenhadas sob medida para determinados casos”. Arbix (2017, p. 64) define o ODR como “a resolução de controvérsias em que tecnologias da informação e comunicação possibilitam às partes em conflito ambientes e procedimentos ausentes em mecanismos tradicionais de resolução de disputas”.

Flávio de Freitas Gouvêa Neto (2018, p. 46) informa: “há mais ou menos 20 anos, surgiram os primeiros mecanismos de resolução de conflitos online (Online Dispute Resolution)”. Alerta no entanto o mesmo autor (2018, p. 47-48):

Importante ressaltar que nem todos os métodos de solução online de controvérsias (ODR) são métodos alternativos de solução de disputas (ADR). Existem casos, como por exemplo os procedimentos e os mecanismos judiciais

---

<sup>9</sup> Disponível em <https://www.ab2l.org.br/radar-lawtechs/>

online, que podem ser considerados mecanismos de resolução de conflitos online, mas não são procedimentos de resolução alternativa de disputas, são mecanismos tradicionais que introduziram o uso da tecnologia em seu funcionamento.

Embora o Brasil não possua legislação específica para a resolução de conflitos via ODR, ao contrário da Europa onde já existem diretivas comunitárias<sup>10</sup>, ainda assim algumas normas aplicam-se aos meios eletrônicos. A Lei de Mediação (lei 13.140/2015) ampara serviços de conciliação e mediação online no artigo 46: "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". Também o Código de Processo Civil (Lei Federal n.º 13.105/2015) 75, possui algumas disposições legais que passaram a permitir a realização de atos judiciais pelos meios eletrônicos, em especial o artigo 236, § 3º: "Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real".

Nessa esteira, aplicativos e sites foram criados. Destaque-se a iniciativa estatal do 'Portal do Consumidor' por sua dimensão e alcance, como refere Flávio de Freitas Gouvêa Neto (2018, p. 55):

O Portal do Consumidor ([consumidor.gov.br](http://consumidor.gov.br)) é o principal mecanismo de ODR do Brasil, tanto em termos de volume de casos recebidos, quanto em soluções alcançadas. O serviço é gratuito e permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução consensual de conflitos de consumo. Trata-se de uma ferramenta de negociação online.

Outra digna de nota é o projeto 'Justiça Digital', desenvolvido por magistrados e servidores no fórum distrital de Leopoldina, na cidade do Rio de Janeiro. O uso do aplicativo gratuito de troca de mensagens *Whatsapp* permitiu que uma mediação familiar de partilha de bens em um processo de divórcio que decorria há mais de dez anos chegasse a bom termo. Foi realizada uma audiência entre um brasileiro, residente em Angola, e sua ex-cônjuge, que vivia no Brasil. O acordo deu-se por videoconferência<sup>11</sup>.

No setor privado temos o caso emblemático da 'Mediação Online', promovida pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) no âmbito da recuperação judicial da 'Oi'. desenhou um sistema resolução de disputa online, no qual a empresa em recuperação

---

<sup>10</sup> Diretiva UE n.º 2013/11 (Resolução alternativa de conflitos de consumo) e o Regulamento UE n.º 524/2013 (Resolução de litígios de consumo online)

<sup>11</sup> Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jul-19/justica-rio-janeiro-faz-primeira-mediacaousando-whatsapp>

judicial elaborou propostas de quitação e parcelamento das dívidas, aprovadas no plano de recuperação judicial da empresa, que puderam ser aceitas ou recusadas por parte dos seus credores (GOUVÊA NETO, 2018, p. 55).

Outros aplicativos e sites comerciais permitem a negociação ou conciliação via *chat*, oportunidade em que o cliente irá expor suas questões e seus interesses. Se as partes chegarem a um consenso durante o *chat*, será emitida uma declaração de acordo. Caso contrário, o sistema disponibilizará um documento sobre o não acordo.

De forma que o uso das tecnologias da informação tem o condão de abreviar ainda mais o tempo do procedimento, diminuir os custos, facilitar a aproximação para o diálogo e sanar o impasse de pronto. São qualidades inquestionáveis que muito vêm a acrescentar aos processos de negociação e conciliação.

Todavia, temos ressalvas quanto a seu uso amplo e irrestrito no âmbito da mediação. Relembremos tratar-se este de um processo mais complexo, de imersão intensa para trabalhar sentimentos, de modo a derrubar posições e chegar às necessidades e interesses. Nesse devir tudo conta, a linguagem verbal e corporal; o tempo dos sujeitos, não raro as sessões prolongam-se por horas e estendem-se por semanas a fio. Tais características são incompatíveis com a impessoalidade e o tempo da internet. Então, a cautela dita que se utilize só em situações excepcionais (como a descrita no projeto ‘Justiça Digital’) onde outra opção demonstre maior prejuízo para as partes.

### **3 CRISE DO PROCESSO**

A autotutela é a sobreposição de um interesse sobre outro com recurso à força. Trata-se de meio violento e ilegal, portanto penalizado em nosso sistema de justiça. Exclui-se desde logo desta análise. Trabalhamos então com o processo como forma civilizada de intervenção do Estado no arbítrio individual. Como vimos, assim tem ocorrido desde a Revolução Francesa. Inclusive com franca expansão nas últimas décadas.

Porém, chegamos a um ponto de virada. A instituição judicial encontra-se estrangulada por níveis de beligerância antes nunca vistos, aos quais não consegue dar resposta. Os processos se acumulam ano após ano sem que decisões terminativas sejam tomadas. O quadro de servidores é limitado e o orçamento para a justiça minguado. Numa economia deprimida sem perspectivas de alteração num curto ou médio prazo, estancamos na difícil conclusão de que algo precisa ser feito.

De outra sorte, concomitantemente, observa-se uma perda de confiança das pessoas na infalibilidade do processo judicial. Em geral, a avaliação da justiça do processo fica aquém das expectativas, não só devido à demora e aos custos, mas também a decisão objetiva imposta na sentença não proporcionam a paz almejada. O fato é que as sentenças obtidas em juízo trazem menos satisfação do que os acordos bilaterais construídos pela cooperação entre as partes. A possibilidade de ser escutado com respeito, de dar voz a preocupações, de ser tratado com dignidade frente a quem deu causa ao prejuízo, acaba por oferecer mais do que jamais é possível obter via sentença. Seguidamente procuraremos trazer luz para as mais relevantes facetas da crise do processo judicial, para assim compreender a emergência da mediação judicial como alternativa de saída.

#### **3.1 CULTURA DA LITIGÂNCIA**

Paradoxalmente, do facilitado acesso à justiça propiciado pela Constituição de 1988, a qual ampliou ainda mais a paleta de direitos consagrados na sequência das lutas dos movimentos sociais atuantes desde a década de setenta, restou um judiciário inchado e incapaz de fazer face à procura por maior justiça social. Tão elevada demanda tem sido resultado da reiterada violação de direitos humanos e sociais característicos da sociedade



brasileira em decorrência do autoritarismo e desigualdade social, fato que obriga os prejudicados a procurar na justiça a derradeira concretização (FARIA, 2003).

O acesso de minorias e pauperizados permitida pela assistência judiciária gratuita e pelas iniciativas de desburocratização processual certamente garantiram o acesso à justiça, mas não de forma adequada. Crespo (2012, p. 41) ensina que na América Latina vigora:

[...] profunda diferença entre as leis escritas e sua prática. Embora a maioria das constituições da América Latina assegure a proteção dos direitos dos cidadãos, e mais especificamente o direito de acesso à justiça, esses direitos de uma forma geral constituem, na realidade, apenas uma aspiração, já que os mecanismos de implementação são frágeis.

De outra sorte, a cultura contenciosa é bastante enraizada nestas paragens, onde persiste o culto à lei e à figura patriarcal do Estado-juiz, e se sobrestima a sentença, ainda que esta contradiga nossos sentimentos e interesses. Tomado o processo judicial como o ápice do sistema, toda e qualquer outra solução existente é desmerecida. Grinover (1985, p. 159) compartilha dessa análise ao se debruçar sobre o tema:

A mentalidade predominante, não somente entre os profissionais do direito, como também entre os próprios jurisdicionados, é a que vê na sentença a forma mais sublime e correta de se fazer a justiça, considerando os chamados meios alternativos de solução de conflitos — como mediação, conciliação, arbitragem e outros —, formas atrasadas e próprias de povos pouco civilizados.

O Judiciário encontra-se congestionado pelo contínuo número de processos adentrando o sistema e que depois tramitam a passo de tartaruga. Watanabe (2012, p. 88) define essa crise do judiciário em termos de “morosidade, efetividade e adequação de suas soluções”. O autor (WATANABE, 2012, p. 88) acredita que dentre as causas, prepondere o fato do judiciário pátrio privilegiar a via processual na gestão de conflitos:

Estamos, mais do que nunca, convencidos de que, entre as várias causas dessa crise, que são inúmeras, uma delas é a adoção pelo nosso Judiciário, com quase exclusividade em todo o país, do método adjudicatório para a resolução dos conflitos a ele encaminhados, vale dizer, solução dada autoritativamente, por meio de sentença, pela autoridade estatal, que é o juiz.

Daí vêm as dúvidas: o que de fato significa a pacificação dos conflitos sociais, que tanto o Estado-juiz avoca para si? Para responder a tanto importa perceber que o processo judicial reveste-se de autoritarismo, uma vez que ocorre num contexto opressivo e

intimidador desenvolvido artificialmente por um rito engessado. As premissas do processo, assim como as narrativas que nele se constroem, se valem de ficções jurídicas. O Direito trabalha com ficções, ideias teorizadas distantes da realidade concreta apresentada nas peças processuais e trabalhadas nas audiências como se de realidade se tratasse. Por isso não se vislumbra democracia ou liberdade num processo conduzindo desta forma.

Nesse sentido pode-se entender o processo judicial como um meio apassivador e domesticador, ou até mesmo normalizador, de uma ordem social almejada pelos donos do poder. Fundado na imperatividade das decisões, com recurso à coerção estatal se necessário. Embora permita a realização da ampla defesa e do contraditório, e cumpra com o rito legalmente previsto, disponibilizando todas as previsões e garantias constitucionais, é, indiscutivelmente, uma justiça imposta pela força.

É de fato uma instituição apegada à forma e ao poder, mas tem agido como um velho manco e cego. Manco por não exercer a sua função judicante em tempo hábil e cego por não enxergar as limitações da ‘justiça’ que produz. Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 11) descreve o poder judiciário como “o mais burocratizado dos Poderes estatais, é o mais ineficiente na produção de efeitos práticos, é o mais refratário à modernização, é o mais ritualista; daí sua impotência para superar a morosidade de seus serviços e o esclerosamento de suas rotinas operacionais”.

Adicione-se a isso, a questão da linguagem jurídica, incompreensível para a grande maioria dos jurisdicionados; o fato das decisões tomadas pelos magistrados se processarem sob a prerrogativa do livre convencimento, o qual, por tantas vezes traduz-se em sentenças inconsistentes, desobedecendo precedentes, súmulas e o direito positivado, em nome de interpretações dúbias, geradoras de insegurança jurídica. Cria-se um clima de desconfiança no sistema de justiça.

Tristemente contata-se que o acesso a uma ordem jurídica justa é meramente formal. Ninguém vê afastado seu direito à apreciação judicial, contudo, nem sempre seus direitos são garantidos de fato. Este é o ponto de indignação que causa alguma revolta. O Direito pelo Direito é opressor. O próprio Estado incentivou a dita cultura de judicialização de conflitos. Talvez, de forma equivocada, tenha associado o acesso à justiça como sendo a mera prestação judiciária. Revelou-se uma opção desajustada à complexidade da realidade contemporânea, bem como o sistema criado não se mostrou capaz de dar conta do volume de ações propostas.

Essa cultura da judicialização acarretou na crise da jurisdição, a qual de acordo com Bolzan de Moraes e Spengler (2008, p. 79) de divide em quatro: (1) crise estrutural, (2) crise objetiva ou pragmática, (3) crise subjetiva ou tecnológica e (4) crise paradigmática. São resultado do conjunto de vicissitudes dos sistema de justiça posto: desde a pluralidade de instâncias, a deficiência de controles e o número insuficiente de juízes e servidores como decorrência direta da situação econômica dos Estados, abarcando aspectos pragmáticos da atividade judicante, dificuldades criadas pela linguagem técnica e formalidade jurídica inerentes ao rito e serviços judiciários, a burocratização e lentidão dos procedimentos, acúmulo das demandas, incluindo ainda a escassez do financiamento do poder judiciário, como problemas referentes à infraestrutura de instalações, pessoal, equipamentos, custos.

A crise tornou-se intolerável. Os jurisdicionados que historicamente assumiram um comportamento passivo, intimidado e resignado face a essa realidade clamam por maior efetividade. O poder judiciário chegou ao ponto de ruptura onde também se viu obrigado a permitir a entrada dos MASC/ MESC em sua configuração institucional. Muito por força da legislação recente e da mudança crescente de mentalidade, opera-se gradualmente uma mudança de atitude como percebe Antônio Alberto Machado (2009, p. 232):

As possibilidades de mudança social por intermédio do direito, ou seja, pelo uso do direito como instrumento de transformação e de democracia, são bastante escassas. [...] o direito e os tribunais sempre foram mecanismos de conservação da ordem. Mas, se houver alguma possibilidade de fazer o direito atuar como instrumento de mudança (e parece que há) isso somente será viável se houver também uma mudança na mentalidade daqueles que o interpretam e aplicam.

Por força da inovação que se impõe, algumas esferas de poder, como é o caso do judiciário, relutam em ceder espaço a instrumentos que permitam solucionar conflitos sem intervenção de terceiros, ainda que estes venham a contribuir para uma prestação estatal mais adequada. Com efeito, em algumas instâncias observa-se desmedida resistência dos operadores jurídicos relativamente à compreensão do lugar dos MASC/ MESC no sistema de justiça como relata Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 96):

A falta de percepção de que os chamados “meios alternativos de solução de conflitos” constituem fundamentalmente um conjunto de instrumentos à disposição do próprio Judiciário, para a correta organização do “acesso à justiça”, como ocorre em vários países do chamado Primeiro Mundo, como

nos Estados Unidos da América, no Japão e em outros, tem gerado entre os nossos operadores do direito o preconceito e até mesmo a reticência à mediação, à conciliação e à arbitragem.

Felizmente, por outro lado e concomitantemente, tem-se também um amadurecimento intelectual das instituições, que possibilita travar a quebra de prestígio e alavancar a confiança institucional perdida. Hoje, mais que em qualquer outro momento do passado recente, existe uma enorme abertura para repensar os instrumentos para fazer justiça. Revivescidas formas de intermediação social passam a incorporar os mecanismos formais de jurisdição.

### 3.2 ANÁLISE JURIMÉTRICA

Jurimetria é a utilização da estatística aplicada ao direito. A estatística serve ao direito como meio de compreender melhor a sua dinâmica e complexidade - ora usando de dados colhidos no passado para que se possa prever o futuro; ora, através de modelos, buscar prever qual a probabilidade de ocorrência de determinado fenômeno, seja para buscar evitá-lo ou mensurar qual será a sua consequência (CNJ, 2019, p. 35).

Pesquisas recentes em jurimetria têm contribuído para compreender o panorama da justiça no país, assim como indicam caminhos para melhoria dos serviços ofertados pelo Estado no quesito jurisdição. Estes dados são relevantes na medida em que oferecem um retrato objetivo da situação que desnuda qualquer ideia pré-concebida que os operadores da justiça porventura teriam, refletindo as reais aspirações da sociedade em relação à forma como os cidadãos esperam ver a jurisdição desempenhada (CNJ, 2019, p. 35).

Em dezembro de 2019, a Fundação Getúlio Vargas lançou estudo elaborado sob encomenda da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), denominado "Estudo da Imagem do Judiciário Brasileiro"<sup>12</sup>, o qual afirma que 52% dos brasileiros (somados os defensores públicos, os advogados e a sociedade civil) confiam no Judiciário, em oposição aos outros poderes da república: a Presidência é considerada confiável por 34%

---

<sup>12</sup> Pesquisa realizada de agosto de 2018 a outubro de 2019, ouvindo mais de 2.500 pessoas, entre advogados, defensores públicos e cidadãos. Entre as demais instituições pesquisadas, o índice de confiança alcançado foi empresas privadas 56%; movimentos sociais 49%; sindicatos 35%; partidos políticos 14%. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/estudo-imagem-judiciario-brasileiro.pdf>>. Acesso: 03 dezembro de 2019.

da população, e o Congresso Nacional, pontuado em 19%. O dado é animador, no entanto, quando esmiuçado, observa-se que somente 21% da sociedade civil considera a atuação do Judiciário boa ou ótima<sup>13</sup>, expondo uma fratura da qual já se suspeitava.

Quando perguntados sobre qual poder cumpre melhor o seu papel, a amostragem referente à sociedade avaliou o Judiciário em somente 33%. Esse dado é tanto mais importante quando se constata entre os principais motivos pelos quais as pessoas acionam o judiciário, a maioria (54%) ter respondido buscar a garantia do cumprimento de direitos previstos na legislação. É possível aduzir a partir destes dados que o retorno dado pelo judiciário não é suficientemente satisfatório.

Outro dado importante colhido nessa pesquisa refere-se às razões que mais desmotivam as pessoas a procurarem a justiça, 64% da sociedade apontou o fato da justiça ser muito lenta e burocrática. Em evento dedicado à apresentação dos resultados, o ministro Salomão afirmou que os dados mostram que é preciso combater a morosidade da Justiça, ressaltando que a percepção dessa lentidão não vem de hoje. Essa conclusão vem somar aos argumentos dos que reivindicam uma reforma do sistema de justiça.

Ainda, o mesmo estudo registra ter sido a OAB eleita como a instituição mais confiável da sociedade civil com pontuação de 66%<sup>14</sup>. Tal dado é de enorme relevância tendo em conta que o advogado é a primeira porta de contato, por regra, do cliente com os meios autocompositivos, pelo menos até que as câmaras de mediação se estabeleçam como meio alternativo e se popularizem. A advocacia representa, pois, instrumento privilegiado de disseminação de toda uma nova cultura que fomentará o diálogo e a construção de consensos em oposição à litigância contumaz.

Bom lembrar que nos termos da lei (artigo 334 do novo CPC)<sup>15</sup>, na audiência de mediação ou conciliação as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou

---

<sup>13</sup> Os defensores públicos são os maiores entusiastas da atuação dos Poderes: 35% deles consideram a atuação do Judiciário boa ou ótima (contra 22% dos advogados e 21% da sociedade em geral), 57% a avaliam regular (em comparação com 45% dos advogados e 41% da sociedade em geral), e 6% opinam que ela é ruim ou péssima (contra 32% dos advogados e 35% da sociedade em geral).

<sup>14</sup> Fonte: OAB está entre as instituições com maiores índices de confiança da sociedade. Disponível em: <[https://www.oab.org.br/noticia/57800/oab-esta-entre-as-instituicoes-com-maiores-indices-de-confianca-da](https://www.oab.org.br/noticia/57800/oab-esta-entre-as-instituicoes-com-maiores-indices-de-confianca-da-sociedade?fbclid=IwAR3tiU7cFsyKG8QaMhUccdVJ4AAj1bsCM2xSYHJYLcndPYK1KEnFtbssexE)

sociedade?fbclid=IwAR3tiU7cFsyKG8QaMhUccdVJ4AAj1bsCM2xSYHJYLcndPYK1KEnFtbssexE>.  
<sup>15</sup> 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.

[...]§ 9º As partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou defensores públicos.

§ 10. A parte poderá constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir.

§ 11. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença.

defensores públicos (§ 9º). Também, a parte poderá, por meio de procuração específica, constituir representante com poderes para negociar e transigir. A autocomposição obtida será reduzida a termo e homologada por sentença (§10º e §11º). Por tudo isto, revela-se extremamente importante os advogados estarem informados sobre os MASC/ MESC, não só para instruírem seus clientes sobre esta possibilidade mas também para que cooperem se comportando adequadamente nas sessões em que assistem seus clientes, já que é uma sistemática diversa da audiência em sede forense. Como refere André Gomma de Azevedo (2016, p. 250) no Manual de Mediação Judicial: “bons advogados são muito importantes para a mediação na medida em que apresentam propostas que as partes não vislumbrariam sozinhas e trazem a segurança de que a parte não está, inadvertidamente, abrindo mão de seus direitos”.

Para tanto tem importado as iniciativas tomadas pela OAB, através das suas Comissões Especiais de Mediação, para esclarecimento da classe via cursos, palestras e outros eventos, haja vista que as grades curriculares dos cursos de Direito não integravam qualquer disciplinas relacionada a meios autocompositivos. Pelo contrário, os cursos historicamente têm sido construídos para lidar com a litigância, por isso subsiste ainda grande desconhecimento por parte dos advogados e da sociedade, e, até mesmo uma certa aversão exprimida em resistência “[...] de ordens diversas, muitas delas decorrentes do desconhecimento do processo de mediação”. Por esse motivo, “[...] a população, de modo geral, ainda costuma delegar aos operadores do Direito as decisões de seus conflitos, situação oposta à da mediação” (MÜLLER; BEIRAS; CRUZ, 2007, p. 196-209).

A situação irá mudar por força da resolução CNE/CES 5/18, oriunda do parecer 635/18, homologado pela portaria 1.351/18 do MEC<sup>16</sup>. A partir de 2019 a conciliação, a mediação e a arbitragem são disciplinas obrigatórias dos Cursos de Graduação em Direito em todo o país, em resposta aos pedidos do CNJ e da OAB. Consta da mencionada resolução, em seu artigo 4º: “ o curso de graduação em Direito deverá possibilitar a formação profissional que revele, pelo menos, as competências cognitivas, instrumentais e interpessoais, que capacitem o graduando a: [...] VI - desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de Conflitos”.

---

<sup>16</sup> Disponível em:

[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category\\_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192)

As universidades passam a ter que incluir a formação técnico-jurídica e prática jurídica de resolução consensual de conflitos. O parágrafo 6º do artigo 6º obriga à: “regulamentação e o planejamento das atividades de prática jurídica incluirão práticas de resolução consensual de conflitos [...]”. As instituições têm o prazo de dois anos para se adaptarem.

Entretanto, esse sentimento de desconfiança para com o sistema de justiça tem sido estudado e avaliado continuamente pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). O Centro de Pesquisa Jurídica Aplicada da DIREITO SP criou o Índice de Confiança na Justiça (ICJ)<sup>17</sup> que tem como objetivo acompanhar o sentimento da população brasileira sobre o Judiciário. Os dados coletados no primeiro semestre de 2017 (Relatório ICJBrasil, p. 6), revelam uma queda da confiança na Justiça e conclui o seguinte:

Os dados de 2017 revelam uma piora na avaliação do Judiciário por parte da população brasileira, tendo em vista que, em comparação com o ano passado, todos os indicadores caíram: em 2016, o ICJBrasil era de 4,9. O subíndice de percepção teve uma queda acentuada, caiu de 3,4 para 2,8 pontos. O subíndice de comportamento também diminuiu, passando de 8,6 para 8,4 pontos.

Obstante esses resultados seguirem uma tendência de anos anteriores, os pesquisadores constataram que “apesar de avaliarem mal o Judiciário, os entrevistados têm alto grau de disposição para resolverem seus conflitos na Justiça” (Relatório ICJ Brasil, p. 7). Outro dado relevante é que a quebra de confiança nas instituições é generalizada, sendo que o Judiciário ainda é um dos poderes melhor avaliado (Relatório ICJ Brasil, p. 13).

Pertinente, ainda, apresentar os dados da pesquisa “Mediação e Conciliação avaliadas empiricamente: jurimetria para proposição de ações eficientes”<sup>18</sup> realizada pelo grupo de pesquisa Habeas Data – Centro de Estudo e Pesquisas em Jurimetria, que venceu o edital da série “Justiça Pesquisa” do CNJ, a qual foi apresentada em 2019. Por cerca de 10 meses, a partir de um banco de dados com 160 milhões de documentos, pesquisadores

---

<sup>17</sup> O ICJBrasil é composto por dois subíndices, um subíndice de percepção, pelo qual é medida a opinião da população sobre o funcionamento do Judiciário enquanto prestador de serviço público e um subíndice de comportamento, por meio do qual identifica-se a atitude da população com relação à procura pelo Judiciário para solucionar determinados serviços. Possui uma amostra de 1550 entrevistados, distribuídos em oito estados do país: Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Bahia, Rio de Janeiro, São Paulo e Distrito Federal, que juntos representam aproximadamente 60% da população brasileira, segundo dados do Censo de 2000 do IBGE.

<sup>18</sup> Disponível em: < <https://www.cnj.jus.br> > pesquisas-judiciarias > sumarioexecutivo\_usp>. Acesso em: 11 de novembro de 2019.

da Faculdade de Economia e Administração da USP (campus Ribeirão Preto/SP) conseguiram traçar um quadro atualizado da mediação e da conciliação no país. O estudo foi realizado com técnicas de *process mining*, comum na área de engenharia, agora aplicado aos processos judiciais. Os pesquisadores fizeram ainda entrevistas com juízes, servidores e conciliadores/ mediadores, bem como receberam respostas de advogados a questionários. Foi então uma pesquisa quantitativa e qualitativa (CNJ, 2019).

Um dos dados mais relevantes verifica que os procedimentos administrativos, ou seja, meramente burocráticos, chegam a representar 50% do andamento de um processo. Ademais, os pesquisadores comprovaram que, de fato, nos casos de mediação ou conciliação, o tempo de tramitação do processo cai pela metade. Ao final do relatório “Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente” (p. 179), os pesquisadores sugerem como política judiciária, a necessidade de alteração cultural: de uma cultura da beligerância para uma cultura da pacificação.

Para melhor alcançar esse objetivo propõem a organização de campanhas de fortalecimento da mediação e conciliação (p.182); a inclusão de disciplinas obrigatórias sobre mediação e conciliação nos cursos universitários de direito (p. 183); o desenvolvimento de programas de extensão com foco na mediação e conciliação em escolas de ensino fundamental e ensino médio sobre o tema (p. 183); a organização de campanhas conjuntas com a OAB e cursos de atualização e/ou especialização em conjunto com a OAB e universidades parceiras sobre o tema, valorizando a disseminação de experiências positivas de advogados com a mediação e conciliação e dos resultados para os jurisdicionados e também para os advogados (p. 183).

Tais resultados vêm reforçar a necessidade de envidar ações concretas que podem contribuir para a eficácia e a efetividade dos meios consensuais de resolução de conflitos, ampliando o acesso à Justiça e a implantação de práticas de gestão preventiva de conflitos. Pois acesso à justiça não se trata somente de acesso ao judiciário.

Conforme confirma Azevedo (2012), o acesso à justiça está mais ligado à satisfação do jurisdicionado com o resultado final do processo de resolução do conflito do que com o mero acesso ao poder judiciário, sua preocupação não diz respeito à relação jurídica processual nem tampouco ao ordenamento jurídico material aplicado ao caso concreto.



### 3.3 INTERFACES DA MEDIAÇÃO COM O PROCESSO JUDICIAL

A busca por meios mais adequados para resolução de certos conflitos intensificou-se na última metade do século XX, aqui e alhures, em razão da crise do poder judiciário em ser capaz de dar uma resposta rápida e eficiente aos litígios que lhe eram encaminhados.

Mauro Cappelletti descreveu três vias para aceder à justiça, denominadas “ondas de acesso à justiça”. A primeira procurou facilitar o acesso aos tribunais pela população mais carente. Refere-se à assistência judiciária gratuita. A segunda onda promoveu a defesa dos direitos difusos e coletivos. Tendo em vista que a assistência individual estaria garantida, caberia proteger os direitos de interesse dos grupos mais expostos socialmente. A terceira e mais recente onda objetivou ampliar para formas de justiça paralelas que atuassem na resolução de conflitos, visando a promoção de uma cultura de pacificação. Cappelletti (2008, p. 389-390) interpreta as reformas ocorridas do seguinte modo:

Essas ondas de reformas se traduzem em múltiplas tentativas tendentes a obter fins diversos, mas conectados entre eles por diferentes modos. Dentre estes fins surgem: a) o de adotar procedimentos acessíveis mais simples e racionais, mais econômicos, eficientes e especializados para certos tipos de controvérsias; b) o de promover e fazer acessível um tipo de justiça que, em outro lugar, definimos como ‘coexistencial’ quer dizer, baseada sobre a conciliação e mediação e sobre critérios de equidade social distributiva, onde seja importante ‘manter’ situações complexas e duradouras de relações entre indivíduos e grupos, em lugar de trancer uma relação isolada, com rígidos critérios jurídicos de ‘razão’ e ‘sem razão’ essencialmente dirigidos ao passo; c) o de submeter a atividade pública a formas frequentemente novas e de qualquer maneira mais acessíveis e quanto mais descentralizadas e ‘participatórias’, com a participação, em particular, de membros daqueles mesmos grupos sociais e comunidades que estejam diretamente interessados na situação ou controvérsia em questão, e que são, particularmente, conscientes desta situação ou controvérsia.

O doutrinador coordenou vasta pesquisa internacional sobre a crise judiciária, obtendo resultados de pesquisadores de diferentes países, os quais demonstraram a necessidade de reforma do acesso à justiça, ampliando-o além da justiça gratuita e da proteção aos direitos difusos, para abarcar em seu bojo a possibilidade de solucionar conflitos por outros meios. Os resultados publicados em 1978 vieram embasar movimentos por reformas que clamavam por mais autonomia e menos intervenção do Estado.

Nesse contexto, a mediação começa a conversar com o processo judicial a partir da crise do judiciário. O estado de bem-estar social que permitiu o acesso de todos à jurisdição estatal mostrou-se “incapaz de sozinho solucionar as controvérsias sociais que surgem no seu bojo, daí a necessidade de modelos que promovessem ou ampliassem o acesso à justiça” (PEREIRA; SANTOS, 2016, p. 159). Bolzan de Moraes (1999, p. 146) retrata a crise do processo e explica como a mediação pode colmatar algumas necessidades:

A verdade formal que emerge do processo, das provas e da capacidade das partes de produzi-las, retrata um sistema tradicional de solução de conflitos que necessita de socorro. Na jurisdição tradicional, o Estado-juiz enquanto definidor dos direitos das partes, detentor do poder de estabelecer o melhor direito, decorre e depende que o litígio siga até o seu final. As partes, em regra, “ganham” e/ou “perdem”; o julgador decide quem tem o melhor direito e assim define. Ao contrário, na mediação, as partes constituem, com o auxílio dos mediadores, um mecanismo capaz de gerir seus próprios conflitos.

Esta visão segue reforçada na concepção de Águida Barbosa, onde o grande mérito da mediação repousa na superação do pensamento binário característico do processo judicial, substituindo-o pelo pensamento ternário (2006, p. 35), assim esclarecendo sobre os conceitos:

O sistema jurídico também é de linguagem binária, pois, a atividade de julgar só apresenta uma alternativa, culpado ou inocente, procedente ou improcedente, excluindo a terceira solução, ou seja, regida e pela escola clássica, que contempla o terceiro excluído, que caracteriza a relação binária. O pensamento ternário é próprio do mundo oriental, por influência da cultura, da religião, dos usos e costumes. Admite a criatividade humana, que é infinita, portanto, abre-se a possibilidade de muitas alternativas, para uma determinada situação, de acordo com os recursos pessoais dos protagonistas. A superioridade do pensamento ternário é evidente, pois, muito mais afeito à atividade humana. Portanto, seu exercício humaniza o homem. Já no processo de mediação, de regra, há compreensão recíproca das questões de cada um, o que faz com que haja perenidade no avençado. Ainda que na sessão de mediação, por vezes, não se consiga de imediato que as partes confluam numa mesma direção, percebe-se que em resultado deste encontro nasce uma maior probabilidade de os mediados realizarem um acordo no futuro. Inclusive até aceitação melhor de uma sentença (sem recorrer).

Como destacado pela autora, entre os vários pontos de contato das abordagens autocompositivas, a busca pela resolução do conflito anterior à disputa particular através dos recursos pessoais de cada um envolvido na relação acaba por mostrar-se mais humanizado e efetivo. Trata-se de uma concepção amadurecida pela prática jurídica face

ao malogro da pretensa justiça realizada na sentença judicial, que, por norma, elenca um ganhador e um perdedor, sem resolver plenamente o conflito.

Como a relação entre as partes é colaborativa e a solução é construída por todos os envolvidos, o sistema judicial, por extensão, sai mais legitimado do processo. Uma justiça apropriada às necessidades e interesses é melhor aceita e seguida de forma mais comprometida. Por isso Crespo (2012, p. 45-46) conclui:

Ao dar aos cidadãos a capacidade de se envolverem, com participação significativa, no processo de resolução de conflitos na esfera privada, eles terão a possibilidade de adquirir as competências necessárias para participar tanto da resolução de conflitos na área privada quanto na área pública. Além disso, ao trazer os cidadãos para um contato mais próximo e mais significativo com o processo judicial, a postura desses cidadãos em relação à lei poderá passar de uma atitude depreciativa para uma atitude de apoio.

De sorte que o modelo de mediação judicial que se construiu no Brasil foi desenhado para se encaixar na moldura institucional pré-existente, constituindo-se numa etapa do processo judicial, ou de um acordo que o judiciário ratifica. Ada Pellegrini Grinover (1988, p. 195) identificou dois tipos de “deformalização”: uma processual e outra de solução de controvérsias. Por um lado, procurou maior informalidade de procedimentos por razões de economicidade e celeridade, alargando o acesso à prestação jurisdicional, caso dos Juizados Especiais das técnicas processuais introduzidas para dar efetividade aos ritos. Por outro, buscou alternativas diversas da jurisdição oficial que afastem a necessidade de recorrer ao judiciário, casos dos MASC.

A exposição de motivos do novo CPC<sup>19</sup> reflete essa preocupação do legislador em incorporar a autocomposição como parte do processo. Pretendeu-se converter o processo em instrumento incluído no contexto social em que produzirá efeito o seu resultado. Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação ou da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por elas criada e não imposta pelo juiz.

Há ainda a previsão de uma audiência de mediação e conciliação prévia obrigatória para o procedimento comum, o que demonstra a inclusão dos meios autocompositivos como norma cogente. Então, pode-se afirmar que a mediação tal como foi conceituada pelo Estado estabeleceu um novo elemento no processo: caso inexitosa,

---

<sup>19</sup> Exposição de Motivos Novo CPC, 2010 p.09

inaugura a clássica fase processual de conhecimento; caso reste exitosa é terminativa e auto executável, com valor equivalente a sentença judicial, desde que homologada pelo judiciário.

As inovações introduzidas pelo CPC de 2015 naturalmente introduziram importantes alterações ao direito processual, obrigando os operadores do direito a adaptarem-se ao novo modelo de jurisdição. André Gomma de Azevedo (2016, p. 256) define essa transição do processo clássico para o processo autocompositivo do seguinte modo:

Nesse sentido, claramente nota-se a transição de um sistema público de resolução de disputas em que as normas processuais seriam os principais fatores estruturantes – como a espinha dorsal é para o corpo humano – para um novo sistema em que a efetiva solução dos conflitos, como estes são vistos pelo jurisdicionado, passa a ser um dos principais fatores estruturantes. Nesse modelo, as normas processuais são instrumentos para o alcance ou a realização dessas soluções. Dessa forma, o foco na efetiva solução de conflitos sob o prisma do usuário constitui a espinha dorsal de todo sistema (pluri)processual – sem isso não se mostra possível permanecer ereto.

Portanto, mudam-se as regras e esperam-se novas atitudes. Como toda a mudança de monta levará algum tempo para os atores envolvidos numa relação processual compreendam devidamente os seus papéis.

### **3.4 PLURALISMO JURÍDICO**

Atualmente, como visto, vivenciamos a chamada terceira onda de acesso à justiça (GARTH; CAPELLETTI, 2002, p. 39), cujo novo enfoque é torná-la mais simples e acessível. Trata-se da reforma interna do processo, buscando desafogar o aparelho estatal e ainda assim proporcionar a exequibilidade dos direitos sociais. Para tanto o Estado passa a abrigar meios diversos da jurisdição estatal e mais próximos do cidadão que resolvem os conflitos de forma mais pacífica. O fato é que gradualmente amplia-se a consciência sobre os limites do poder regulador do Estado.

Nesse cenário, o Estado também sofreu “verdadeira metamorfose” em sua função reguladora como resultado da progressão do neoliberalismo, das atribuladas flutuações econômico-financeiras experimentadas no período, além da crescente descrença nas instituições como guardiãs dos direitos consagrados na Carta Magna de 1988. As crises atuais do Estado-Nação “desafiam a autossuficiência dos sistemas, põem em xeque as

prioridades estabelecidas e exigem novas estratégias e novas formas de ação sistêmica” (FARIA, 2011, p. 31).

Por isso, como referem Oliveira Júnior e Rocha de Souza (2016, p. 86): “o aumento da complexidade social, o avanço da ciência, a crise de modelos de Estado hoje presentes e a mutação dos valores têm tornado difícil não só a conceituação mas a implementação da cidadania”. Assim, registrou-se uma quebra de confiança nas instituições como salvaguarda de direitos e garantias constitucionais.

Paradoxalmente, a partir da década de setenta, a par e passo com a crescente liberalidade estatal ocorreram reivindicações de movimentos sociais orientadas por um novo conjunto de valores definidos como individuação e autonomia, em oposição ao direito positivado e ao monopólio do Estado como regulador da sociedade e da economia. Manuel Castells (2017, p. 20) expressa bem essa constante interação:

[...]parto da premissa de que as relações de poder são constitutivas da sociedade porque aqueles que detêm o poder constroem as instituições segundo seus valores e interesses. O poder é exercido por meio da coerção e/ou pela construção de significado na mente das pessoas, mediante mecanismos de manipulação simbólica. (...) Onde há poder há também contra poder - que considero a capacidade de os atores sociais desafiarem o poder embutido nas instituições da sociedade com o objetivo de reivindicar a representação de seus próprios valores e interesses.

Os novos modos de produção e circulação de pessoas, bens e mercadorias moldaram um novo modelo de sociedade. O espaço jurídico tornou-se global pois que “aos processos de globalização se acompanha uma gradual transformação não apenas das estruturas da política, mas também dos aparatos normativos” (ZOLO, 2010, p. 70). Como tal, o direito procurou adequar-se à nova dinâmica econômica e aos anseios sociais contemporâneos.

Nesse viés, alargou seu âmbito de influência e regência da esfera estritamente estatal, como um conjunto de normas imposto pelas autoridades do Estado, sistema esse cada vez mais carente de aplicação, para um direito mais flexível, específico e consensual, onde a vontade dos envolvidos é levada em conta. Como aponta Manuel Atienza (2013, p. 50-51) “não se trata de dizer que o Direito deixou de ser um fenômeno estatal, mas sim assumir que a juridicidade não se esgota nesse âmbito. Existe também uma juridicidade supraestatal (e infraestatal) cujo peso tende a ser cada vez maior.

Além disso, o autor menciona que, com a globalização, apareceu um novo tipo de Direito – o *soft law*. Isso pode ser observado na tendência de se privilegiar mecanismos

de resolução de conflitos como a mediação ou a arbitragem. Mecanismos esses que não parecem ter um caráter impositivo, pois pressupõem a aceitação pelas partes. E muitas normas de conduta, que contêm *soft law*, tratariam de orientar o comportamento de maneira flexível, sem a pretensão de se imporem coercitivamente. Assim, elementos de direito privado como a negociação ou a noção de interesse particular desempenham hoje um papel no direito público (ATIENZA, 2013, p. 43-44).

Face ao exposto, apresenta-se como uma das características mais marcantes da globalização jurídica a privatização do direito, acompanhada de uma crescente importância da autonomia das partes para decidir os termos da relação ou do acordo. Esta relativa perda do monopólio da lei por parte do Estado, obrigado a ceder na sua jurisdição a outros mecanismos de juridicidade e resolução de conflitos, figura-se como resultado das intensas transformações econômicas e políticas decorrentes da globalização do direito. A perda de força do Estado como centro do direito positivo instiga a mudanças estruturais que desaguam no pluralismo jurídico.

De fato, observa-se já desde há algum tempo a sobrecarga do Poder Judiciário em face do continuado aumento da demanda judicial resultante do garantismo constitucional. Nesse contexto foram criados novos instrumentos para o atendimento dos anseios sociais, tais como os meios alternativos de resolução de conflitos.

Pela perda de força do Estado como centro do direito positivo foram criadas as condições que proporcionaram o advento de novas formas de resolução de conflitos paraestatais como a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Uma vez assumido que o Estado não tem pulso para abarcar a complexidade do todo, reinventa-se, o que conforme José Eduardo Faria (2011, p. 62-63):

[...] exigiu uma revisão das políticas legislativas tradicionais e uma revisão das fontes formais de direito, pois implicou um drástico enxugamento do ordenamento jurídico e o subsequente estímulo à sociedade para que desenvolvesse nos espaços desregulamentados formas e mecanismos de autocomposição de interesses.

Assim, o poder judiciário brasileiro, a partir da prerrogativa do monopólio estatal sobre a resolução de conflitos, incorporou no ordenamento jurídico mais uma ferramenta de pacificação social, a qual veio agregar ao sistema pluriprocessual que vem sendo erigido, conforme aponta Azevedo (2016, p. 26):

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

Com efeito, o Estado estrategicamente agiu para, segundo Faria (2011, p. 63), “propiciar aos diferentes atores sociais e econômicos condições para que possam discutir entre si e tentar definir, de modo consensual, o conteúdo das normas”. Dessa forma, o Estado rendeu-se ao pluralismo jurídico, buscando incorporar o mecanismo alternativo de resolução de conflitos definido como mediação em sua configuração institucional, nomeadamente no poder judiciário e em vários órgãos da administração pública, como meio de solucionar demandas entre cidadãos e entre estes e a administração pública.

#### 4 PROCESSO DE MEDIAÇÃO JUDICIAL

Todo Estado carrega em si uma proposta de civilidade. O Brasil não é diferente. Nessa esteira, a mediação apresenta-se no meio judicial como alternativa mais democrática para a pacificação social. O modelo brasileiro de mediação judicial criado pelo CNJ é fruto de um longo processo de amadurecimento institucional. Com efeito, não brotou de geração espontânea<sup>20</sup>, gerou-se a partir de um amplo movimento internacional, pós Segunda Grande Guerra, pela procura de mecanismos alternativos para a resolução dos problemas inerentes às mais variadas esferas da vida, desde as relações de consumo às relações familiares. O fenômeno é universal e trespassa tanto a *common law* como a *civil law* (LEITE, 2018).

A mediação judicial, a par com a conciliação, é uma política pública adotada pelo CNJ desde 2006, com a implantação do Movimento pela Conciliação em agosto daquele ano. Anualmente, o Conselho promove as Semanas Nacionais pela Conciliação, quando os tribunais são incentivados a juntar as partes e promover acordos nas fases pré-processual e processual.

A Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), afirmou-se como importante marco não só para a implantação da política pública judiciária, mas também para incentivar o desenvolvimento da mediação como um todo no país. Na verdade tratou-se de um primeiro passo para a implementação da Justiça Multiportas no país, como afirmam Cabral e Calmon (2018, p. 68-69):

[...] a concepção de Justiça Multiportas foi introduzida no sistema brasileiro pelo Conselho Nacional de Justiça, que, atento à necessidade de implementação de meios adequados de resolução de conflitos como forma de melhorar a justiça brasileira, editou em 29.11.2010 a Resolução nº 125/10, que trata da Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Na sequência deste pontapé inicial deslanchou a Lei de Mediação e os dispositivos no CPC a ela relacionados. Por intermédio da resolução foram criados os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e os Núcleos Permanentes

---

<sup>20</sup> Conceito da Biologia nominado abiogênese, o qual segundo o dicionário Michaelis é: Hipótese (contestada cientificamente) segundo a qual os seres vivos seriam originários, contínua e espontaneamente, de matéria não viva; autogênese, geração espontânea. Disponível na Internet: <http://michaelis.uol.com.br/busca?id=Qj3>. Acesso em: 15.03.2019



de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC), que visam fortalecer e estruturar unidades destinadas ao atendimento dos casos de mediação e conciliação.

Dessarte, paralelamente ao aparato legislativo que dá sustentação à mediação judicial há um grande investimento na formação de mediadores qualificados segundo os princípios e valores que regem a atividade. São esses profissionais cada vez mais experientes no manuseio das ferramentas e gradualmente melhor dotados da sensibilidade e objetividade requeridos para o exercício do mister que difundem as boas práticas. Disso damos conta adiante.

#### **4.1 ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

No âmbito judicial brasileiro tem-se um primeiro registro sobre mediação intimamente ligado “ao movimento de acesso à justiça iniciado ainda na década de 70. Nesse período, clamava-se por alterações sistêmicas que fizessem com que o acesso à justiça fosse melhor na perspectiva do próprio jurisdicionado” (AZEVEDO, 2016, p. 26).

Todavia, a mediação judicial no Brasil somente surge como conquista formal em 2010, através da já mencionada Resolução nº 125 do CNJ, a qual instituiu a Política Pública de Tratamento Adequado de Conflitos de Interesses. Logo no capítulo I<sup>21</sup> são nos apresentados os objetivos da política como uma prioridade para o CNJ. O alcance esperado fica patente no texto do artigo 1º: “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade”.

Conforme informações disponibilizadas pelo CNJ em seu *site*<sup>22</sup> a política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos “está estruturada na forma de um tripé”:

---

<sup>21</sup> 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. Parágrafo único. Aos órgãos judiciários incumbe, além da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Art. 2º Na implementação da Política Judiciária Nacional, com vista à boa qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, serão observados: centralização das estruturas judiciárias, adequada formação e treinamento de servidores, conciliadores e mediadores, bem como acompanhamento estatístico específico.

Art. 3º O CNJ auxiliará os tribunais na organização dos serviços mencionados no art. 1º, podendo ser firmadas parcerias com entidades públicas e privadas.

<sup>22</sup> <https://www.cnj.jus.br/como-esta-estruturada-a-politica-judiciaria-nacional-de-tratamento-adequado-de-conflitos/>

[...] no ápice está o CNJ, com algumas atribuições de caráter geral e nacional; abaixo dele estão os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMECs) de cada tribunal, responsáveis pelo desenvolvimento da Política Pública nos Estados e pela instalação e fiscalização dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs); os CEJUSCs são as “células” de funcionamento da Política Pública, nas quais atuam os grandes responsáveis pelo seu sucesso, suas “peças-chave”, que são os conciliadores, mediadores e demais facilitadores de solução de conflitos, bem como os servidores do Judiciário, aos quais cabe a triagem dos casos e a prestação de informação e orientação aos jurisdicionados para garantia do legítimo direito ao acesso à ordem jurídica justa.

As RADs (Resolução Adequada de Disputas) dispostas na resolução foram, entretanto, importadas pelo novo Código de Processo Civil de 2015, e pormenorizadas na Lei 13.140 de 2015, conhecida como a Lei da Mediação. Ademais, o novo Código de Processo Civil reforçou sua aplicação instituindo algumas regras processuais e procedimentais adicionais para que passasse a vigorar de ora em diante como prática obrigatória em todos os tribunais. Por estes meios foi criado o modelo de mediação judicial para traduzir a política pública de garantia de acesso à justiça, em tempo razoável, e com garantia do respeito aos princípios e valores constitucionais.

A resolução possuiu o grande méritos de alavancar e dar ferramentas para permitir o nascimento de uma política de pacificação dentro do Judiciário. Ainda que se possa criticar o fato de se limitar a uma política apenas no âmbito do poder judiciário, inevitavelmente vinculada à noção de monopólio da jurisdição estatal. Essa crítica advém da constatação de que os meios autocompositivos existem para servir ao processo, como Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 96) observa:

Avulta, nesse último enfoque, a importância da análise da mediação em suas relações com o Poder Judiciário. E uma das questões mais interessantes que se apresentam à ribalta é exatamente a concernente à ligação entre mediação e processo: ou seja, de uma mediação voltada para o processo, destinada a eliminá-lo ou encurtá-lo, colocada a serviço do processo: o que chamamos de mediação paraprocessual (para = ao lado de, elemento acessório ou subsidiário).

Se por um lado almeja o tratamento adequado dos conflitos; por outro, contingenciou o uso da mediação/conciliação aos processos judiciais, e não como meios autonomamente considerados, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, por exemplo. Lá, conforme ensina Mariana Crespo (2012, p. 18) “os casos são encaminhados para o fórum mais adequado de resolução de acordo com as especificidades de cada

disputa. [...] os conflitos podem ser resolvidos em fóruns nos quais as partes são mais ativamente participativas”. O judiciário funciona inicialmente só como mera porta de entrada.

Por esse motivo, os meios alternativos de solução de conflitos não são ainda propriamente institucionalizados no Brasil, como portas disponíveis ao mesmo nível que o Poder Judiciário. Grinover (2012, p. 96) alerta para os perigos do regime adotado pelo CNJ:

A falta de percepção de que os chamados “meios alternativos de solução de conflitos” constituem fundamentalmente um conjunto de instrumentos à disposição do próprio Judiciário, para a correta organização do “acesso à justiça”, como ocorre em vários países do chamado Primeiro Mundo, como nos Estados Unidos da América, no Japão e em outros, tem gerado entre os nossos operadores do direito o preconceito e até mesmo a reticência à mediação, à conciliação e à arbitragem.

Razão pela qual não é possível estabelecer que existem reais Tribunais Multiportas por aqui, pois falta obrigatoriedade nos procedimentos de triagem, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos e Japão, deixando completamente às partes a decisão sobre qual porta será utilizada.

Como vemos, o sistema tupiniquim adotou a alternatividade e não a adequação como critério de escolha. O novo Código de Processo Civil<sup>23</sup> ainda que não conceba “a superioridade da justiça estatal em relação aos demais meios de solução de controvérsias” (DIDIER JR; ZANETI JR, 2018, p. 39) estabelece no artigo 334 que as partes serão citadas para comparecerem à audiência de conciliação ou mediação, para depois, nos parágrafos 4º e 5º, do mesmo dispositivo, dispensar absolutamente os processos autocompositivos.

Deduz-se do referido dispositivo caber ao jurisdicionado decidir, a priori, se opta pela litigância ou pelo diálogo. Optou-se por dar primazia à voluntariedade na adesão ao procedimento autocompositivo. Tais prescrições desafiam o entendimento da doutrina,

---

<sup>23</sup> 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.

[...]

§ 4º A audiência não será realizada:

I - se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual;

II - quando não se admitir a autocomposição.

§ 5º O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição, e o réu deverá fazê-lo, por petição, apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência.

onde “a única relação que, num Estado de Direito, pode legitimamente existir é uma relação de adequação. A mediação e a conciliação serão modos legítimos de resolução de conflitos se forem os modos adequados de resolução desses conflitos” (COSTA E SILVA, 2009, p. 35).

De forma que o Estado promove a solução consensual dos conflitos conforme prescrição do art. 3º, §2º do novo CPC<sup>24</sup>, sempre que as partes o desejem e não como veículo orientador do meio mais apropriado, pois que ainda sujeito à adesão voluntária. De qualquer sorte já é um avanço frente à única via existente anteriormente. O progresso reflete-se na quebra do paradigma cultural, como identifica Kazuo Watanabe (2011) nos comentários à Resolução 125:

A incorporação dos meios alternativos de resolução de conflitos, em especial dos consensuais, ao instrumental à disposição do Judiciário para o desempenho de sua função de dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade, não somente reduziria a quantidade de sentenças, de recursos e de execuções, como também, o que é de fundamental importância para a transformação social com mudança de mentalidade, propiciaria uma solução mais adequada aos conflitos, com a consideração das peculiaridades e especificidades dos conflitos e das particularidades da pessoas neles envolvidas.

O trabalho desenvolvido pelo CNJ ao longo de muitos anos dispendo sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário providencia as bases para a aplicação da conciliação e a mediação judiciais hoje previstas no CPC de 2015 e pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015). Juntamente com a Resolução CNJ n. 125 formam o minissistema brasileiro de métodos autocompositivos de solução de conflitos.

Então, a heterocomposição não é mais a prioridade do Poder Judiciário. Como afirma Grinover (2012, p. 96): “[...] embora lentamente, a cultura do consenso começa a avançar, em contraposição à cultura do conflito. E a justiça conciliativa passa a ser vista como elemento integrante da própria política judiciária”. Em contraposição à ‘cultura da sentença’ procura-se instituir a autocomposição. Veremos seguidamente, como a institucionalização se rege pelas regras pré-estabelecidas em lei e demais aparatos normativos, de modo a conferir ao processo de mediação uma sincronia dos

---

<sup>24</sup> 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.

procedimentos e desenvolver atitudes adequadas que moldarão o padrão de qualidade de serviço prestado pelos CEJUSCs no plano nacional.

## 4.2 PRINCÍPIOS E VALORES

Os princípios norteiam a atividade não só dos mediadores mas de todos os atores envolvidos com a mediação. Efetivamente, além de conduzirem a elaboração das próprias normas, auxiliam na sua interpretação e aplicação, buscando ainda direcionar a conduta do mediador na operacionalização do processo quando há lacunas. Fernanda Tartuce corrobora afirmando: “É importante conhecer os princípios que norteiam a mediação porque durante sua realização eles precisarão ser expostos e aplicados para facilitar uma eficiente comunicação entre os envolvidos”.

Tratando-se a mediação de um processo informal, que objetiva ir além dos aspectos jurídicos para resgatar o bom relacionamento das partes, requer boas doses de criatividade para alcançar seus intentos. Para tanto, não basta o conhecimento das técnicas recomendadas, pois cada relacionamento guarda dificuldades e bloqueios particulares para os quais o mediador precisa criar caminhos que os desativem propiciando a harmonização da relação. Nesses momentos os princípios guiam a atuação para práticas adequadas ao espírito da mediação.

Assim, a concepção de Alexy (1997, p. 162) de que “o ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são mandados de otimização enquanto que as regras tem o caráter de mandados definitivos” constitui uma base sólida que serve bem à mediação. De fato, a situação fática com a qual o mediador se deparará no momento da mediação será condicionante para a escolha da estratégia de aplicação dos princípios, como já previsto pelo mesmo autor (ALEXY, 1997, p. 162):

E como mandados de otimização os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, conforme as possibilidades jurídicas e fáticas. Isto significa que podem ser satisfeitos em diferentes graus e que a medida da sua satisfação depende não apenas das possibilidades fáticas mas também das jurídicas, que estão determinadas não apenas por regras, mas também por princípios opostos.

Do exposto, resta também claro que por mais informal que o processo de mediação pretenda ser, não deverá afastar normas vigentes que induzam condutas pré-determinadas,

nem colidir com princípios consolidados para certas situações. Por exemplo, a aplicação dos princípios da mediação à guarda de menores deverá atentar para a procura pela solução que privilegie o instituto da guarda compartilhada para balizar o convívio entre pais e filhos, o qual assenta no princípio do melhor interesse da criança do direito de família. Trata-se portanto de um processo de integração que dialoga com outros princípios e valores.

Os princípios da mediação surgem num primeiro momento como parte da Resolução Nº 125 do CNJ, anexo III, art. 1º, através do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, o qual dispõe: “São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação”.

O Código de Processo Civil veio reforçar esses fundamentos no art. 166, caput, determinando que “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”.

Por seu turno, a lei especial que rege a mediação, Lei 13.140/2015, sedimentou em seu artigo 2º: “A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

Como se observa, houve preocupação do legislador em reafirmar continuamente os princípios fundamentais da atividade de mediação. Para um melhor entendimento da importância de cada um deles, seguidamente procuraremos esclarecer em que consistem os mais importantes destes, sem pretensão de esgotá-los, e qual sua importância no processo para que se atinja o mais nobre fim da mediação, qual seja, o resgate da paz interior. Destacam-se os seguintes princípios:

a) Confidencialidade

Como é sabido, na generalidade dos processos judiciais impera o princípio da publicidade. Porém, levando em consideração que o processo de mediação abarca, além da relação jurídica, os vínculos emocionais, não haveria como importar esse princípio para o instituto da mediação. A sessão de mediação é de cunho intimista, reservada por

natureza, busca criar o ambiente adequado (*rapport*<sup>25</sup>) para que os mediandos exponham seus interesses e necessidades. Nela se cria uma bolha segura para a exposição de sentimentos.

Deveras, a confidencialidade funciona para o processo de mediação como garantia essencial que irá oportunizar a abertura de corações e mentes para o diálogo. Implica ainda que tudo o que for dito e apresentado no âmbito da sessão de mediação não poderá constituir prova para um eventual uso futuro, caso a mediação reste inexitosa e o processo judicial prossiga. Por isso não se guarda registro do que é ali falado. Meramente se reduz a termo a conclusão. Para a homologação judicial só importa saber os pontos sobre os quais houve uma decisão consensuada e informada. Nada mais. Aliás, como atesta Peixoto (2018, p. 98), “a exigência de confidencialidade é um dos principais motivos pelos quais o juiz não pode atuar como mediador ou conciliador (para além da eventual falta de treinamento específico)”. Refere ainda o autor daí resultar também o risco do “juiz vir a ser influenciado caso não seja alcançado sucesso na negociação”, e, em razão disso, não manter a “imparcialidade tendo conhecimento de dados confidenciais, que não seriam revelados em um processo judicial no momento de proferir a sentença”.

A regra de confidencialidade estabelecida pelo artigo 14 da Lei de Mediação (13.140/2015)<sup>26</sup> prescreve ainda a necessidade de informar sobre o dever de sigilo desde o momento da primeira sessão, e em todas as oportunidades em que o mediador julgue necessário. Todas as partes envolvidas logo se apercebem do círculo protegido que a confidencialidade propicia. É o ambiente sigiloso que proporciona o abandono de posições jurídicas engessadas para abrir caminho ao diálogo. A partir desse momento a conversa flui de forma resguardada, permitindo que as partes expressem suas preocupações e necessidades.

A partir desse informe as resistências porventura existentes abrem espaço para a conversa descontraída e produtiva, em função da garantia de que nenhuma informação ali produzida poderá ser utilizada fora da sessão. Caso a mediação reste inexitosa, nada poderá ser utilizado em desfavor de nenhum envolvido no futuro processo judicial. Ademais, o dever de sigilo abarca não só as partes mas todos os envolvidos no processo

---

<sup>25</sup> Rapport é uma palavra de origem francesa que diz respeito a uma relação de empatia com o interlocutor. Portanto, trata-se de uma técnica que visa ganhar a confiança das partes, propondo um diálogo aberto e construtivo a fim de influenciar as partes a alcançarem a autocomposição.

<sup>26</sup> Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

de mediação, o que inclui mediadores, advogados, observadores, assessores técnicos, pressupostos, etc, na forma disciplinada pelo dispositivos do artigo 166, § 2º do CPC combinado com o artigo 30, § 1º da lei 13.140/2015<sup>27</sup>.

Contudo, há casos em que não se revela possível conciliar o dever de confidencialidade e o princípio da publicidade da Administração Pública. Com efeito, a publicidade é princípio constitucional selado no artigo 37, caput da CRFB, com reforço no artigo 93, inciso IX relativo ao Poder Judiciário, sedimentado no novo CPC de 2015 em seu artigo 8º<sup>28</sup>, e prescrito como obrigação do poder público na Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), onde a confidencialidade é tratada como exceção à regra carente de fundamentação.

Assim, temos uma situação em que o direito mitiga o exercício da mediação em nome do interesse público, e da transparência, o que em última instância é do interesse de toda a sociedade. Porém, é restrito às mediações e conciliações em que a administração pública seja parte, e, em que haja obrigação legal de comunicação a terceiros, caso, por exemplo, da administração tributária. Ravi Peixoto (2018, p.101) elucida que o dever de confidencialidade ainda se aplica nos “casos em que a própria lei 12.527/2011 preserva o sigilo das informações”. Como no caso de informações que “violem o respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 31, caput), que traga riscos à soberania nacional, que envolvam segredos industriais (art. 23) etc”.

#### b) Imparcialidade

Outro princípio que se repete nos vários dispositivos é o da imparcialidade. Como já comentado, a mediação pode ser entendida como uma negociação assistida por um

---

<sup>27</sup> Art. 166. 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.[...]

§ 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação [...]

<sup>28</sup> Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.



terceiro que tem sua atividade restrita a conduzir o diálogo de forma construtiva com o fim de propiciar as condições para que os próprios mediandos construam uma solução efetiva e duradoura para a lide relacional. Nesse devir é imperativo que o mediador atue de forma imparcial para que obtenha a confiança das partes no processo. É uma perspectiva que coloca o mediador numa posição secundária, nem acima nem abaixo, mas ao lado dos protagonistas, ou seja, as partes. Do seu lugar da fala, o mediador é o fiel mantenedor de que a comunicação flua de forma sadia, sem favorecimentos ou manipulação de resultados. Só assim se assegura a credibilidade da mediação.

A esse respeito determina o Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, o qual se inscreve na Resolução N° 125 do CNJ, anexo III, no art. 1º, inciso IV: “Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;[...]”. Por sua vez, a Lei de Mediação reforça essa necessidade no 5º: “Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz”. Daí se deduz a importância do dever de imparcialidade para o processo.

Alternativamente, entendemos que também caiba definir imparcialidade na mediação como a capacidade do mediador se colocar ao lado de ambos os mediandos, sem preferências e com o único e singular objetivo de procurar com que todos atinjam seu melhor interesse e que todas as suas necessidades sejam atendidas na maior extensão possível. Acreditamos que remete ao mesmo espírito, com a particularidade que engloba também uma componente de acolhimento e empatia.

Por fim, destaca-se que imparcialidade não é neutralidade, como muitas vezes é confundido. O mediador está profundamente envolvido em ajudar, ouvindo ambos os lados através da escuta ativa, decifrando sentimentos e necessidades não atendidas, para de forma objetiva auxiliar os mediandos a vislumbrar os pontos em comum que precisam ser trabalhados a fim de dissolver a mágoa e construir acordos consensuais que todos estejam dispostos a cumprir.

### c) Autonomia da Vontade

A autonomia da vontade será porventura o elemento mais importante de distinção entre o processo de mediação e o processo judicial. De fato, o centro da ação desloca-se

do juiz para as partes diretamente em conflito. Inclusive, os advogados nada obstante serem bem-vindos ainda assim serão coadjuvantes no processo, ocupando posição consultiva.

Essa posição, embora importante e necessária para a segurança jurídica do acordo, que facilitará a homologação judicial, não autoriza maiores intervenções. Como protagonistas no papel principal cabe às partes desenvolverem as habilidades adequadas ao salutar diálogo. Para tanto são apoiadas pelo mediador. Toda a solução para o conflito é construída segundo a vontade soberana dos mediandos assistidos, no que couber, por seus advogados ou assessores técnicos.

A livre autonomia, também chamada de princípio da voluntariedade ou do consensualismo processual, expressa-se na liberdade das partes decidirem a forma e o conteúdo da mediação. Está estabelecida pelo novo CPC de 2015, e positivada no artigo 166, § 4º: “§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Então, conforme aponta Peixoto (2018, p. 97), a autonomia pode ser exercida para dispor sobre “a organização do procedimento, a possibilidade de sua desistência a qualquer tempo e o alcance da solução [...]”. Só dessa forma o procedimento poderá ser efetivamente considerado pacífico e voluntário, como alerta o autor.

#### d) Informalidade

A sessão de mediação não possui um rito engessado. Parte-se de uma estrutura básica que inicia pelo acolhimento dos mediandos, seguidamente faz-se a declaração de abertura onde se explicam as regras básicas do procedimento tais como o sigilo, a voluntariedade, o papel do mediador como facilitador da comunicação, as expectativas com relação aos mediandos e seus advogados (disponibilidade para a escuta, conduta respeitosa), a duração da sessão e possibilidade de novas sessões e a possibilidade de conversa individual (*cáucus*)<sup>29</sup>.

Daí, uma vez verificada a disposição de todos para permanecer na sessão, se iniciam as falas das partes a partir das quais o mediador através da escuta ativa e de perguntas abertas procurará identificar e fará um resumo das questões a serem trabalhadas

---

<sup>29</sup> *Caucus* é a palavra empregada para designar os encontros individuais que ocorrem durante a sessão de mediação. É uma das técnicas amplamente utilizadas na mediação de conflitos como forma de contribuir com a resolução dos litígios, acalmando os ânimos, trazendo sugestões para a solução que não se querem divulgadas de pronto mas que podem criar uma solução mais tarde, etc.

segundo os interesses e necessidades revelados. Com base nessa pauta se esclarecem os pontos controversos e se propõe uma agenda proativa neutra e objetiva que orientará os mediandos a resolver entre si mesmos as diferenças que trouxeram ao debate.

Caso o debate seja produtivo, as soluções são registradas em ata de forma clara, especificando a forma de execução do acordo. Caso não haja acordo se registra somente o fato em ata sem maiores detalhes quanto aos assuntos conversados. Conclui-se agradecendo às partes pelo comprometimento enaltecendo a disposição delas para a permanência na sessão.

No entanto, dentro desta moldura existem passos e ferramentas que podem e devem ser manuseados conforme as circunstâncias com o objetivo de alcançar o melhor resultado possível. Então, ainda que o procedimento não possua normas procedimentais rígidas, é exigido aos profissionais que sigam etapas básicas já desenhadas pela doutrina pertinente que orientam o debate, explorando da melhor maneira possível as ferramentas comunicacionais, abrindo caminho para a construção de soluções participativas e consensuadas.

Além da informalidade do procedimento tem-se ainda uma adequação da linguagem no campo da oralidade, que se afasta do juridiquês para se adaptar ao nível cultural dos participantes. Já que se trata de um diálogo orientado, a linguagem simplificada é fundamental para que os participantes possam se sentir relaxados e confortáveis para se expressarem da forma que entendam melhor.

#### e) Decisão Informada

O princípio da decisão informada deve respaldar o da autonomia da vontade. Consta do Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, o qual se inscreve na Resolução N° 125 do CNJ, anexo III, no art. 1º, inciso II: “Decisão informada - dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido”. Ou seja, trata-se de um dever de prestação do mediador, o qual deve prestar esclarecimentos claros e suficientes para as partes sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvidas em cada uma das opções de solução geradas ao longo do processo de mediação. Desse modo, o mediador garante a isonomia e paridade entre as partes (PEIXOTO, 2018, p. 102).

Mediadores precisam assegurar que haja plena consciência das regras, dos direitos e dos deveres. Para tanto o mediador recorre a técnicas tais como o teste de realidade

aplicado nos *caucus* (reuniões individuais), onde o mediando é convidado a elaborar a consequência da decisão tomada testando sua viabilidade fática. Por um lado, se empodera o indivíduo, por outro, se responsabiliza este pelas decisões tomadas. Tal conduta reforça a autonomia, e o comprometimento com a solução alcançada.

Isso porque, o acordo obtido não só deverá se fundar em decisões adequadas às necessidades e interesses, mas também deverá se basear em todas as informações relevantes para a tomada de decisão consciente e livre, ainda que tenha resultado de renúncia a direito. Pois o acordo alcançado deve beneficiar a todos, se evitando a todo o custo a decisão abusiva. Por essa razão é aconselhável que os mediandos estejam acompanhados de seus advogados nas sessões de mediação, seja a judicial ou a extrajudicial.

Como dissemos, não houve intenção de esgotar a lista de princípios ajustados para aplicação do processo de mediação. Alguns mais estão dispostos no Código de Ética de Mediadores e Conciliadores, na Lei 13.140/2015 e em outros documentos que estatuem um conjunto de parâmetros orientadores da prática responsável e ética da mediação, segundo conceitos e critérios consolidados ao longo dos anos. Poderiam ser ainda elencados: a boa-fé, a validação, o empoderamento, entre outros. Consideramo-los igualmente importantes, todavia, entendemos que compõem o processo como pano de fundo, transparecendo em outros princípios de abrangência mais ampla, apresentando-se como uma redundância mencioná-los exaustivamente.

Tão importante quanto os princípios são os valores inerentes às práticas autocompositivas. Poder-se-ia eleger a criação de uma cultura de paz erguida pela via da pacificação social como o tronco de onde todos os ramos brotam. A conscientização quanto à resolução pacífica dos conflitos abarca ideias de idoneidade; restauração das relações sociais; eficiência; eficácia dos acordos; pacificação social; tratamento igualitário dos atores envolvidos nos conflitos, etc.

Da mesma maneira, a efetividade da prestação jurisdicional, assim como a ampliação do acesso à justiça (*lato sensu*), a credibilidade e a confiabilidade no Poder Judiciário para a aplicação dos meios autocompositivos podem ser apontados (ainda que quanto a este último haja controvérsia). O arcabouço principiológico é sólido e legitima a prática da mediação como instituto legal.

### 4.3 FERRAMENTAS OU INSTRUMENTOS

As ferramentas ou instrumentos da mediação consistem na reunião de aportes técnicos empregados na mediação. Em outras palavras, são as técnicas utilizadas baseadas nos subsídios teóricos que sustentam o processo de mediação, com a finalidade de obtenção dos melhores resultados possíveis. Como ocorre em outros campos do saber, em grande medida, o desempenho exitoso depende da hábil manipulação das técnicas. Tania Almeida, estudiosa da mediação, reuniu detalhada informação sobre as técnicas em seu manual “Caixa de Ferramentas em Mediação”. Este livro converteu-se em importante instrumento de trabalho para mediadores. Sobre o tema didaticamente ensina a autora (2018, p. 31): “a eleição adequada e o manuseio apropriado das ferramentas tendem a proporcionar eficácia e efetividade ao resultado”.

Como o impacto de cada técnica é aferível, o seu uso adequado confere cientificidade e segurança ao processo. O domínio das técnicas traz a legitimidade e confiança necessárias para conduzir a sessão de mediação de forma satisfatória e como um padrão de qualidade regular. Com efeito, não basta o domínio dos pressupostos teóricos se o mediador não é instruído sobre como proceder na fase de execução, de formar e expressar todos os princípios e valores nessas práticas.

A mediação de conflitos é multidisciplinar como já visto. Desse modo, os instrumentos resultam de conhecimentos oriundos de áreas tão díspares quanto o Direito, a Psicologia, a Comunicação, a Sociologia, a Filosofia, e outras. Cada uma das técnicas relatadas abaixo tem o seu momento dependendo da fase do procedimento. Todavia, podem ser aplicadas em todo o momento que o mediador acreditar conveniente, pois a sessão é um processo dinâmico. Não pretendemos com esta compilação exaurir todas as técnicas, já que a criatividade autoriza o emprego de qualquer habilidade que auxilie no roteiro de melhorar a comunicação entre as partes para que dialogando resolvam suas pendências. A flexibilidade do modelo assim o permite. Aqui dispomos as que se apresentaram mais relevantes para a doutrina:

#### 1) Escuta ativa

Técnica que constitui a espinha dorsal da mediação. Fundamenta-se na empatia. A partir da linguagem verbal e não-verbal, o mediador decodifica o conteúdo da mensagem como um todo. Abre espaço para a expressão das emoções, o alívio das tensões

e oferece segurança para quem fala de que é realmente escutado. Tânia Almeida, acerca desta ferramenta explica (2014, p. 66):

A Escuta Ativa apoia-se no tripé legitimação, balanceamento e perguntas e tem por objetivos: (i) oferecer uma qualidade de interlocução cujo acolhimento possibilite que as pessoas se sintam legitimadas em seus aportes e legitimação; (ii) conferir equilíbrio entre dar voz e vez aos integrantes da conversa e viabilizar uma escuta que inclua o ponto de vista do outro; (iii) oferecer perguntas que gerem informação, propiciem progresso e movimento ao processo de mediação.

A escuta ativa pressupõe assim uma postura participativa, na qual o mediador deverá demonstrar interesse na narrativa da parte para que esta se sinta legitimada e incentivada a manter um comportamento proativo, gerando o protagonismo esperado para que a solução alcançada seja fruto de uma construção partilhada. Em adição Tania Almeida (2014, p. 240) complementa: “Uma escuta ativa pressupõe não somente a atenção, como também uma atitude participativa no diálogo – escuta dinâmica”.

William Ury (2015, p. 94), outra grande referência da área, resume sua experiência como mediador quanto ao uso desta ferramenta da seguinte forma:

Como tenho observado em meu trabalho de mediação, geralmente ouvimos os outros a partir de nosso enquadramento de referência, julgando o que dizem do nosso ponto de vista. Imbuídos de uma atitude de respeito genuíno, podemos praticar a arte de ouvir os outros a partir do enquadramento de referência deles, do ponto de vista deles. Devemos escutar não só as palavras, mas também os pensamentos e os sentimentos não expressos. Precisamos apreender o conteúdo do que está sendo dito, mas também considerar o ser humano que o manifesta.

Ainda, a escuta ativa envolve mão firme do mediador na condução do processo. Isso implica não só dar voz e vez no momento certo, mas também dar o tempo necessário para as falas se desenvolverem sem interrupção da parte contrária. O Manual de Mediação do CNJ coordenado por Gomma de Azevedo (2016, p. 169) esclarece sobre essa importante regra de não interrupção durante a escuta ativa:

[...] que mesmo se o ponto levantado pela parte que interrompeu tiver sido interessante, o mediador deve estimular as partes a não se interromperem. Pois caso não o faça, criará uma regra implícita de que em alguns casos se permite a interrupção. Se nas primeiras interrupções o mediador recordar a regra da escuta ininterrupta seguramente as partes tenderão a não mais se interromperem. Por outro lado, se o mediador começar a julgar a conveniência de algumas interrupções as partes tenderão a se interromper e olhar para o mediador para que esse possa "exercer seu juízo de conveniência" – o que não

se mostra recomendável na maior parte das mediações. De fato, as interrupções devem ser coibidas nas primeiras frações de segundos da interrupção – para que não se crie essa percepção de "juízo de conveniência".

Então, deduzimos do exposto a existência de duas perspectivas propiciadas pelo instrumento: uma relativa aos mediandos, a que encoraja o contato com os sentimentos, incentiva a revelação de informações pertinentes ao desenlace, descortina os reais interesses e necessidades, estimulando o progresso e desfecho produtivo; e, outra relativa ao(s) mediador(es) que aumenta a disposição para o diálogo, criando a relação de confiança necessária (o *rapport*) para produzir as informações que comporão a pauta das necessidades e interesses a serem trabalhados.

Em suma, demonstra interesse e incentiva o aprofundamento do diálogo aliado a uma postura que legitima e coordena de forma balanceada os tempos de fala de cada um dos participantes, conduzindo a sessão da maneira mais proveitosa possível.

## 2) Parafraseamento

No parafraseamento (ou recontextualização) o mediador reformula a frase para organizar, sintetizar e neutralizar seu conteúdo, todavia, sem alterar seu sentido original. Tania Almeida (2014, p. 93) classifica a “intervenção” como tendo “o objetivo de possibilitar uma escuta diferenciada – que redobre a atenção sobre o que foi dito/ ouvido -, de forma a provocar reflexão por parte do autor da fala e do seu interlocutor”. Ocorre após as narrativas e procura desarmar eventual conteúdo que possa afetar a comunicação. Legitima o que foi dito retirando-lhe a carga negativa, por assim dizer.

Trata-se de uma habilidade comunicativa que reenquadra o diálogo alocando-o para que o diálogo siga de forma respeitosa e com consideração aos sentimentos do outro. Cláudio Fernandes Machado (2017, p. 67) define o parafraseamento como uma recontextualização que ocorre do seguinte modo:

[...] é utilizada sempre que o mediador retransmitir aos mediandos uma informação que foi trazida por eles ao processo. Ela deverá ser apresentada em uma perspectiva nova, mais clara e compreensível, com enfoque prospectivo, voltado às soluções (tendo como base os interesses), filtrando os componentes negativos que eventualmente possam conter, e com objetivo de encaixar essa informação no processo de modo construtivo.

É natural que os mediandos cheguem à sessão de mediação com os sentimentos à flor da pele, façam relatos longos, carregados de juízos de valor, muitas vezes sem

relação aparente com o problema trazido à mesa. O papel do mediador é desarmar as partes de acusações e baixar as defesas. Para tanto servem os instrumentos como a paráfrase, como explica André Gomma de Azevedo (p. 58):

A recontextualização consiste em uma técnica segundo a qual o mediador estimula as partes a perceberem determinado contexto fático por outra perspectiva. Dessa maneira, se estimula a parte a considerar ou entender uma questão, um interesse, um comportamento ou uma situação de forma mais positiva – para que assim as partes possam extrair soluções também positivas.

Assim, mostra-se pertinente normalizar a conversa fazendo baixar o nível de agressividade do discurso, assim como conter outros elementos que prejudicam o entendimento do cerne da questão, é vital para a conversa decorrer de modo saudável, produtivo e prospectivo. Isso passa por compreender a essência do que é dito e modificar a maneira como a ideia é exposta. Para tanto, as paráfrases sintetizam o conteúdo da fala e expõem a questão livre de emoções.

### 3) Formulação de perguntas

As perguntas que o mediador faz têm o objetivo de conseguir informações necessárias à compreensão do conflito, e de esclarecer os pontos controvertidos ou obscuros. Só assim é possível ressignificar e identificar alternativas viáveis. Essas perguntas são tanto prospectivas como reflexivas, pois pretendem gerar opções como explica Gomma de Azevedo (p. 61):

Uma das ferramentas mais eficientes para superação de eventuais impasses consiste na geração de opções. O papel do mediador não é apresentar soluções e sim estimular as partes para pensarem em novas opções para composição da disputa. Isto porque, espera-se que a mediação tenha um papel educativo e se a parte aprender a buscar opções sozinha em futuras controvérsias ela tenderá a, em futuros conflitos, conseguir encontrar algumas novas soluções.

A realização de perguntas permite que as partes construam soluções conjuntas, pelo estímulo à elaboração de sugestões para resolver a controvérsia. Como afirma Gomma de Azevedo (p. 61): “Outra ação importante consiste em induzir cada uma das partes a pensar nos interesses da outra”. Mudar a perspectiva preestabelecida levando os mediandos a pensar no outro, e em soluções práticas que ajudem a resolver o problema e melhorar a relação.



Outra faceta relevante desta ferramenta são os questionamentos apreciativos que procuram resgatar os bons momentos do relacionamento e as habilidades interpessoais anteriormente desenvolvidas, definidos por Tania Almeida (2014, p. 94) como:

[...] composto por perguntas que se interessam pelo positivo que uma determinada relação pode ou poderá produzir. Dedicar-se a conhecer o que já funcionou na interação e quais habilidades pessoais foram utilizadas em momentos anteriores de discordância; busca conhecer como essas habilidades podem ser úteis e sinérgicas para o patamar interativo que se quer alcançar nesse momento e/ ou no futuro.

As perguntas certas efetuadas na sequência certa são capazes de verdadeiros ‘milagres’ já observados por esta mediadora em formação. Por isso, é costume se ouvir que a definição genérica de mediação é a arte de bem perguntar. O que nos relembra a concepção socrática do ‘parto de ideias’, considerando que das perguntas resultam entendimentos do outro e da situação que resolvem o conflito. Acredita-se também ser uma das técnicas mais difíceis de dominar. Possivelmente, trabalho de uma vida. Identificar o que perguntar no momento mais adequado é um dos maiores desafios dos mediadores.

#### 5) Resumo seguido de confirmações

O resumo é uma etapa da mediação. Ocorre após as partes exporem suas narrativas quanto à controvérsia que os trouxe ali. O mediador relata o que ouviu de forma abreviada, bem como o que observou na interação entre os mediandos até o momento. Pela primeira vez na sessão as partes escutam como suas palavras ou ações foram registradas pelo mediador. Um bom resumo costuma ‘ganhar’ os mediandos desde logo, caso se sintam ouvidos, reconhecidos, afagados. Enfim, entendidos.

É o momento onde primeiramente se identificam questões, interesses e sentimentos. Com base nesse relato será construída uma pauta de trabalho determinante para o rumo que a sessão irá tomar. Gomma de Azevedo (201, p. 30) esclarece sobre a importância desta etapa:

Durante essa fase, o mediador fará um resumo do conflito utilizando uma linguagem positiva e neutra. Há significativo valor nesse resumo pois será por meio dele que as partes saberão que o mediador está ouvindo as suas questões e as compreendendo. Além disso, o resumo feito pelo mediador impõe

ordem à discussão e serve como uma forma de recapitular tudo que foi exposto até o momento.

Nesse ponto da sessão, há também a oportunidade do mediador começar a estabelecer pontes entre o que identifica de comum nas narrativas. Pode resumir os dois relatos em uma perspectiva que favoreça o diálogo. Por exemplo, elogiaria a preocupação que ambos demonstraram com determinado assunto ou pessoa.

Percebe-se ainda que essa técnica serve para modificar a forma de exposição dos relatos, embora seja ligeiramente diferente da recontextualização por abordar os pontos em comum de duas ou mais falas. Não deixa de ser uma terceira estória, revista e recontextualizada positivamente, ainda que acolhendo as duas versões expostas pelos mediandos. Cláudio Fernandes Machado (p. 57) destaca essa faceta:

Para os atores envolvidos no conflito, trata-se de um mecanismo para auxiliar na compreensão das questões envolvidas, sem uma postura de julgamento do comportamento do outro.

Ademais, o mediador aproveita a oportunidade para esclarecer que os conflitos são naturais em quaisquer relações humanas e que caberá a eles construir a resolução possível diante do contexto existente.

Com efeito, a exposição de que os conflitos são naturais, retirando o peso do constrangimento causado pela situação conflituosa, é uma ferramenta em si, a chamada normalização, geralmente usada para construir consensos (Machado, p. 57). Tania Almeida (2014, p. 42) explica que a normalização pode ser alcançada redefinindo o conflito de maneira positiva, salientando a sua melhor face, e ressaltando o que une as partes:

É importante que o mediador trabalhe os temas de pauta previamente, durante a etapa de relato das histórias, valendo-se, especialmente, das técnicas de redefinição e conotação positiva [...]. Assim trabalhados, os temas são apresentados aos mediandos em sua versão positiva – pauta de trabalho -, destacando-se aqueles que são de interesse comum e complementar.

Enfim, o resumo permite testar a precisão empática, ou seja a empatia autêntica que permite perceber com precisão aquilo que o outro está sentindo. Neste ponto da sessão identifica-se ainda a presença de habilidades sociais nos mediandos que se mostrarão importantes para o atingimento de um acordo construído de forma consensuada.

## 6) *Caucus* ou cáucus

*Caucus* são reuniões individuais entre o(s) mediador(es) com cada parte muito úteis quando se vislumbram potenciais opções geradas no decurso da sessão mas não de imediato identificadas pelos mediandos, ou, que se suspeita que, por algum motivo não explicitado, haja alguma resistência ou impedimento para que tal ocorra. Sempre que se entenda benéfico trazer alguma privacidade à parte para que esta tenha oportunidade de se abrir sobre algo que prefere não publicitar à outra parte.

Ainda, a realização de um acordo, por vezes, depende de testar várias opções em separado com as partes. Como é natural, pode haver relutância em partilhar dados financeiros e negociais. Embora os mediandos estejam convencidos da necessidade de uma solução construída em conjunto, existem informações sensíveis que se resguardam até haver certeza quanto à determinação da outra parte para chegar ao acordo consensuado.

Acrescente-se que o próprio mediador pode concluir haver necessidade de chamar a atenção quando a proposta da outra parte é prejudicial aos interesses do mediando sem que este se tenha apercebido disso. Por outro lado, mediandos por vezes comprometem-se em acordos que muito evidentemente não irão cumprir. Cabe ao mediador, de forma sensível, confrontá-los com as consequências de suas decisões, no que é chamado pela doutrina de ‘teste de realidade’, uma ferramenta acessória. No teste de realidade o mediador busca uma reflexão realista dos mediandos sobre as propostas apresentadas por meio de parâmetros objetivos.

Em determinadas situações o cáucus agrega bastante valor ao processo de mediação, já que supera uma série de questões que, por norma, seriam de difícil solução em sessão conjunta, tais como: obstáculos na comunicação, expectativas irreais, assimetria de informações, barreiras emocionais, dentre outras. Ademais, a sessão individual de cáucus pode servir para acalmar os ânimos caso estejam exaltados ao ponto de impedir o bom andamento do procedimento.

Por fim, a utilização ou não do cáucus fica ao critério subjetivo do mediador, a quem cabe decidir de sua pertinência para o caso concreto. A iniciativa pode partir tanto do(s) mediador(es) quanto dos mediandos. Sempre que for dada oportunidade a uma parte, a outra terá direito à sessão de cáucus também, para evitar receios no tocante a eventual parcialidade no trato. No entanto, não é incomum que uma sessão totalmente exitosa decorra sem que se utilize as sessões individuais (cáucus).

7) *Brainstorming* (tempestade de idéias)

O *brainstorming* consiste em oferecer espaço para que, sem julgamentos, os mediandos apresentem ideias para solucionar a controvérsia, por mais inconsistentes que possam aparentar ser. Incentiva-se a criatividade quando os mediandos, por si mesmos, não consigam gerar opções. Mediandos são convidados a dizer tudo que lhes vem à mente, sem que dediquem muito tempo a pensar. Em seguida, analisam-se essas ideias e selecionam-se as mais profícuas.

8) Negociação baseada em princípios

A técnica da negociação baseada em princípios ou “negociação baseada em méritos”, advinda originalmente do processo de negociação, contribuiu imensamente também para o processo da mediação, pois que para gerar opções sensatas e justas há que conciliar os interesses reais dos envolvidos (e não suas posições), buscando, simultaneamente, proteger o relacionamento das partes, e assim evitando sua deterioração. Roger Fisher e William Ury são disseminadores dessa técnica, a partir da sua obra mais aclamada ‘Como chegar ao Sim’.

A partir do livro André Gomma de Azevedo (2016, p. 68) resume os pontos fundamentais: “i) separação das pessoas do problema; ii) foco nos interesses e não em posições; iii) geração de opções de ganhos mútuos; e iv) utilização de critérios objetivos”.

A primeira técnica (i) de separar as pessoas do problema, como argumentam Fisher e Ury, implica em que o revide inevitável nas discussões não é produtivo para a construção de acordos. Os ataques devem direcionar-se ao mérito da negociação e não à pessoa do oponente. Quando o foco é no problema e não na pessoa, abre-se caminho para a objetividade.

Já o foco nos interesses ao invés das posições (ponto ii) resulta do fato de que nem sempre as posições manifestadas conferem com os interesses e necessidades de quem os apresenta. Azevedo (2016, p. 69) afirma:

Isso porque a posição manifestada muitas vezes não indica os verdadeiros interesses daquele negociador. Encontrar o ponto médio entre posições também pode não produzir um acordo que efetivamente abordará os verdadeiros interesses que impulsionaram os negociadores a apresentarem suas respectivas posições.

A geração de opções de ganhos mútuos (iii) baseia-se no sistema de ganha-ganha (*win-win situation*), e “consiste em separar tempo para a geração de elevado número de opções de ganho mútuo que abordem os interesses comuns e criativamente reconciliem interesses divergentes” (AZEVEDO, 2016, p. 69). Uma negociação só é boa se o assim for para todos.

Por último, a utilização de critérios objetivos (iv) visa a “despersonalização do conflito (i.e. a ideia de que o conflito existe por culpa da outra parte)” (AZEVEDO, 2016, p. 69). Para tanto buscam-se parâmetros já referendados pelo mercado ou pela lei para basear a geração de opções. Isto porque são públicos e incontestes, afastando suspeitas de manipulação, e dando segurança às escolhas. Trata-se de uma abordagem pragmática e ética que bem serve à mediação.

Não se esgotam por aqui as técnicas, muitas mais compõem o rol de instrumentos ao dispor dos profissionais em mediação. Nossa intenção procurou pincelar só as mais usadas. Cabe aos mediadores o aperfeiçoamento contínuo das técnicas já adquiridas, e a busca incessante por novos instrumentos auxiliares, pois “ser mediador não é uma característica inata, é uma construção subjetiva incessante” (Izabel Fagundes, 2017, p. 286). Gomma de Azevedo (2016, p. 28) comenta a respeito: “[...] bom mediador ou conciliador é aquele que se importa com o jurisdicionado a ponto de se dispor a buscar a melhoria contínua no uso de ferramentas e de suas técnicas autocompositivas”.

Na atividade de mediação não se medem esforços. A todo o momento busca-se a contribuição de outros saberes, “pois os conflitos de que o Direito tem que dar conta requerem uma visão inter ou transdisciplinar. E a mediação parece apresentar-se como uma alternativa a um Direito estatal em crise como uma solução transdisciplinar” (Souza Júnior; Rocha, 2016, p. 171). Assim, a atividade do mediador exige ampla formação que se estende bastante além do conhecimento jurídico como exigido pela Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, no módulo teórico do curso programático de mediadores.

#### **4.4 POSSIBILIDADES DA MEDIAÇÃO**

Nossa opção por este trabalho de pesquisa fundou-se na crença de que as possibilidades da mediação são auspiciosas, concretizáveis e positivas. *A priori*, num sentido estrito, a nível individual, o vocábulo ‘possibilidade’ já significa a abertura de um leque de opções. Justamente do que trata a mediação, a possibilidade de escolha de um

caminho dentre outros, fundado na autonomia da vontade, e sempre em alternativa a uma solução adjudicada imposta por um terceiro. De outra sorte, num sentido amplo, é uma verdadeira revolução do sistema posto desde o iluminismo.

Thomas Mengler (2012, p. 14), Reitor da Universidade de Saint Thomas nos Estados Unidos, define da seguinte forma estes tempos:

Marcamos no momento uma nova era de interação e de colaboração no campo dos meios alternativos de resolução de conflitos em todo o mundo. Como é emocionante fazer parte das etapas fundamentais daquilo que as escolas de direito e mesmo os países podem realizar juntos, quando se ampliam as perspectivas culturais e se desenvolvem as capacidades de maior participação.

Na América Latina, como em outros lugares, a construção de consensos dirigida para a participação social na tomada de decisões públicas, pode aumentar significativamente a qualidade da democracia nestas paragens. Assim defende Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 120) acerca da possibilidade de implantar um Tribunal Multiportas (MDC – Multi-Door Court) no país:

Defendo que o MDC, quando corretamente adaptado, pode ser um mecanismo bastante útil para o fortalecimento do capital social na América Latina. Ele oferece uma abordagem customizada para o atendimento das necessidades das partes, em vez de se constituir em uma solução única para vários tipos de problemas, o que assegura uma possibilidade maior de sucesso nas negociações para a resolução dos conflitos.

Amartya Sen<sup>30</sup> (2000, p. 295-297), economista indiano, prêmio Nobel e professor de economia e filosofia na Universidade Harvard, é uma das vozes que clama por maior participação social e liberdade. No seu entendimento para que todos os cidadãos possam ser responsabilizados pelas consequências dos problemas que os afetam, deverão, primeiramente, ter conhecimento das diferentes opções que lhes são propostas, e poder escolher.

A participação social que os meios consensuais proporcionam, introjetam valores que podem ser transferidos para a arena pública, fortalecendo as instituições democráticas. Ao invés de uma atitude de passividade, onde as decisões que condicionam

---

<sup>30</sup> A liberdade, argumenta Sen, é ao mesmo tempo o meio mais eficiente de sustentar a vida econômica e a chave para garantir o bem-estar geral de toda a população do mundo. Na nova economia global, onde, apesar dos aumentos sem precedentes na opulência geral, o mundo contemporâneo nega liberdades elementares a um grande número - talvez até a maioria das pessoas - conclui, ainda é possível restabelecer de maneira prática e otimista um senso de responsabilidade social .

a vida em sociedade são sempre delegadas a representantes que nem sempre têm os interesses dos cidadãos como prioridade, estes devem assumir mais protagonismo. Essa perspectiva é compartilhada por Mariana Hernandez Crespo (2012, p. 121):

Proporcionar aos cidadãos as ferramentas e a expectativa de participação na resolução dos problemas no âmbito individual pode servir de inspiração para que eles transfiram essas ferramentas e expectativas para a esfera pública. A inestimável experiência de colaborar para a obtenção de um acordo sustentável pode contribuir para o despertar das comunidades locais, incentivando os cidadãos a assumirem um papel mais ativo nos processos democráticos locais. A promoção de formas mais eficazes de interação quando ocorre um conflito na esfera pessoal, social ou política pode dar força às comunidades locais. Uma democracia mais inclusiva e participativa é uma democracia mais estável.

Então, um sistema democrático só servirá plenamente seus cidadãos se a estes for disponibilizada algum grau de participação. Pois a cidadania e os valores democráticos devem ser exercitados quotidianamente. Inclusive, pensadores como Josef Thesing (2005, p. 146) compreendem o funcionamento da democracia como dependente da prática de seus cidadãos: “Somente o cidadão pode ser a parte ativa da democracia. Nele, em suas atitudes, sua conduta e seu trabalho dependem se uma sociedade de cidadãos apoia e sustenta a democracia”<sup>31</sup>. Assim, a democracia seria uma forma de vida sustentada por muitos democratas, os cidadãos, que deveriam ser ensinados a agir como tal, conforme explica o autor (2005, p. 145):

A educação política é um recurso especialmente adequado para transmitir conhecimento sobre democracia. Ela deve treinar os cidadãos para a ação política, para que eles possam atuar como protagonistas da democracia. É assim que a democracia surge como um modo de vida.<sup>32</sup>

Neste viés, a democracia representativa não anula a democracia participativa, são complementares. Uma não exclui a outra. Trata-se de criar canais para que os governados intervenham e participem das decisões em meio a um cenário de crise de representação e enfraquecimento de instituições, como bem apontado por Antônio Carlos Wolkmer (2001, p. 90):

---

<sup>31</sup> No original: solamente el ciudadano puede constituir la parte activa de la democracia. De él, de sus actitudes, su conducta y su que hacer depende si una sociedad de ciudadanos apoya e sostiene la democracia.

<sup>32</sup> No original: la educación política se constituye un recurso especialmente idóneo para transmitir un saber sobre la democracia. Ella deve capacitar a los ciudadanos para la acción política a fin de que ellos puedan actuar como protagonistas de la democracia. Así surge la democracia como forma de vida.

[...] a radicalização do processo democrático para a sociedade não implica descartar o paradigma da representação, mas reconhecer sua crise e redefini-lo em função de uma nova cultura política, fundada na participação dos sujeitos coletivos emergentes, corporificadores de uma cidadania comunitária.

Wolkmer (2001, p. 94) ainda afirma: “Os novos procedimentos atuantes na esfera do pensamento, discurso e comportamento, priorizam formas de ação humana que estão centralizadas nos “novos sujeitos sociais”, na “descentralização democrática” e na “participação da sociedade civil””. Este é o ambiente onde florescem as novas formas de resolução de conflitos. Enquadra-se numa visão muito mais abrangente, onde a sociedade civil como um todo se habilita a viver de forma mais empoderada e fraterna.

A participação social estimula a criação de pontes de comunicação entre as pessoas, onde são incentivadas a tomar a responsabilidade por suas ações, não somente no âmbito pessoal, mas também no comunitário e, uma vez conscientes da autonomia que possuem e do poder transformativo de que são capazes, irão reivindicar por melhores condições de vida de maneira pacífica e cooperativa.

A natureza democrática da mediação destaca-se pelos princípios e valores éticos que a regem. Os procedimentos são inclusivos, pautados pelo equilíbrio e respeito ao outro; e, com ativa participação dos mediandos que se comprometem com suas decisões. *Lato sensu*, na mediação exercita-se a cidadania ativa e amplia-se o acesso à justiça. Dynair Daldegan (1999, p.114) destaca ainda outros pontos de contato como a reverência aos direitos fundamentais e o resgate da dignidade humana:

Seu fundamento básico tem sido o reconhecimento dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, bem como, a consciência da necessidade de participação democrática em todos os níveis, e a crença de que cada indivíduo pode e deve participar e ter o controle das decisões que dizem respeito a sua vida, a prevalência dos valores éticos que devem nortear os acordos particulares, e uma maior tolerância às diversidades caracterizadoras da cultura moderna-contemporânea.

Bobbio (1986, p. 12) alerta para o fato das democracias não terem sido capazes de realizar certos propósitos, tais como a importância de se estender a democracia política para a democracia social e de se promover a educação para a cidadania. Numa sociedade tão carente de fraternidade, a mediação mostra-se como instrumento providencial para amenizar esse individualismo exacerbado que tem prosperado e promove uma cultura



social de responsabilidade e mais solidariedade. Ana Maria D'Ávila Lopes (2006, p. 21) adverte para a necessidade de redefinir o conceito de cidadania:

na medida em que a experiência histórica mundial de violência, injustiça e desigualdade tem comprovado a necessidade de uma participação mais ativa dos cidadãos na construção de uma sociedade justa, com base no valor da solidariedade, essencial à sobrevivência de qualquer comunidade.

Cidadãos solidários são agentes transformadores da sociedade, como sujeitos de um novo processo de integração social. Os mecanismos consensuais de solução de conflitos têm o condão de formar para a cidadania, apresentando-se como práticas de estímulo à democracia que impulsionam o diálogo e o empoderamento das pessoas. Como tal, recomenda Lília Sales (2009, p. 88):

Assim, aponta-se como positivo para a consolidação da democracia a utilização desses mecanismos em várias esferas de atuação – no âmbito judicial ou extrajudicial, na comunidade, na escola, na empresa, no hospital ou em outro espaço no qual conflitos existam e necessitem de soluções construídas.

Segundo Bobbio (1986, p. 26) o princípio inspirador do pensamento democrático é a liberdade entendida como autonomia. Ou seja, a eliminação da tradicional distinção entre governantes e governados, a superação da ideia de distinção entre quem dá e quem recebe a regra de conduta. Seria, portanto, a capacidade de dar leis a si mesmo. Ora, a mediação não preconiza isso mesmo? Sem dúvida, apresenta-se como oportunidade de crescimento moral e educacional para a cidadania responsável e solidária.

## 5 POLÍTICA PÚBLICA DE MEDIAÇÃO JUDICIAL

Em tese, o poder judiciário é um conjunto de órgãos voltados para o serviço público de organização, estabelecimento e execução da garantia dos direitos e dos deveres protegidos em lei e relativos ao bem-estar individual e coletivo. Trata-se de um espaço onde o privado e o coletivo se fundem numa forma mediada pelo Estado, convertendo a justiça em res pública. A presença do Estado serve para equilibrar forças e julgar conforme regras previamente estabelecidas. Desse modo oferecendo segurança nas relações e supostamente garantindo o bom convívio em sociedade.

O modo usual de atuação do Poder Judiciário se dá sob o signo da contenciosidade entre posições jurídicas, enquanto o invariável modo de atuação dos centros de mediação não adentra nessa seara, circunscrevendo-se aos interesses e necessidades revelados pelo processo dialógico que ocorre durante a sessão de mediação pelas pessoas envolvidas naquele conflito. Nem sempre esses interesses e necessidades correspondem às posições jurídicas engessadas no processo judicial.

Deduzimos do exposto que a política pública de mediação judicial introduz um elemento estranho à natureza da instituição judicante. Por que então tamanho interesse?

Poderá parecer contraditório à primeira vista que o poder judiciário tenha incorporado esta prática já que o recorte do modelo implica na mitigação da intervenção estatal. Porém, ao analisar mais detalhadamente percebemos que o caminho traçado pelo legislador rege-se por uma lógica coerente com a realidade social do Brasil e com a fundação do estado.

Senão vejamos, numa sociedade profundamente vincada por uma cultura de beligerância operacionalizada pelo processo judicial, não há de se estranhar que o judiciário tenha necessariamente que ser partícipe da mudança de cultura, haja vista que detém o monopólio sobre a resolução de conflitos. Nesta esteira, é até bastante natural que o acordo produzido via mediação tenha necessariamente que receber a chancela da homologação judicial para que valha como título executivo judicial. A ratificação do magistrado justifica-se dentro de um Estado Democrático de Direito fundando na lei para manutenção da paz social.

Adiante, analisaremos os fundamentos legais, supralegais e econômicos envolvidos na execução desta política pública, a institucionalização da mediação no poder

judiciário, e ainda, faremos um exame crítico dos dados estatísticos fornecidos por CNJ e TJRS em seus portais.

### **5.1 FINALIDADE LEGAL E SUPRALEGAL DO SERVIÇO PÚBLICO**

Sem sombra de dúvida, a mediação judicial é uma política pública levada a cabo pelo Judiciário, apesar de não possuir natureza judicante. Logo, é um serviço público cuja eficiência não está vinculada a metas de desempenho empresariais, mais apropriadas para o mercado aberto. Outrossim, está comprometida com a sua função social, portanto sujeita ao cumprimento dos princípios da administração pública, entre os quais o princípio da eficiência.

Como atividade estatal com natureza de serviço público deve atender aos anseios da sociedade. Segundo Hely Lopes Meirelles (2000, p. 90) “[...] não se contenta em se desempenhar apenas com uma legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento as necessidades da comunidade e de seus membros”. Dado o quadro, cabe a reflexão de Ricardo Camargo (2006, p. 16) acerca dos serviços públicos prestados pelo Estado:

Mesmo a ideia de eficiência, aparentemente apurável de forma objetiva, parte de um determinado juízo de valor a respeito dos fins que deve perseguir a atividade que se tenha sob os olhos. Se se entender que é o lucro, traduzir-se-á eficiência pela maior capacidade de o gerar. Porém, se se entender que é o cumprimento de sua função social, outro será o conceito de eficiência.

No direito administrativo, de acordo com França (2000, p. 168): “o princípio da eficiência administrativa estabelece o seguinte: toda ação administrada deve ser orientada para concretização material e efetiva da finalidade posta pela lei, segundo os cânones jurídico-administrativo”. Por excelência, este é princípio disposto para atender interesses da coletividade, pelo foco no bem comum. Nesse diapasão, o Estado em sua diretriz como gestor de uma organização que busca atender o bem-estar da coletividade tem papel relevante.

Infelizmente, a mediação do poder judiciário também não está imune à onda ultraliberal pós moderna que tem assolado as democracias latino-americanas, a qual atinge o Judiciário muito particularmente quando os magistrados se investem no papel de gestores públicos do minguado orçamento destinado à justiça.

É nesse contexto que se observa o risco de mercantilização da mediação, com atos de gestão fundados em parâmetros utilitaristas de eficiência empresarial e exigência de resultados mensuráveis e imediatistas. A crescente expansão do paradigma do desempenho exitoso por acordos homologados contraria o espírito da mediação. Contudo, ocorre ainda em alguns tribunais de justiça.

Como refere Nazareth Serpa (2018, p. 172): “O que ocorre atualmente nos tribunais no compreensível afã de desafogar o acúmulo de processos é o que podemos chamar de mediação por atacado”. Com julgadores pressionados por metas de desempenho, e tribunais abarrotados além da capacidade de tramitação, a mesma autora ressalta: “o importante no judiciário não é a resolução e sim uma solução. É o saneamento do volume de processos em nome da exiguidade de tempo”.

A mediação ser encarada pelo judiciário como mero meio de enxugamento de processos, determinando sua valorização segundo a quantidade de disputas que se evitam judicializar. Se a finalidade legal da mediação 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”, todo o trabalho realizado pelo mediador deve ser considerado e importa para efeitos de remuneração.

Ainda, segundo Rafael Maffini (2013, p. 53), a eficiência “é princípio que se impõe sejam as condutas administrativas orientadas a resultados satisfatórios, significando, assim, um primado de qualidade da ação da Administração Pública”. Quer isto dizer, na mediação judicial o fim é o bem-estar dos usuários do serviço, que chegando a acordo pela via da mediação evitam a judicialização da decisão. Assim sendo, cabe ao tribunal a adequada tutela de seus interesses, sob a perspectiva do serviço público, sob pena da prestação de um desserviço à comunidade.

Toda a política pública deve ser pensada a longo prazo, e necessariamente profissionalizada, sob o perigo de cair em descrédito. Daí a importância da definição de parâmetros concretos, equilibrados entre a salvaguarda da integridade das práticas alternativas de resolução de conflitos e o respeito aos profissionais que atuam na área, pelo reconhecimento e retribuição econômica devidas. Nesse sentido, extrai-se do novo Código de Processo Civil preceito que equipara os mediadores e conciliadores judiciais a auxiliares da justiça<sup>33</sup>. Do rol de indicados pelo dispositivo, alguns são permanentes e

---

<sup>33</sup> CPC de 2015, Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o

outros eventuais. Os permanentes são os auxiliares que aparecem em todos ou quase todos os processos, por exemplo, o escrivão, o oficial de justiça e o distribuidor. Já os eventuais são os auxiliares que atuam em certos tipos de processos, aparecendo nas relações processuais de forma esporádica, como, por exemplo, os intérpretes ou os peritos, para os quais o juiz fixa honorários, independentemente do resultado da causa.

Entende-se que os mediadores, cada vez mais configuram-se como auxiliares permanentes da justiça, dada a crescente implantação da mediação no judiciário. Porém, os mediadores não se submetem a concurso público, logo não fazem parte do quadro de funcionários do tribunal. Assim, vive-se um limbo que gera bastante insegurança para quem investe na atividade como saída profissional.

Como visto anteriormente, a Resolução nº 125 do CNJ instituiu diretrizes nacionais. Desde logo, estabeleceu que a coordenação e gestão da política pública de mediação judicial seria executada pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos estaduais (NUPEMECs) e traduzida na prática pelos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) das comarcas. De outra sorte, a diretriz do CNJ quanto ao exercício dos mediadores aponta para a atuação voluntária por profissionais com ensino superior capacitados pelo judiciário.

Por outro lado, a legislação transfere a competência aos NUPEMECs quanto à decisão sobre honorários. Então, cabe aos tribunais estaduais instituir sua própria política remuneratória. Os NUPEMECs são coordenados por magistrados. Na prática, os desembargadores designados ao papel de gestores públicos não precisam possuir treinamento em métodos alternativos de resolução de conflitos. Como tal, por vezes, emitem diretrizes que não se adequam às práticas da mediação. Nessa esteira, os tribunais que condicionam a remuneração dos profissionais ao êxito do termo de entendimento falham em compreender o complexo trabalho desenvolvido pelos mediadores.

Com o intuito de pulverizar ao máximo a disseminação da mediação como alternativa ao processo judicial, muitos tribunais vinham se socorrendo de mediadores voluntários, que atuavam de forma gratuita dentro da disponibilidade de cada um. Por óbvio não haveria como perpetuar esse estado de coisas. Uma política pública não tem como ser implementada baseada na boa vontade de quem atua. Há que profissionalizar a atividade e conceder a retribuição devida. Assim, os atos resolutivos dos gestores

---

depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

judiciário que retribuem somente os profissionais exitosos em mediações que terminam num acordo satisfatório pretendem colmatar uma lacuna de anos, já que estipulam ao menos algum tipo de retribuição. Porém, demonstram um grande equívoco quanto ao entendimento do processo de mediação.

Como a mediação não está comprometida com o resultado, este é consequência e não objetivo, não pode a remuneração ser vinculada ao termo de entendimento homologado. Ou seja, não é possível aplicar para este modelo uma visão puramente economicista. Ada Pellegrini Grinover (2012, p. 97) descreve com habilidade como a mediação realizada pelo judiciário pode eventualmente resultar diversa de seu escopo original caso não se observem alguns cuidados éticos:

Parece, entretanto, que a mediação paraprocessual apresenta duas facetas: sendo seus objetivos resolver o conflito e conseguir o acordo, a mediação clássica, que não se volta precipuamente ao processo, dá ênfase à solução do conflito, sendo o acordo apenas o seu apêndice natural, podendo vir, ou não; enquanto a mediação voltada para o processo dá ênfase sobretudo à obtenção do acordo, porque tem o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados.

Naturalmente, tais contingências relativas à sujeição da remuneração ao acordo exitoso poderão compelir os mediadores a orientar as sessões no sentido de incentivar o acordo além das boas práticas prescritas para o processo de mediação. Assim, um processo de mediação desaguaria numa conciliação, quando sua formação como mediadores exige distanciamento do resultado e estrita adoção do meio mais adequado. Serpa (2018, p. 172) afirma-o categoricamente baseada em amostragem que colheu no judiciário paranaense: “há subsídios suficientes para entender que a mediação judicializada se utiliza de um trabalho conciliatório para opor uma solução”.

Em tempos de austericídio, e devido à verticalização nas decisões, não é despropositado supor a produção de conflitos éticos e elevados níveis de estresse nos mediadores que convivem neste tipo de ambiente institucional, já para não falar no desvirtuamento dos fins do instituto. Para este fato já alertava Jean-François Six (2001. P. 35):

O mediador institucional é apressado, pelo organismo que o colocou no lugar, para encontrar resultados, para chegar a soluções o mais rapidamente possível; ele deve apresentar rendimento, o que é compreensível. O mediador cidadão

deve tomar tempo, afastar o simplismo, os atalhos, a precipitação, deve guardar o senso da duração e do recuo, da paciência e da distância.

Na mediação segue-se o tempo determinado pela subjetividade dos sujeitos. Para tanto o mediador precisa respeitar os processos internos de cada uma das partes, por vezes morosos, até que estas atinjam o ponto em que estão preparadas a acordar. Com efeito, “não se trata unicamente de uma solução jurídica ascética em relação ao conflito existente, mas uma tentativa de resolução desse mesmo conflito” (OLIVEIRA JUNIOR; SOUZA, 2016, p. 172).

Por outro lado, além da possibilidade de prolongamento das sessões, há que sopesar a faculdade que as partes detêm para desistir do processo a qualquer tempo. Fenômeno explicado por Daldice Santana (2016): “As partes são provocadas a tentar a conciliação; não são obrigadas a chegar a um acordo. Esse é o alcance do artigo 334 (CPC) e da Lei de Mediação (Lei n. 13.140/2015)”.

Ou seja, resta patente a falta de compreensão do gestor público ao cobrar resultados, exigindo uma condição, para que exerça seu dever estatal de remuneração pelo serviço prestado, em um modelo concebido para privilegiar a autonomia das partes, que têm a faculdade de compor ou não.

Tanto assim é que o Código de Processo Civil<sup>34</sup> dispõe que a conciliação e a mediação são informadas pelo princípio da autonomia da vontade e, a Lei da Mediação<sup>35</sup> reforça o princípio da voluntariedade como condição para participação em sessão de mediação.

Ademais, o Manual de Mediação Judicial produzido pelo CNJ (2016, p. 20) orienta no sentido “que as partes podem continuar, suspender, abandonar e retomar as negociações. Como os interessados não são obrigados a participar da mediação, permite-se encerrar o processo a qualquer tempo.”

Então, restringir a remuneração de mediadores somente para acordos homologados contraria o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais, o qual estabelece no artigo 2º: “ III - Ausência de obrigação de resultado - dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da

---

<sup>34</sup> Art. 166 - A conciliação e a mediação são informadas pelo princípio da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

<sup>35</sup> Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: [...] V - autonomia da vontade das partes. [...] § 2º - ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles”. Tal ótica contraria inclusive a qualidade da implementação da política pública. Cabe o alerta do professor Watanabe (2012, p. 93-94):

Em suma, para que os meios alternativos de solução de conflitos, em especial dos meios consensuais — mediação e conciliação —, sejam corretamente utilizados e constituam efetivamente um modo de assegurar aos jurisdicionados um verdadeiro e adequado acesso à justiça e à ordem jurídica justa, é necessário estabelecer uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses, que dê um mínimo de organicidade e controle à sua prática, com fixação de critérios e condições para o seu exercício, estabelecimento de carga horária e métodos para a capacitação e treinamento dos mediadores/conciliadores, e controle por órgão competente, em nível nacional, da atividade de mediação e conciliação, mesmo que seja indireta.

Por isso, a profissionalização apresenta-se como uma necessidade, determinante para o sucesso da implantação da mediação no meio judicial. Tanto o é que IBDFAM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) considera a remuneração do mediador como um dos princípios/ valores/ diretrizes da mediação em sua “Carta de Princípios, Valores e Diretrizes Orientadores da Mediação Interdisciplinar do Instituto Brasileiro de Direito de Família”<sup>36</sup>. Rubens Ricupero adverte:

Não se pode conceber um corpo de funcionários do qual se possam exigir a prestação de bons serviços sem que lhes possa oferecer em contrapartida, a existência de um plano racional de carreiras, estímulos ao aperfeiçoamento, perspectivas de progressão profissional e estrutura flexível de salários que os permita adequarem-se tanto ao nível de exigências para a função exercida quanto ao mérito individual devidamente aferido.

Atualmente, apesar de previstas na lei, as atribuições de mediador não são regulamentadas como mister, o que induz à precarização. Segundo Fernanda Tartuce: “Atualmente prevalece nos Tribunais o trabalho voluntário; como não há divulgação de qualquer iniciativa sobre o destaque de dotações orçamentárias para arcar com os pagamentos dos milhares de mediadores que precisarão atuar, é bem provável que o quadro assim permaneça”. A autora lembra ainda o § 5º do artigo 168 do CPC, o qual determina que os conciliadores e mediadores cadastrados “se advogados, estarão

---

<sup>36</sup> X. Da Remuneração do Mediador

Da mesma forma que a mediação visa a empoderar os mediados para que possam ser protagonistas do procedimento de busca pela transformação dos seus conflitos, o mediador também deve ser empoderado com o reconhecimento de que desempenha uma função remunerada, salvo em casos excepcionais, quando atuará como voluntário.



impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que exerçam suas funções”. Acerca do disposto questiona a jurista Fernanda Tartuce: “caso um mediador se cadastre como mediador no Tribunal precisará parar de advogar? Sendo resposta positiva, outra precisa ser formulada: como o mediador irá auferir recursos para sobreviver, se não está assegurada sua remuneração?”, “se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver?”

São questões da maior relevância que demandarão atenção do legislador, Entretanto, já tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 4.891/2005, que procura regular o exercício da profissão. O mesmo projeto almeja criar um Conselho Federal de Arbitragem e Mediação e conselhos regionais para disciplinar a atividade. Aumenta assim a pressão para o reconhecimento em futuro próximo do mediador judicial como profissional remunerado.

## **5.2 INSTITUCIONALIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO**

Os CEJUSCs são novas portas que o judiciário brasileiro abriu a fim de proporcionar a solução adequada de conflitos, nos termos da Resolução 125/2010 do CNJ, da Lei de Mediação nº 13.140/2015 e das novas disposições do Código de Processo Civil. Nos Centros são realizadas sessões de mediação cível, mediação familiar, mediação em conflito coletivo envolvendo políticas públicas, conciliação (incluindo superendividamento), oficinas de parentalidade e círculos da Justiça Restaurativa, dentre outros projetos.

Assim, o Judiciário ao ser procurado oportuniza desde o primeiro momento a resolução do conflito via conciliação ou mediação, conforme a natureza dos fatos trazidos a juízo. Inclusive, existe a possibilidade do judiciário, antes sequer se falar em judicialização da demanda, incentivar a mediação pré-processual, a qual, se exitosa, afastará a proposição da ação. Caso, porventura, o contato se dê via processo já judicializado, cabe ao magistrado analisar se a matéria se adequa à mediação, encaminhando o convite às partes para que a tentem.

A partir desse momento, o Judiciário limitar-se-á a garantir o espaço físico onde as partes são acolhidas por um terceiro neutro, em um ambiente o mais equilibrado possível. Dessa forma permitindo aos particulares conversarem entre si com a finalidade

de alcançar um acordo que traga a resolução mais ajustada possível de seu problema. Assenta no primado de que cada indivíduo é o melhor conhecedor de seu interesse.

Desse modo, as sessões ocorrem no ambiente judicante, contudo é uma jurisdição paralela, ainda que atrelada ao judiciário, em que o juiz não intervém. Somente o faz na etapa final de homologação do acordo construído pelas partes. Em tese, a homologação do acordo só não ocorre se houver flagrante conflito com o arcabouço legal ou se o magistrado entender que uma das partes restou demasiadamente prejudicada pela outra.

Se, porventura, da sessão de mediação não se extrair um entendimento que resolva o conflito – caso de termo de sessão inexitoso ou acordo somente parcial - o processo retorna à Vara de origem para posterior trâmite processual nos moldes do CPC. Este é o rito explicado em termos muito gerais. Cabe agora esmiuçar o papel do mediador e o passo a passo de cada etapa do procedimento de mediação segundo a cartilha definida pelo CNJ e NUPEMECs.

O papel do mediador está definido na lei 13.140/ 2015 no art. 1º, § único: “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”. Em adição o artigo 4º, §1º complementa: “o mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito”.

Mas nos perguntamos: quem é esse terceiro imparcial condutor do processo? Uma pessoa naturalmente. Uma pessoa que serve a outras pessoas para ajudá-las a resolver seus problemas e recuperar a tranquilidade perdida. Não é pouca coisa. Requer algumas qualidades, sejam elas intrínsecas ou aprendidas, e algumas técnicas já apuradas pela doutrina. Como toda habilidade humana pode sempre melhorar. Vamos procurar descortinar quem é esse profissional da paz e do bem.

Para Christopher Moore (1998, p. 28), autor americano, mediador é uma “pessoa indiretamente envolvida na disputa”, “portadora de novas perspectivas com relação às questões que dividem as partes e processos mais eficientes para construir relacionamentos que conduzam à solução dos problemas”. Desse mediador se espera a capacidade para “alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituoso, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais” (MOORE, 1998, p. 29).

Entretanto, podemos encontrar em Jean-François Six (2001, p. 35) uma definição mais elaborada. Para este estudioso da mediação, é preciso diferenciar o “mediador

institucional” (do judiciário e de órgãos do poder público) do “mediador cidadão” (normalmente aquele que atua de forma voluntária na mediação comunitária). Então, os mediadores institucionais seriam burocratas técnicos bem formados nas leis, “essencialmente, especialistas formados para atender a um problema específico, bem definido, pelo qual vão responder”. Referindo ainda que o “aumento dos conhecimentos necessários à decisão e uma grande virtuosidade para se encontrar no emaranhado da lei os tornaram pouco a pouco imprescindíveis”. Todavia, alerta: o “perigo da burocratização da mediação institucional existe”.

Já “o mediador cidadão é aquele a quem se procura porque se sabe - ou se pressente - que tem um dom, o de suscitar ligações, reconciliar as pessoas, de trazer uma pequena luz a um momento opaco”. Segue o autor com a descrição: “fazem então apelo aos recursos próprios das pessoas que os procuram. Apoiam sobre o que essas pessoas dispõem e que não se atrevem a utilizar: seus próprios recursos”.

Respeitada a posição do autor, chama a atenção o quanto problematiza o mediador institucional e o quanto de expectativa coloca no mediador cidadão. Crê-se que o mediador real deva ficar em algum ponto intermédio entre as duas posturas. Afinal, não pode o mediador institucional induzir uma solução não desejada pelas partes, pois sua responsabilidade é exatamente criar as condições para que os mediandos, por eles mesmos, criem os termos de comum acordo, ou, ao menos, evoluam na restauração do relacionamento para que futuramente consigam fazê-lo. Esse é o papel do mediador preconizado no Manual de Mediação Judicial (2016, p. 160):

O papel do mediador não é induzir ninguém a um acordo que não lhe satisfaça. Pelo contrário, o que se deseja é que as partes, em conjunto, cheguem a um acordo que as faça sentir contentes com o resultado. Ao mesmo tempo, o mediador deve dizer que buscará com que elas consigam entender suas metas e interesses e, desse modo, possam construtivamente criar e encontrar suas próprias soluções.

Isso, porque “mediador não é juiz e, por isso, não irá proferir julgamento algum em favor de uma ou outra parte” (CNJ, 2016, p. 161). Antes de tudo é um cidadão muito qualificado no entender de Izabel Fagundes (2017, p. 285), formadora de mediadores. Isso porque, segundo a autora:

O mediador é um cidadão essencial porque, antes de tudo, sua atuação produz discussões gerais sobre tudo. Não implicando um direcionamento do modo de entender ou pensar determinado assunto, promove a dinâmica das relações

sociais, convocando ao máximo os cidadãos para a promoção de si mesmos e da coletividade.

Nessa linha, seu papel não deixa de ser o de “agente de promoção de mudanças” nas palavras de Izabel Fagundes (2017, p. 284), alguém que oferece a mão após uma queda e que ensina a agir nos futuros percalços que o roteiro imprevisível da vida possa trazer, como já ensinava Warat (2001, p. 76):

O mediador tem que ajudar cada pessoa do conflito para que elas aproveitem como uma oportunidade vital, um ponto de apoio para renascer, falarem-se a si mesmas, refletir e impulsionar mecanismos interiores que as situem em uma posição ativa diante de seus problemas. O mediador estimula a cada membro do conflito para que encontrem, juntos o roteiro que vão seguir para sair da encruzilhada e recomeçar a andar pela vida com outra disposição.

Isto posto, fica esclarecido o papel institucional e social do mediador. Mais do que uma profissão, é uma missão de vida. O mediador é um emancipador social, para recursos que as pessoas têm e sequer se davam conta que os tinham. Não é incomum conhecer pessoas afirmando que ter enveredado pelos caminhos da mediação gerou mudanças na sua forma de pensar, interagir com os outros, e viver a vida.

Agora que definimos o lugar do mediador podemos nos debruçar sobre o processo de mediação em si, de como é suposto ocorrer uma sessão de mediação na instituição judicial.

O Manual de Mediação produzido regularmente pelo CNJ (2016, p. 151) oferece uma orientação para fins didáticos sobre o processo de mediação. No entanto, esclarece que na prática poderá ocorrer de forma mais fluída a depender do caso concreto. Assim, temos um procedimento dividido em cinco fases: “i) declaração de abertura; ii) exposição de razões pelas partes; iii) identificação de questões, interesses e sentimentos; iv) esclarecimento acerca de questões, interesses e sentimentos; e v) resolução de questões”.

Antes mesmo da declaração de abertura, idealmente, deverá se realizar uma pré-mediação. Nesta fase preliminar importa informar de antemão quais são as regras do jogo, dado o desconhecimento ainda muito generalizado sobre a prática autocompositiva. Ensinam José Osmir Fiorelli, Rosa Fiorelli e Marcos Olivé Malhadas Júnior (2008, p. 136) quais são os objetivos principais desta fase:

a) proporcionar conhecimento do processo, sua amplitude e a natureza dos resultados que poderão ser obtidos; b) Obter a responsabilização dos participantes, tanto sobre a escolha das opções como pela sua implementação;

c) conhecer os comportamentos adequados às sessões de mediação, o que inclui respeito à outra parte, obediência às determinações do mediador, comportamento cortês e cooperativo. Esses comportamentos serão novamente enfatizados pelo mediador, no início da sessão; d) filtragem, para assegurar que somente pessoas realmente interessadas em encontrar saída para o conflito sejam conduzidas à mediação.

Obtendo a concordância de todos para a realização do procedimento flui para a mediação propriamente dita, começando com o acolhimento ainda antes da declaração de abertura. Para Izabel Fagundes (2017, p. 302) esta fase “valoriza o desenvolvimento de uma relação de confiança entre os mediadores e os mediados, já que inicia por um acolhimento afável e respeitoso [...]”. Aqui inicia o *rapport*, técnica usada para criar uma ligação de sintonia e empatia com mediados e advogados.

Acolhimento:

- Dá-se as boas vindas e agradece-se a presença
- Garante-se que as partes sentem na posição correta: o contato visual entre todos é importante. As partes devem sentar-se ao centro próxima uma da outra e os advogados (se estiverem acompanhando) nas laterais.
- Apresenta-se os demais presentes na sala: mediadores e observadores (não têm presença obrigatória mas aconselhável para supervisionar o trabalho dos colegas que depois igual supervisionarão)
- Perguntar como os mediados gostariam de ser chamados e anotar seus nomes

Daí segue a sessão já no modo de trabalho como programada pelo CNJ e NUPEMECs no Curso de Formação de Mediadores:

#### 1) Declaração de abertura

Momento onde todas as regras aplicáveis são explicadas de forma clara e precisa, a fim de que as partes compreendam no que consiste a sessão e qual será o papel do mediador-conciliador. Evitando-se a surpresa, ou possíveis imprecisões e dúvidas sobre a atuação e conduta do mediador na sessão a ser realizada.

- Explicar o procedimento: regra da confidencialidade, toda a conversa será sigilosa, mediador não pode ser testemunha, e nada dito ou apresentado pode produzir prova caso o processo prossiga

- Princípios básicos do processo: informalidade do procedimento, sua força jurídica (título executivo judicial – o não cumprimento gera penhora se caso for), voluntariedade para ficar ou sair a qualquer tempo
- Princípios básicos do mediador: imparcialidade no trato aliado a comprometimento total com ambas as partes para ajudá-los a encontrar uma solução que eles mesmos arquitetarão
- Esclarecer o papel do mediador: não irá intervir com sugestões de solução mas ajudar a pensar para que encontrem opções, irá se ater aos fatos e não às pessoas, irá escutar sem interrupção como tem a expectativa que todos o farão com respeito e colaboração
- Informar o tempo de duração da sessão e sobre a possibilidade de remarcar novas sessões se necessário
- Possibilidade de sessões individuais (cáucus): quando o mediador entender ou os mediandos pedirem
- Comentar sobre o papel dos advogados (se presentes): valorizar a presença e dar a entender a importância da assistência jurídica aos mediandos, e depois, na elaboração do termo de entendimento
- Dar espaço para esclarecer eventuais dúvidas ainda existentes quanto ao procedimento
- Verificar a disposição de todos os envolvidos em participar

## 2) Reunião de Informações

Nessa etapa, o papel do mediador é ouvir atentamente as partes colhendo todas as informações necessárias para, assim, conseguir ter uma visão geral dos fatos e, ao mesmo tempo, já apreender algumas das questões e interesses envolvidos.

- Narrativas: início da fala normalmente se dá por quem buscou o auxílio
- Uso de perguntas abertas: objetivam ajudar a esclarecer o caso e não a satisfazer uma curiosidade pessoal, evitar perguntas desnecessárias.
- Identificar Questões/ Interesses/ Necessidades (QIN): a coleta irá definir a pauta de trabalho
- Agradecer pelo relatos

## 2) Resumo

Durante essa fase, o mediador fará um resumo do conflito utilizando uma linguagem positiva e neutra. Há significativo valor nesse resumo, pois será por meio dele que as partes saberão que o mediador está ouvindo as suas questões e as compreendendo. Além disso, o resumo serve como uma forma de recapitular tudo que foi exposto até o momento (CNJ, 2015, p. 144). O mediador via resumo realiza uma análise dos acontecimentos, separa as diferentes causas apontadas, clarifica os fatos, detalha suas percepções dos mediandos e, explicita os conteúdos essenciais. Dessa forma, o mediador assegura que ocorreu convergência de entendimentos.

- Parafrasear o exposto: recontextualização sem alterar o sentido original, dando enfoque aos interesses comuns e mencionando os divergentes de forma positiva e prospectiva
- Validação de sentimentos: afago, reconhecimento das preocupações
- Normalização: buscar neutralizar a carga negativa embutida nas narrativas

### 3) Pauta de trabalho

Concluídas as narrativas, e feito o resumo, é hora do mediador impor uma ordem à discussão estabelecendo uma pauta de trabalho baseada nos reais interesses e nas posições de cada mediando.

- Esclarecer os pontos controversos e apresentar uma agenda de trabalho de forma imparcial e objetiva

### 4) Resolução de questões

Esta é a fase onde cabe ao mediador incentivar a criação de opções, provocando as partes a refletir sobre eventuais opções escolhidas para a solução do problema. Posteriormente, o mediador auxilia as partes a fazerem a melhor escolha entre as diversas sugeridas pelas mesmas, elegendo a MAN (melhor alternativa negociada) e a PAN (pior alternativa negociada).

- Iniciar a negociação pela pauta subjetiva
- Separar a pessoa do problema
- Concentrar nos interesses e não nas posições
- Ser positivo incentivando e elogiando os progressos
- Focar no futuro e evitar que se apeguem ao passado
- Gerar opções que tragam benefícios mútuos

- Articular necessidades e possibilidades
- Trabalhar idealmente com três alternativas
- Provocar reflexões: sobre custo-benefício, termos do cumprimento (teste de realidade)
- Auxiliar no MAN e no PAN
- Trabalhar com critérios objetivos: usando de instrumentos que confirmem legitimidade à proposta (tabela FIPE, preço de mercado, laudos, etc)
- Princípio da decisão informada: o mediador deve prestar esclarecimentos claros e suficientes para as partes sobre as circunstâncias fáticas e jurídicas que envolvam cada uma de suas decisões ao longo de toda a mediação

#### 5) Registro da solução encontrada

O termo de entendimento (ou termo de mediação ou termo de acordo) é redigido só ao final da sessão e conterà apenas a qualificação das partes e as disposições com as quais os mediandos tenham concordado expressamente. Todos os presentes assinam. Após homologação pelo juiz valerá como título executivo judicial.

- Redação do termo de entendimento: em linguagem clara e objetiva, especificando a forma de execução do acordo (Quem/ O Quê/ Quando/ Como/ Onde)
- Agradecer o empenho das partes e colocar-se à disposição

Embora o processo mediatório seja regido pela informalidade e flexibilidade, ainda assim cabe um encadeamento lógico dos procedimentos, pois que já testada e comprovada sua efetividade. A sequência de etapas auxilia no treino de mediadores e confere padronização e segurança ao processo. Ademais, uma vez dominado o básico, será muito mais tranquilo lidar com casos mais controvertidos, onde outras técnicas e passos se farão necessários.

### **5.3 ANÁLISE ECONÔMICA DA MEDIAÇÃO**

A AED (Análise Econômica do Direito) ou *Law and Economics* no inglês consiste no entrelaçamento da ciência econômica com a do direito. Com efeito, a economia como



componente basilar da vida social sempre esteve presente na formulação de leis, bem como na interpretação destas, e nas decisões do poder judiciário. Porém, essa presença somente ganhou corpo como objeto pertinente de estudo a partir da segunda metade do século XX, principalmente nos Estados Unidos da América com a escola do Realismo Jurídico de Chicago, cuja proposta defendia a reformulação do direito a partir da pesquisa empírica em grande escala. Concretamente, a atividade judiciária seria o objeto de estudo do Direito .

Surgiu assim uma nova corrente da teoria jurídica que busca o estudo interdisciplinar do direito, definindo-se a AED como um movimento de pensamento cuja característica essencial é a aplicação da teoria microeconômica neoclássica à análise das principais instituições e do sistema jurídico em seu conjunto, segundo Richard Posner (1977, p.15 – 16), Professor da Faculdade de Direito de Chicago e eminente doutrinador da Análise Econômica do Direito.

De modo que podemos compreender a AED como uma tentativa de incorporar no pensamento jurídico uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras, e os efeitos destas para atingir resultados mais eficientes. (ALVAREZ, 2006, p. 56). Baseia-se no fato de poder ser possível prever e explicar o resultado mais otimístico das normas em função do direito direcionar ora condutas inibidoras, ora incentivadoras, que, normalmente, assentam numa natureza econômica.

O movimento do Realismo Jurídico norte-americano apresentou-se inicialmente como alternativo ao direito instituído. Posteriormente, difundiu-se profusamente entre as grandes escolas de Direito, estendendo seu alcance à Europa no contexto político econômico-social globalizante e neoliberal, e, mais recentemente, à América Latina em países como a Argentina e o Brasil.

Fato é que vivemos inseridos em uma economia de mercado. Assim, a contribuição da AED como teoria jurídica reveste-se de grande valor face a uma realidade de recursos escassos onde os órgãos públicos lidam cada vez mais com restrições orçamentárias, tendo que fazer valer os direitos constitucionalmente consagrados. Para tanto a teoria compreende vários objetivos, aqui discriminados por Gonçalves e Stelzer (2005, p. 202):

À luz da LaE (*Law and Economics*), intentam-se verificar os efeitos inibidores e incentivos produzidos pelas normas jurídicas no meio social; o comportamento equitativo e eficiente induzido; a atribuição de riscos de forma

eficiente; a avaliação dos resultados, a distribuição de riqueza e a simbiose entre eficiência e justiça, já que o julgador deve comportar-se, frente ao caso concreto; solucionando a lide entre as partes de forma eficiente, maximizando resultados e induzindo comportamentos.

A fim de melhor compreender o conceito de eficiência para a ciência econômica cumpre esclarecer que o mesmo é elaborado sob dois critérios principais: Pareto e Kaldor-Hicks. Insta conhecê-los para perceber o potencial agregador da interdisciplinariedade da economia com o direito em suas múltiplas faces. Para tanto nos socorremos das explicações de Stajn e Zilberstajn (2005, p. X):

No que diz respeito à eficiente circulação da riqueza, o critério usual é o proposto por Pareto, segundo o qual os bens são transferidos de quem os valoriza menos a /quem lhes dá mais valor. O economista considera que a mudança é eficiente, numa sociedade, quando alguém fica melhor do que anteriormente com a mudança de alguma atribuição de bens anterior, sem que ninguém fique pior..

Outro critério proposto para avaliação da eficiência é desenvolvido por Kaldor e Hicks que, partindo de modelos de utilidade, tais como preconizados por Bentham, sugerem que as normas devem ser desenhadas de maneira a gerarem o máximo de bem estar ao maior número de pessoas.

Em outras palavras, o critério de Pareto (ou Ótimo de Pareto) seria aquele em as modificações em uma determinada sociedade melhoram a situação para alguém sem que haja a piora na situação de outrem (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 88), é, desta forma, um conceito que busca uma situação de equilíbrio.

Já a eficiência perante o critério de Kaldor-Hicks se daria quando em determinada alteração o proveito obtido por quem ganha permite compensar os prejuízos de quem perde (RIBEIRO; GALESKI, 2009, p. 88). Prega a maximização de resultado a alguém desde que esse ganho compense o que outro perdeu.

A decisão sobre qual dos dois critérios deve ser utilizado depende inteiramente de qual o objeto a ser analisado. A nosso sentir, o segundo conceito de eficiência (Kaldor-Hicks) será mais adequado para medir o alcance da efetividade e eficácia da justiça consensual, no caso a mediação judicial, face à jurisdição estatal convencional. O conceito de que a eficiência se alcança quando os ganhos compensam as perdas pode ser utilizado assim para a interpretação de institutos jurídicos.

Enfim, o critério de eficiência de Kaldor-Hicks para a adjudicação do Direito mostra-se mais adaptável à realidade haja vista considerar questões relacionais não computáveis mas necessárias, pois satisfazem necessidades humanas não alicerçadas em variáveis quantitativas, “como aquelas inerentes ao mérito social quando da tomada de decisão” (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 213).

Como visto, a AED parece poder contribuir para a adjudicação de determinado valor em detrimento de outro, entre bens legalmente protegidos, priorizando-se a aplicação de “metodologia que permita a escolha, dentre as opções de política jurídica, que se apresentem, aos legisladores e aos operadores do Direito, de forma a, eficientemente, ser obtido o melhor emprego dos escassos recursos e o bem-estar social” (GONÇALVES; STELZER, 2005, p. 200).

Uma vez destacada a pertinência da AED para aprimoramento do sistema jurídico, das instituições e das normas, convém lembrar antes de mais nada que esta inovadora teoria jurídica foi originalmente pensada para utilização no sistema da *common law*. Por esse fato, e visto que no Brasil opera-se essencialmente com base na *civil law*, há que ter cuidado na transferência de alguns institutos para a realidade brasileira como observa Aguiar (2013):

Logicamente, a utilização das teses de Posner na Europa ou em nosso país, não pode ser feita sem as necessárias adaptações, uma vez que são bastante diferentes as realidades econômicas e sociais dos Estados Unidos, da Europa e do Brasil. Mas, de forma alguma, essas diferenças devem ser levadas ao ponto de negar a utilidade da Análise Econômica do Direito para o estudo de várias questões jurídicas que podem ter uma resolução mais eficiente e justa, se tratadas sob esse novo enfoque.

Sem maiores pretensões de aprofundar todas as ramificações da AED, seletivamente pinçamos alguns fundamentos que se acreditam ajustados para compreender a aplicação da AED à mediação. Há ainda que salientar a ousadia de nossa abordagem visto que a AED é ainda muito pouco aplicada no Brasil, e ainda menos às formas alternativas de jurisdição. Contudo, acredita-se que a AED possibilita uma atitude progressista de interpretação do Direito.

Se os modelos econômicos são entendidos como gestores de recursos, por norma escassos, e aplicados para analisar objetivamente as decisões sociais, e por extensão as decisões sobre modelos de juridicidade, essa premissa é aplicada no direito legislado (*civil law*) com foco na redistribuição da riqueza condicionada à pressão dos variados

interesses (lobbies); e na *common law*, na maximização da riqueza, a partir das doutrinas. Por isso os autores estadunidenses priorizam a produção do direito. O método é funcionalista e não estrutural. Já nos países de *civil law* a aplicação é segundo Rosa (2008, p. 74):

Uma vez que essa tradição jurídica aponta o direito como aquele positivado, especialmente instituído pelo Legislador através de atos que lhe são próprios, validados através das regras de reconhecimento já presentes no sistema, o papel que a eficiência pode ter como guia moral pode depender de sua positivação em norma jurídica. Isso, sem dúvida, facilitaria a defesa de sua aplicabilidade nas mais diversas questões que se apresentam em face do direito.

Então, temos duas abordagens na AED que podem auxiliar em nosso trabalho: a análise econômica positiva (o que é), de cariz descritivo, onde o direito é avaliado de acordo com os efeitos que produz, não por critérios lógico-formais; e a análise econômica normativa (o que deve ser) do direito, a qual descreve e prescreve as mudanças que o direito deve fazer para incentivar ao máximo as pessoas a se comportar de modo a atingir o maior grau de eficiência. Ela indica quais consequências o direito deve causar na sociedade, o que inevitavelmente resulta num juízo de valor (análise valorativa).

Aqui nos esforçaremos para integrar o normativo com o positivo a partir de uma perspectiva de escolha pública (*public choice*) que examina como a legislação, a adjudicação e os mercados privados podem promover estruturas institucionais sólidas que facilitam a tomada de decisão individual. Isto, apesar da adjudicação acarretar em posicionamento político, como bem lembrado por Kornhauser (2007, p. 13):

Finalmente, a adjudicação é complexa. Como já foi observado, os juízes julgam, fazem doutrina, anunciam políticas e avaliam políticas. Políticas estão no centro dessas decisões. Os casos são resolvidos à luz das políticas anunciadas. Da mesma forma, a doutrina estrutura a política de uma maneira particular que nos permite avaliá-la razoavelmente.

A Teoria da *Public Choice* busca interpretar a tomada de decisão através da racionalidade, entendendo que a maximização dos interesses pessoais é o que move o comportamento dos indivíduos que atuam na esfera pública. Assim os agentes estatais tomariam decisões baseados na satisfação dos seus próprios interesses e não no interesse público da coletividade, conforme ditam Gonçalves e Stelzer (2005, p. 206):

Para o enfoque da *Public Choice* trata do estudo da tomada de decisões governamentais para prover o bem estar social optando pela defesa de bens públicos, tais como: meio ambiente, qualidade de vida, defesa dos interesses do País, saúde, educação, etc. Em última análise, é a utilização da Teoria Econômica junto à Ciência Política, na medida em que, por critérios de escolha, definem-se planos de ação objetivando maximizar opções dentro de perspectiva de escassez.

Para efeitos deste estudo, entende-se que a escolha social (*public choice*) ocorre quando os indivíduos buscam seu melhor interesse fora do manto da jurisdição judicial nos moldes sugeridos por Klick e Parisi (2007, p. 44):

A abordagem funcional do direito e da economia é informada por um reconhecimento explícito de que qualquer realidade social que procuremos explicar no nível agregado deve ser entendida como o resultado das escolhas e ações de seres humanos individuais que perseguem seus objetivos com uma compreensão formada independentemente da realidade que os rodeia, e estarão condicionados à estrutura de incentivos em que operam. A sociedade formada por indivíduos racionais deve perseguir regras que sejam compatíveis com o máximo bem-estar.

Se é fato que a mediação traz inegáveis vantagens para os jurisdicionados, beneficiados que são por uma prestação célere, mais gratificante e menos onerosa, de outra sorte poderíamos também arguir que terá havido por parte do legislador pátrio, e do próprio poder judiciário assoberbado que está com a excessiva demanda, a intenção de desafogar a prestação jurisdicional, de forma a alocar recursos onde realmente lhe interessa. Ainda que não ocorra de forma explícita, a hipótese se encaixa no escopo da AED, com base na teoria da *public choice*.

Dentro de um conceito de eficiência como definida pela AED, de análise de custo e benefício, o Estado pareceu entender não compensar manter o monopólio jurisdicional da resolução de conflitos, pois o custo econômico não traria um benefício social. Ao contrário: aumentaria o custo social haja vista que movimentar o aparato judicial é pesado e caro, e sua movimentação morosa. Como tal, parece ter-se apresentado mais benéfico economicamente ao Estado ceder à sociedade a possibilidade de resolver seus conflitos de forma negociada ao invés de teimosamente sustentar um judiciário inoperante, tal a incapacidade de julgar em tempo útil.

Sob o ponto de vista econômico, tem-se ainda a questão do custo de transação, mais alto no processo judicial que no acordo mediado. Douglass North (1990) explica o conceito baseado nas regras do jogo se estabelecerem com a finalidade de minimizar os custos de transação. Segundo o autor: "um conjunto de instituições políticas e econômicas

que ofereça transações de baixo custo viabiliza a existência de mercados eficientes de fatores e de produtos, necessários para o crescimento econômico”. Na mediação temos que o acordo trabalhado entre as partes e a celeridade do processo aliado a um mais baixo custo (quando comparado ao processo judicial) representam externalidades positivas que reduzem o custo de transação.

Essa visão encontra abrigo entre os teóricos da AED críticos dos objetivos puramente economicistas (DORFF; FERZAN, 2007, p. 21):

O objetivo proclamado da economia é encontrar políticas que maximizem o bem-estar. Por causa das dificuldades associadas à medição do bem-estar social, muitos economistas - e a grande maioria dos economistas jurídicos - concentram-se na maximização da riqueza. O pressuposto geralmente implícito (mas falho) é que o bem-estar social aumenta monotonicamente com a riqueza social.

Quando as partes envolvidas estabelecem uma relação de cooperação dentro do processo de barganha, o Estado não deve intervir. A intervenção do judiciário deve ser mínima para que a eficiência da lei e a atuação do Estado pressuponham que sempre é preferível uma solução de conflitos entre direitos de indivíduos que privilegie o acordo natural e espontâneo entre as partes. Neste modelo o estado condiciona os indivíduos a adotarem uma conduta que beneficia socialmente a todos.

Escrevendo de forma semelhante, Sarah Holtman, faz as seguintes perguntas: “de como instituições de misericórdia e perdão podem existir lado a lado com a justiça e como essa combinação se relaciona com o funcionamento eficiente de nossas outras instituições sociais (WHITE, 2007, p. XV). Nesse sentido defende Holtman (2007, p. 124):

As decisões legais que maximizam a riqueza, dizem os defensores, são preferíveis àquelas feitas com base na justiça, equidade ou justiça. Se esta é a compreensão da justiça que o modelo econômico endossa, porém, certamente devemos nos preocupar que, em casos de conflito, o modelo pedirá que reavaliemos as exigências da justiça, revisando aquelas que não servem ao verdadeiro objetivo subjacente desta primeira virtude, de instituições e leis. Essa liberdade é multifacetada. Exige proteção e apoio substanciais à liberdade individual e à igualdade de alocação entre os cidadãos, tanto das próprias liberdades quanto dos fardos necessários para sustentá-los. Nessa visão, o autogoverno, ou autonomia, também é central para a justiça. Um sistema justo de leis deve reconhecer significativamente a capacidade de cada cidadão de participar apenas da tomada de decisões dentro da comunidade e de usar efetivamente a liberdade (dentro dos limites da justiça) para moldar e assegurar uma vida individual.

Dentro da moldura de mecanismos agora disponíveis a mediação ganha importância gradual dada a crise jurisdicional evidente, seja pela morosidade crônica, seja pela quebra de confiança na infalibilidade da justiça feita nas decisões judiciais. Aos poucos vai-se tornando uma alternativa ao processo judicial. Essa troca do processo por outros meios é explicada por Bolzan de Moraes (2007, p. 320) da seguinte forma:

Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/ perdedor para passar a trabalhar com a lógica ganhador/ ganhador desenvolvida por outros meios de tratamento (dentre os quais a mediação), que auxiliam não só na busca de uma resposta consensuada para o litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda, produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. Nesses casos, não há um ganhador ou um perdedor: ambos são ganhadores.

Para tal fim, o legislador procurou estabelecer uma definição na lei que salvaguardasse o cuidado com a relação psicológica das partes. Nesse viés conceituou a mediação<sup>37</sup> como um procedimento pelo qual um terceiro – imparcial e independente –, dotado de técnicas específicas e sem sugerir a solução, busca aproximar das pessoas envolvidas no conflito e facilitar o diálogo entre si, a fim de que elas possam compreender as suas posições antagônicas, permitindo-lhes construir - por si mesmas - um caminho que leve em consideração os interesses e os sentimentos envolvidos na questão aparente, sempre de modo satisfatório para as diferentes partes que constituem o conflito. Constatase aqui uma irradiação da Teoria da Escolha Pública (*Public Choice*) onde os interesses dos destinatários prevalecem, alcançando-se o bem comum da forma mais harmoniosa.

Tanto é assim, que a AED já começa a ser entendida como característica marcante do processo de mediação ganhando espaço gradualmente em pesquisas. Senão vejamos o entendimento de Ferreira (2009, p. X):

A mediação tem natureza jurídica de contrato, é completamente vinculada a questões de direito privado, portanto, é lócus, por excelência, de manifestação do princípio da autonomia privada. Enfim, o que se busca é uma tutela eficiente, traduzida por uma solução obtida de forma ampla, plena, rápida, útil, eficaz e econômica. A fundamentação para a aplicabilidade da análise econômica do direito à mediação busca amparo na ideia, não pacificada, de que os seres humanos são sempre capazes de escolhas racionais privadas. Escolhas que têm por objetivo (ainda que implícito) a busca pela solução mais eficiente.

---

<sup>37</sup> Definição encontra-se na legislação 13.140/2015; 13.105/2015; Resolução 125 do CNJ/2010 e no Manual de Mediação Judicial do CNJ (nas cinco edições).

A análise econômica do direito, em um de seus pilares, visa a eficiência da prestação da Justiça. No caso concreto buscamos utilizar estes parâmetros econômicos para examinar questões da prestação jurisdicional focada na mediação, partindo da premissa de que as políticas públicas são decisões condicionadas pela estrutura institucional e influenciadas pela ação de grupos de pressão, e interesses de atores variados.

Nossa preocupação não é com a sua moral utilitária difundida por algumas das escolas, mas sim com a finalidade teleológica de que também comunga, a que defende o resultado se este traz felicidade. De acordo com esta linha, na economia comportamental, uma pessoa só faz uma mediação se tiver a sensação de felicidade e de justiça, apenas se despede do juízo com esse sentimento. Esses sentimentos, então, são os alvos para quem se alinha com esta escola. Por isso é que se atenta para que na sessão de mediação as pessoas não façam concessões imoderadas e alcancem sensações de paz. Se além do bem-estar resultante do processo de mediação se extrai o afastamento do processo judicial e a prevenção de conflitos futuros, então cremos que do ponto de vista da análise econômica a mediação constitui alternativa largamente favorável à economia.

#### **5.4 DADOS EMPÍRICOS DO CNJ E TJRS**

Entretanto, como visto no capítulo referente à mediação judicial no Brasil, o estado da arte revela algumas limitações à implementação da mediação judicial. Com efeito, tendo em vista que um dos requisitos basilares para a execução de uma política pública é a respectiva dotação orçamental, esta inicia, desde logo, fragilizada em razão da constrição monetária vivida pelo país, tanto em razão do quadro de recessão econômica como pelo congelamento da despesa pública, oriunda da regra do teto dos gastos, a Emenda Constitucional 95 de 2015 promulgada pelo governo do Presidente Michel Temer.

Entretanto é fato que a implantação de CEJUSCs e formação de mediadores é uma prioridade para o Poder Judiciário. A esse respeito, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ tem vindo a publicitar elementos sobre a situação nacional do judiciário, criando e divulgando o documento Justiça em Números, onde no último relatório anual disponível datado de 2018, relativamente ao ano base 2017, onde é possível constatar que a implementação da mediação como meio disponível para se resolverem demandas



judiciais segue a bom ritmo e já produz resultados que indicam estar-se no caminho certo para uma cultura de paz.

O gráfico abaixo (JUSTIÇA EM NÚMEROS, 2018, p. 137) demonstra a progressão estatística do “índice de conciliação” que “é dado pelo percentual de sentenças e decisões resolvidas por homologação de acordo em relação ao total de sentenças e decisões terminativas proferidas” no país, desde da edição da Lei de Mediação e novo Código de Processo Civil.

Figura 1 – Índice de Conciliações 2018 (ano-base de 2017)



Apesar das estatísticas concederem uma paridade de tratamento aos modelos de conciliação e mediação, que possuem características distintas<sup>38</sup> mas surgem nos dados estatísticos como se de um único instituto se tratasse, ainda assim é indiscutível os excelentes resultados obtidos pela implementação da política pública de resolução de conflitos.

Segundo o mesmo Relatório Justiça em Números 2018 do CNJ (2018, p. 137): “Na Justiça Estadual, havia, ao final do ano de 2017, 982 CEJUSCs instalados. [...] Esse

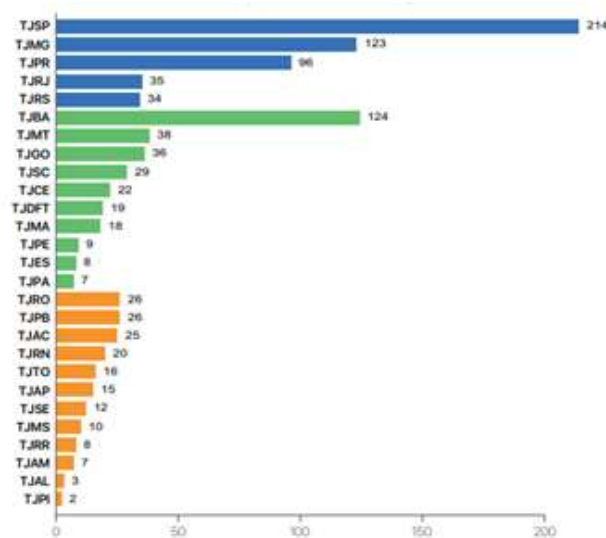
<sup>38</sup> O próprio CNJ faz questão de elucidar sobre as diferenças : “No Brasil, conciliação e mediação são vistos como meios distintos de solução de conflitos. Essa visão decorre, em grande parte, da evolução histórica desses instrumentos entre nós. O CPC (Lei n. 13.105/2015) reafirmou essa diferenciação no art. 165.

Na conciliação, o terceiro facilitador da conversa interfere de forma mais direta no litígio e pode chegar a sugerir opções de solução para o conflito (art. 165, § 2º). Já na mediação, o mediador facilita o diálogo entre as pessoas para que elas mesmas proponham soluções (art. 165, § 3º).

A outra diferenciação está pautada no tipo de conflito. Para conflitos objetivos, mais superficiais, nos quais não existe relacionamento duradouro entre os envolvidos, aconselha-se o uso da conciliação; para conflitos subjetivos, nos quais exista relação entre os envolvidos ou desejo de que tal relacionamento perdure, indica-se a mediação. Muitas vezes, somente durante o procedimento, é identificado o meio mais adequado.

número tem crescido ano após ano. Em 2014 eram 362 CEJUSCs, em 2015 a estrutura cresceu em 80,7% e avançou para 654 centros. Em 2016 o número de unidades aumentou para 808 e em 2017 chegou a 982” (2018, p. 137). Essa progressão geométrica pode ser visualizada no gráfico abaixo, o qual indica o número de CEJUSCs em cada Tribunal de Justiça. Esse número tem crescido ano após ano segundo o CNJ (Justiça em Números, 2018, p. 138):

Figura 2 – CEJUSCs na Justiça Estadual, por tribunal (ano-base 2017)



Ainda que o avanço no números de CEJUSCs em relação a anos anteriores seja promissor, mostra-se ainda uma realidade difícil contrariar a mentalidade arraigada de devoção ao processo judicial e à figura do juiz como entidade idealizada. O mesmo relatório admite a lenta progressão do índice de sucesso nas conciliações/mediações (Justiça em Números, 2018, p. 198):

A conciliação, política permanente do CNJ desde 2006, apresenta lenta evolução. Em 2017 foram 12,1% de processos solucionados via conciliação. Apesar de o novo Código de Processo Civil (CPC) tornar obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em dois anos o índice de conciliação cresceu apenas 1 ponto percentual. O dado positivo é o crescimento na estrutura dos CEJUSCs em 50,2% em dois anos - em 2015 eram 654 e em 2017, 982. Na próxima edição do Relatório Justiça em Números será possível contabilizar a conciliação na fase pré-processual, o que deve apresentar resultados mais alvissareiros.

Ou seja, há ainda uma longa estrada a percorrer para quebrar o paradigma do processo judicial. Contudo, se levarmos em consideração o potencial de expansão para Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) ainda passíveis de se atingir, facilmente deduzimos o grau de alastramento possível da oferta de mediação judicial no país. Consequentemente, e a par com uma melhor formação de mediadores e de conscientização em relação às vantagens da mediação, há bons argumentos para acreditar num aumento virtuoso no número de processos que findarão em acordo, evitando-se a judicialização massiva.

Esse fato já é observável no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) onde o NUPEMEC divulgou os dados empíricos do estado para 2018 em sua página na rede social Facebook<sup>39</sup>, os quais exemplificam a possibilidade de alcançar melhores taxas de entendimento comparativamente aos dados obtidos no restante do território brasileiro:

Figura 3 – Índices de Entendimento nos CEJUSCs do TJRS (ano-base 2018)



A leitura do quadro acima permite afirmar que o Rio Grande do Sul encontra-se bastante mais avançado relativamente à média nacional obtida pelo conjunto de todos os estados no ano de 2017. Felizmente, para maior acuidade deste trabalho, o TJRS providencia resultados individualizados tanto para a mediação como a conciliação. É

<sup>39</sup><https://www.facebook.com/NUPEMECTJRS/photos/a.916717355062419/2221620054572136/?type=3&theater>

possível observar que a mediação apresenta-se como alternativa mais produtiva para alcançar entendimentos, tanto na fase pré-processual (58% para mediação e 44% para conciliação) como na processual (41% para mediação e 21% para conciliação).

O Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (NUPEMEC/TJRS) possui 44 CEJUSCs instalados no Estado. Nestes centros laboram em torno de 1114 conciliadores e mediadores judiciais certificados. Em todos atendimentos realizados em CEJUSCs do Rio Grande do Sul os usuários respondem pesquisa de satisfação. E mesmo quando não há acordo/entendimento, mais de 90% dos usuários respondem que indicariam conciliação ou mediação e que houve melhora do diálogo, de acordo com informação disponibilizada pelo NUPEMEC na sua página na rede social Facebook<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> <https://www.facebook.com/NUPEMECTJRS/>

## 6 CONCLUSÃO

Esta pesquisa procurou estabelecer em que sentido a mediação de conflitos pode ser considerada um meio adequado para resolução de controvérsias no poder judiciário em um cenário de crise da jurisdição estatal e de disseminação do pluralismo jurídico, a partir da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça e consequente institucionalização da mediação no meio judiciário.

Com base no debate a respeito da teoria do conflito e na sistemática do conceito de justiça multiportas, examinaram-se as bases para o monopólio da jurisdição estatal de conflitos, posta em causa pelo resgate de outros meios adequados de resolução de controvérsias caracterizados pela autonomia, mas reclamados pelo próprio Estado como parte integrante de seus serviços públicos.

Na primeira parte deste trabalho constata-se que o instituto da mediação em sua essência não possui vínculo com o universo jurídico, integra as habilidades humanas desde priscas eras e renasceu em um mundo globalizado, onde se requer a construção de consensos, e tolerância com a discordância e com a diferença.

No capítulo referente à teoria do conflito foram apresentada a doutrina do conflito na sua vertente construtiva, defendida por Morton Deutsch, descartando a visão de conflito como algo negativo. Longe disso, observou-se poder ser entendido como uma oportunidade de aprimoramento. Destacou-se o foco da mediação na visão do conflito em sua vertente positiva, onde pode ser trabalhado pelo mediador e mediados, de forma a superar o problema por via da negociação assistida em que não há intervenção direta do terceiro, que se queda imparcial mas comprometido em auxiliar as partes a encontrarem uma solução para o conflito.

Trabalhamos ainda o conceito de Justiça Multiportas concebida como indicação adequada da solução às características específicas dos conflitos e às peculiaridades e condições especiais das pessoas envolvidas. Assim, verificamos que os meios adequados de resolução de conflitos endereçam o problema segundo sua natureza ao meio de resolução que mais se adequa, baseado no princípio da adequação. Vimos, contudo, que no Brasil vigora o princípio da alternatividade, refletido na forma como o sistema judiciário brasileiro atualmente incorporou este instituto. O convite para a audiência de mediação converteu-se em regra processual indiscriminada quanto aos destinatários e tipo

de processos, desde que fundados em relações continuadas que procurem compor sobre direitos disponíveis ou indisponíveis passíveis de transação.

Expusemos a crise da jurisdição estatal sufocada por restrições orçamentárias e exponencial aumento da demanda, mostra-se incapaz de lidar com o elevado volume de processos. Vimos que a formalidade dos ritos e rigidez dos procedimentos afeta a celeridade da prestação. Demonstrou-se ainda, que o problema não reside somente na ineficiência da prestação jurisdicional que precisa ser colmatada. Outrossim, o maior trunfo seria a qualidade da decisão ao final do processo, pela alteração do paradigma adversarial para o modelo de composição consensual, onde o conflito é trabalhado.

Apresentamos dados jurimétricos que atestam a crise de desconfiança na justiça, embora revelem que o Poder Judiciário dentre os três poderes ainda é o que possui maior fiabilidade. Tais resultados indicam a necessidade de envidar ações concretas que possam contribuir para a eficácia e a efetividade dos meios consensuais de resolução de conflitos, ampliando o acesso à Justiça e a implantação de práticas de gestão preventiva de conflitos. Pois acesso à justiça não se trata somente de acesso ao judiciário.

A partir das doutrinas de Norberto Bobbio e Luís Alberto Warat obtivemos a premissa de que a mediação é instrumento de aprimoramento da democracia e fomentadora da emancipação social. Confirmamos constituir-se um meio democrático e consensual de solução de conflitos, que orienta e capacita os mediandos para a comunicação positiva, incentivando a participação ativa das pessoas no processo de construção de soluções para os problemas que enfrentam, resgatando a sua autoestima e despertando-as para o seu potencial transformador. Esse processo gera a tomada de consciência de que são capazes de descobrir e construir soluções adequadas, estimulando a refletir acerca do seu papel como cidadãos convivendo em sociedade. Por extensão, compreendem a possibilidade para encontrar soluções para os problemas coletivos e colaborar para no debate democrático.

Verificou-se que a globalização na sua vertente jurídica trouxe inegáveis contribuições ao empoderamento individual que podem conduzir a uma verdadeira emancipação social. Embora o pluralismo jurídico dela decorrente tenha surgido principalmente para servir à livre circulação de bens e capitais, dando primazia à liberdade contratual característica do liberalismo mais agressivo, carregando consigo a semente do individualismo mais exacerbado, transbordou, ainda assim, para a criação de mecanismos baseados na autonomia individual, os quais servem para aplicação nas

relações jurídicas entre particulares. Vimos que a mediação é também fruto desse movimento.

Examinaram-se os princípios e valores mais relevantes aplicados à mediação judicial. Constatou-se que estão disseminados por vários documentos normativos, sem que nenhum deles produza um rol taxativo. Deduzimos que dificilmente será possível fazê-lo em razão da criatividade que é exigida pela atividade, a qual oferece abertura a que paulatinamente outros princípios e valores possam ser agregados.

No capítulo relativo à mediação judicial, descortinamos algum ambiguidade na forma como o poder judiciário acolheu esta política pública. Se, por um lado: o discurso oficial revela a vontade de ampliar o acesso à justiça segundo a máxima do professor Watanabe: um acesso qualificado à justiça que propicie ao jurisdicionado a obtenção de tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, enfim, um acesso a uma ordem jurídica justa; por outro, percebe-se que o modelo desenhado pelo judiciário aponta para a urgência em lidar com a crise jurisdicional e a morosidade que paralisa a justiça.

Constatamos ainda que a Análise Econômica do Direito aplicada à mediação revela inegáveis vantagens para os jurisdicionados, beneficiados que são por uma prestação célere, mais gratificante e menos onerosa. De outra sorte verificamos ter havido por parte do legislador pátrio, e do próprio poder judiciário assoberbado que está com a excessiva demanda, a intenção de desafogar a prestação jurisdicional, de forma a alocar recursos onde realmente lhe interessa. Ainda que não ocorra de forma explícita, a hipótese se encaixa no escopo da AED, com base na teoria da *public choice*.

Demonstrou-se também, dentro de um conceito de eficiência como definida pela AED, de análise de custo e benefício, que o Estado pareceu entender não compensar manter o monopólio jurisdicional da resolução de conflitos, pois o custo econômico não traria um benefício social. Ao contrário: aumentaria o custo social haja vista que movimentar o aparato judicial é pesado e caro, e sua movimentação morosa. Como tal, parece ter-se apresentado mais benéfico economicamente ao Estado ceder à sociedade a possibilidade de resolver seus conflitos de forma negociada ao invés de teimosamente sustentar um judiciário inoperante, tal a incapacidade de julgar em tempo útil.

Em conclusão, o Conselho Nacional de Justiça, conforme dados estatísticos, realmente tem alcançado algum sucesso na promoção da cultura de pacificação social, como pretende a Resolução 125/2010, que estabeleceu uma política de pacificação social e resolução adequada de conflitos de interesse. Com efeito, trata-se de uma iniciativa com

vistas a melhorar o desempenho da justiça nacional. Os dados qualitativos apresentados pelo NUPEMEC do Rio Grande do Sul, relativos a 2018, também apontam nessa direção.

Porém, embora tenha produzido resultados auspiciosos, esta política necessita de ampliação para além do âmbito do judiciário. A legislação vigente na esteira da Resolução 125/2010 sedimentou degraus para uma transformação da mentalidade de litigiosidade nacional, começando pelos operadores do direito que ainda oferecem grande resistência à adesão pelos meios consensuais, contudo necessita maior expansão e divulgação, especialmente entre a população em geral que ainda desconhece as vantagens.

Neste trabalho estudamos os meios autocompositivos, com destaque para a mediação e com foco na investigação do modelo judicial. Buscamos pesquisar como vem sendo implementada a institucionalização da mediação no judiciário. Verificamos que, se bem resguardada a salvaguarda de direitos fundamentais, o modelo judicial tem o potencial de assegurar o acesso à justiça a todos os titulares desse direito, de maneira mais humanizada, pois que se trata de uma justiça consensual, autoconstruída, que oferece maior satisfação ao final do processo. É sempre bom lembrar que a instituição judicial possui de antemão a confiança das partes como foro clássico de solução de conflitos. Por isso a institucionalização da mediação no meio judicial surge, desde logo, legitimada.

Entrementes, constatou-se haver limitações na conformação judicial que poderiam ser colmatadas pela sociedade civil, tais como instalações físicas precárias, mentalidade institucional que afeta o resultado e dinâmica da mediação, restrições econômicas do Estado que se refletem na parca ou inexistente retribuição monetária de mediadores, deficiente compreensão dos gestores da política judiciária acerca do que consiste o processo de mediação.

Naturalmente, maiores êxitos poderiam ser obtidos, se a política pública se estendesse além da esfera e domínio do Poder Judiciário, a exemplo do que ocorre em outros países como Estados Unidos e Japão, através do sistema de Justiça Multiportas. Ainda que mantendo o fundamento do monopólio da jurisdição pelo Estado, mas que estendesse seus objetivos para a sociedade civil, concretizando efetivamente a cultura de pacificação judicial e o acesso à justiça.

Do exposto, ampliam-se as expectativas quanto ao futuro da mediação judicial que se percebe bastante promissor. Naturalmente, muito precisará ainda ser feito. Porém, baseado na vontade política e nos esforços empregados pelo judiciário na implantação da mediação como política pública de acesso à justiça célere e efetiva, auspiciam-se



mudanças positivas na forma de fazer justiça. Trata-se de uma via de mão dupla onde a sociedade também ganha uma maior consciência individual e coletiva da capacidade inerente à pessoa e à comunidade de pessoas (conflitos coletivos) de resolver problemas sem intervenção direta do Estado.

Foram identificados e analisados importantes trabalhos na área, assim como se acessou a base de dados pública do CNJ, a principal fonte de dados sobre mediação no Brasil, onde se verificou o crescimento da mediação face ao processo judicial. Embora ainda tímido em alguns estados, prospera em outros. Desde já se constata a acentuada disseminação dos CEJUSCs pela grande maioria dos tribunais. Os indícios observados levam a crer que caso a velocidade de implementação e o engajamento na execução da política pública prossigam a bom vento a mediação ganhará espaço como um meio de restaurar a paz social de forma célere, informal, com grande satisfação e cumprimento das soluções por todos construídas.

Contudo, observou-se com alguma preocupação que alguns dos gestores da política pública de mediação judicial tendem a uma vinculação com uma perspectiva acordista, preocupada como o eficientismo neoliberal. Confusos em relação aos fins da mediação, incentivariam a produção de resultados num modelo originalmente concebido para ir além do acordo, pois que destinado a resolver o conflito. Porém, acredita-se vivenciarmos um período de transição composto de uma nova realidade a que o judiciário precisa se acostumar. Naturalmente, os profissionais já certificados e os magistrados mais conhecedores do instituto da mediação já constituem grupos de pressão que promovem mudanças no sentido do reconhecimento da necessidade de retribuir o mediador como profissional qualificado para tanto.

Concluiu-se que a mediação judicial foi desenhada como um modelo híbrido que procura dar espaço aos sentimentos na justa medida em que tal contribua para a gestação de opções que respondam às necessidades e interesses revelados no processo sem muita preocupação em aprofundar questões subjetivas. Esta constatação revela a raiz do modelo negocial inspirado em Harvard, pouco alterado para incluir práticas de viés transformador-humanista. Portanto, pode facilmente resultar castrada de seu potencial transformador caso o modelo não seja aplicado com o rigor preconizado na literatura.

Portanto, deduzimos do todo que o futuro da conciliação e da mediação judicial pode ser promissor, mas depende de uma séria vontade política, da disseminação e institucionalização dos Cejuscs pelos tribunais, da capacitação rigorosa e da reciclagem

constante de conciliadores e mediadores, de sua profissionalização (que inclui a remuneração) e do abandono de técnicas que, embora adotem o rótulo de conciliação e mediação, nada mais são do que métodos de cobrança de dívidas, em que inexistem o verdadeiro diálogo e a decisão informada. Nesse sentido seria recomendável uma reforma estrutural do Judiciário para que reflita valores como eficiência, credibilidade e eficácia.

## REFERÊNCIAS

AGUIAR, Bernardo Augusto Teixeira de. **A análise econômica do direito: aspectos gerais.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVI, n. 110, mar 2013. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13019&revista\\_caderno=27](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13019&revista_caderno=27)>. Acesso em: 02 dez. 2019.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuada – o exemplo do NUPEMEC – TJ/RS.** In: Apresentação da obra de Dionara Oliver Albuquerque. Coleção Mediação, Volume II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017. E-book disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/Colecao-Mediacao-2017-Vol-II.PDF>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ALBUQUERQUE, Dionara Oliver. **O marco legal da mediação no Brasil e o mediador judicial, sua capacitação e formação continuada – o exemplo do NUPEMEC – TJ/RS.** Coleção Mediação, Volume II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017. E-book disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/Colecao-Mediacao-2017-Vol-II.PDF>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** (Org.) Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2003. V. 2. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/terceira-parte-artigo-dos-pesquisadores/a-teoria-dos-jogos-uma-fundamentacao-teorica-dos-metodos-de-resolucao-de-disputa>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ALMEIDA, Tânia. **Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos.** São Paulo: Dash, 2014.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise Econômica do Direito: contribuições e desmistificações.** Direito, Estado e Sociedade. v.9, n.29, p.49-68, jul.-dez. 2006. Disponível em: <<http://publique.rdc.puc-rio.br/direito>>. Acesso em: 12 dez. 2018.

ANDRÉS CIURANA, Baldomero. **La mediación civil y mercantil: una asignatura pendiente en España.** (a propósito de la propuesta de directiva sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles). Actualidad Jurídica Uría Menéndez. n. 12, Madrid, Sept./Dec. 2005.

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Controvérsias.** 1. ed. São Paulo: Editora Intelecto, 2017.

ATIENZA, Manuel. **Podemos Hacer Más: outra forma de pensar El derecho.** Madrid: Pasos Perdidos, 2013.

AZEVEDO, André Gomma de. **Fundamentos de Mediação de Conflitos para Magistrados.** Disponível em: <https://www.jfce.jus.br/images/esmafe/material-didatico/2009/fundamentosMediacaoConflitosMagistrados-andreGommaAzevedo.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2019

\_\_\_\_\_. (org.). **Manual de Mediação Judicial**, 6ª edição. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

\_\_\_\_\_. (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação.** 1 ed. Brasília: Editora Grupos de Pesquisa, 2003, v. 3.

\_\_\_\_\_. **Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual.** In: Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação. v. 3, Brasília, Ed. Grupos de Pesquisa, 2005, p. 151. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/segunda-parte-artigos-dos-professores/perspectivas-metodologicas-do-processo-de-mediacao-apontamentos-sobre-a-autocomposicao-no-direito-processual>>. Acesso em 20 nov. 2019.

BAKAN, Joel. **The corporation: the pathological pursuit of profit and power.** New York: Free Press, 2004a. Disponível em: <http://www.thecorporation.com/>. Acesso em: 10 ago. 2018.

BARBOSA, Águida Arruda. **Mediação Familiar: instrumento para a reforma do judiciário.** In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil Brasileiro. Anais do IV Congresso Brasileiro do Direito de Família. Belo Horizonte, 2006.

\_\_\_\_\_. **Mediação Familiar: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas.** Dissertação de Mestrado. São Paulo: Faculdade de Direito da USP, 2003.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política.** trad. Carmen C, Varriale et ai.; coord. trad. João Ferreira; rev.geral João Ferreira e Luís Guerreiro Pinto Cascais. - Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1ª ed., 1998. V.1.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 6ª ed, 1986.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOLZAN DE MORAIS, José Luís. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 18 Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial**, 5ª edição. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Justiça em Números 2018**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c3216.pdf>>. Acesso em: 11 ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Relatório Mediação e Conciliação Avaliadas Empiricamente**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/d0da6f63aa19de6908bd154f59254b93.pdf>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução Nº 125 de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>. Acesso em: 16 Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. Constituição(1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Seção 1. p. 1. Disponível em: <<https://goo.gl/6b0EbE>>. Acesso em: 01 fev. 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.140 de 26 de junho de 2015. Lei da Mediação**. Disponível em: <<https://goo.gl/UQ5kMd>>. Acesso em 18 Ago. 2018.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei 4.891/2005**. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=45523103BFA68E5522F2EF49524876AA.proposicoesWebExterno1?codteor=1544218&filenam e=Avulso+PL+4891/2005](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=45523103BFA68E5522F2EF49524876AA.proposicoesWebExterno1?codteor=1544218&filenam e=Avulso+PL+4891/2005)>. Acesso em 16 Ago. 2018.

BUSH, Baruch, Robert A.; FOLGER, Joseph P. **The promise of mediation: the transformative approach to conflict**. San Francisco: Jossey Bass, 2004.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. 2. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006.

CALCATERRA, Rubén A. **Mediación estratégica**. Barcelona: Gedisa Editorial, 2002.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. **Direito econômico e direito administrativo: o estado e o poder econômico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2006.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris Editora, 1988.

CASTELLS, Manuel. **Redes de indignação e esperança**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. RJ:ZAHAR, 2013.

COSTA E SILVA, Paula. **A nova face da justiça: os meios extrajudiciais de resolução de controvérsias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CRESPO, Mariana Hernandez. In: **Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximização do sistema de solução de conflitos no Brasil** / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

CRUZ, Rossana Martingo. **Mediação Familiar, Limites Materiais dos Acordos e o seu controlo pelas autoridades**. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito da Família, 25, Coimbra Editora, Coimbra, 2011

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 13ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

CUNHA, Luciana Gross (coord.). **Relatório ICJBrasil**, 1º semestre de 2017, ano 9, 10/2017. Disponível em:  
[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 16 mai. 2019.

DALDEGAN, Dynair Alves de Souza. **A mediação ontem e hoje – suas indicações**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, v. 1, n. 1, p. 109-118, jul./dez. 1999.

DEUTSCH, Morton. **The Resolution of Conflict: constructive and destructive processes**. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Pp. 1-32 apud AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3.

DORFF, Michael B. ; FERZAN, Kimberly Kessler. **Is There a Method to the Madness? Why Creative and Counterintuitive Proposals Are Counterproductive**. In: WHITE, Mark D. (ed), Theoretical Foundations of Law and Economics. New York: Cambridge University Press, 2009.

DOWBOR, Ladislau. **Governança corporativa: o caótico poder dos gigantes financeiros**. Revista Pesquisa & Debate. São Paulo. Vol. 27. Número 2 (50). Dez 2016

FAGUNDES, Izabel Cristina Peres. **A mediação no poder judiciário do estado do Rio Grande do Sul e a supervisão na formação do mediador judicial**. Coleção Mediação, Volume II. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2017. E-book disponível em:  
 <<https://www.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/Colecao-Mediacao-2017-Vol-II.PDF>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Introducao-historica-e-modelos-de-mediacao-Faleck-e-Tartuce.pdf>>. Acesso 13 nov. 2019.

FARIA, José Eduardo. **Direito e Justiça no Século XXI: a crise da Justiça no Brasil**. Coimbra/Portugal. Seminário Direito e Justiça no Século XXI, 2003. Disponível em: <<http://opj.ces.uc.pt/portugues/novidds/comunica/JoseEduarFaria.pdf>>. Acesso em: 03 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERREIRA, João Bosco Dutra. **Análise econômica do direito, mediação e direito de família: um estudo da jurisprudência dos tribunais e o binômio necessidade-possibilidade**. In: Congresso Nacional do CONPEDI, Anais do XVIII Congresso Nacional. São Paulo: CONPEDI, 2009. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao\\_paulo/2254.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/sao_paulo/2254.pdf)>. Acesso em 02 fev. 2019.

FIORELLI, José Osmir; FIORELLI, Maria Rosa; MALHADAS JR Marcos Julio Olivé. **Mediação e solução de conflitos: teoria e prática**. Imprensa: São Paulo, Atlas, 2008.

FRANÇA, Vladimir da Rocha. **Eficiência administrativa**. In: Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Renovar, n. 220, abr./jul. 2000.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação e Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos**. 273f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. doi:10.11606/T.2.2011.tde-24042012-141447. Acesso em: 10 set. 2019.

GARTH, Bryan; CAPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

GLASER, Tania. **Sara Cobb, "Empowerment and Mediation: A Narrative Perspective"**. Negotiation Journal 9:3 (July 1993), pp. 245-255. Summary by Tanya Glaser. Disponível em: <<http://www.colorado.edu/conflict/transform/cobb.htm>>. Acesso em 15 dez. 2019.

GONÇALVES, E.; STELZER, D. **O Direito e a Ciência Econômica: a possibilidade interdisciplinar na contemporânea Teoria Geral do Direito**. 2007.DOI: <https://doi.org/10.14295/juris.v1i1i0.595>. Acesso em: 06 jan. 2019.

GOUVEIA, Mariana França. **Curso de Resolução Alternativa de Litígios**. Lisboa: Almedina, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Conciliação e juizados especiais de pequenas causas**. In: WATANABE, Kazuo. (Org.). Juizado especial de pequenas causas. São Paulo: RT, 1985.

\_\_\_\_\_. **Mediação paraprocessual.** In: Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximização do sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

\_\_\_\_\_. **Deformalização do processo e deformalização das controvérsias.** Revista de informação legislativa, v. 25, n. 97, p. 191-218, jan./mar. 1988.

HOLTMAN, Sarah. **Justice, Mercy, and Efficiency.** In: WHITE, Mark D. (ed), Theoretical Foundations of Law and Economics. New York: Cambridge University Press, 2009.

IBDFAM. Carta de Princípios, Valores e Diretrizes Orientadores da Mediação Interdisciplinar do Instituto Brasileiro de Direito de Família. 2013. Disponível em: <[http://www.ibdfam.org.br/imagens\\_up/CARTA%20DE%20PRINC%20C3%8DPIOS\\_.pdf](http://www.ibdfam.org.br/imagens_up/CARTA%20DE%20PRINC%20C3%8DPIOS_.pdf)>. Acesso em 28 dez. 2019.

KLICK, Jonathan ; PARISI, Francesco. **Functional Law and Economics.** In: WHITE, Mark D. (ed), Theoretical Foundations of Law and Economics. New York: Cambridge University Press, 2009.

KORNHAUSER, Lewis A.. **Modeling Courts.** In: WHITE, Mark D. (ed), Theoretical Foundations of Law and Economics. New York: Cambridge University Press, 2009.

LEITE, Gisele. **Um breve histórico sobre a mediação.** Disponível em: <<https://professoragiseleite.jusbrasil.com.br/artigos/437359512/um-breve-historico-sobre-a-mediacao>>. Acesso em: 15 nov. 2018.

LIMA, Lizana Leal; SPENGLER, Fabiana Marion. **Meios Alternativos à Jurisdição: uma resposta à crise do judiciário?** Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Strictu Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.4, n.3, 3º quadrimestre de 2009. Disponível em: <[www.univali.br/direitoepolitica](http://www.univali.br/direitoepolitica)>. Acesso em: 14 out. 2019.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ensino jurídico e mudança social.** 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MACHADO, Cláudio Fernandes. **Mediação com múltiplas partes no setor agrícola no estado do rio grande do sul: o diálogo como instrumento de mudança de paradigma.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Suporte Operacional, Serviço de Impressão e Mídia Digital, 2017. Disponível em: <https://www1.tjrs.jus.br/export/processos/conciliacao/ebooks/Colecao-Mediacao-2017-Vol-III.PDF>. Acesso em 29 dez. 2019.

MAFFINI, Rafael. **Direito Administrativo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 4 ed, 2013.



- MANNING, Roxy; SKINNER, Janey. **CNV: mudando a consciência, os relacionamentos e os sistemas**. Trad. Marcela Braz. 2018. Disponível em: <<http://carolinanon.com/cnv-mudando-a-consciencia-os-relacionamentos-e-os-sistemas/>>. Acesso em: 02 out. 2018.
- MAYER, Bernard. **The Dynamics of Conflict Resolution**. San Francisco, 2000: Jossey Bass.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MENGLER, Thomas. **A palavra da University of Saint Thomas School of Law**. In: Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil / Organizadores: Rafael Alves de Almeida, Tania Almeida, Mariana Hernandez Crespo. – Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.
- MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **O conflito, o monopólio estatal de seu tratamento e a construção de uma resposta consensuada: a “jurisconstrução”**. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 303-326, jan. 2007. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15059>>. Acesso em: 25 ago. 2018.
- MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos**. Trad. Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.
- MÜLLER, Fernanda Graudenz; BEIRAS, Adriano; CRUZ, Roberto Moraes. **O trabalho do psicólogo na mediação de conflitos familiares: reflexões com base na experiência do serviço de mediação familiar em Santa Catarina**. Aletheia, n. 26, p. 196-209, jul./dez. 2007. Disponível em: <<http://pepsic.bvsalud.org/pdf/aletheia/n26/n26a16.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. VI. único, 8ª ed. Salvador: Juspodivm. 2016.
- NORTH, Douglass. **Custos de transação, instituições e desempenho econômico**. Instituto Liberal, 1992. Institutions, institutional change and economic performance. New York: Cambridge University Press, 1990.
- OLIVEIRA JÚNIOR J. A .; DE SOUZA L.R.. **Sociologia do Direito: desafios contemporâneos**. 1ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.
- POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown, 1977.
- RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.
- RICUPERO, Rubens. **Profissionalização do servidor público: requisito para o desenvolvimento**. In: Revista do Serviço público, V. 45, N. 2, Brasília, 1994.

Disponível em: <https://revista.enap.gov.br/index.php/RSP/issue/view/88>. Acesso em 15 Ago. 2018.

ROSA, Alexandre Morais; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a “Law & Economics”**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

ROSA, Christian Fernandes Gomes da. **Eficiência como axioma da Teoria Econômica do Direito**. (Dissertação de mestrado), 2008, Universidade de São Paulo – USP/SP.

SALES, Lilia Maia de Morais; SOUSA, Maria Almeida de. **A Mediação e os ADR’S (Alternative Dispute resolutions) – A Experiência norte-americana**, in Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 2 – mai/ago 2014.

\_\_\_\_\_. **Mediação facilitativa e “mediação” avaliativa – estabelecendo diferença e discutindo riscos**. Disponível em:

<<http://siaiweb06.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/3267/2049>>. Acesso em: 13 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Mediare: um guia prático para mediadores**. 2ª ed.rev.atual. e ampl. - Fortaleza: Universidade de Fortaleza. 2004.

\_\_\_\_\_; RABELO, Cilana de Morais Soares. **Meios consensuais de solução de conflitos Instrumentos de democracia**. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 46 n. 182 abr./jun. 2009. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril\\_v46\\_n182\\_p75.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/46/182/ril_v46_n182_p75.pdf)>. Acesso em: 22 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Del Rey – Belo Horizonte, 2004.

SANDER, Frank. **Future of ADR, in Journal of Dispute Resolution**. Issue 1, Article 5. University of Missouri School of Law Scholarship Repository, 2000. Disponível em: <<http://scholarship.law.missouri.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1045&context=jdr>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

SANTANA, Daldice. **CNJ participa de seminário sobre conciliação e o novo CPC**. Notícia disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82263-cnj-participa-de-seminario-sobre-conciliacao-e-o-novo-cpc>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O Estado heterogêneo e o pluralismo jurídico**. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; TRINDADE, João Carlos (Org.). **Conflito e Transformação Social: Uma Paisagem das Justiças em Moçambique**. v. I. Porto: Afrontamento, 2003.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. Oxford: Oxford University Press, 1999.

SERPA, Maria de Nazareth. **Entraves na Realidade da Mediação**. In: Reflexões sobre Mediação. Ricardo Cesar Correa Pires Dornelles - Herta Grossi (Organizadores); André Jobim de Azevedo...[et.al.]. Porto Alegre: OAB/RS, 2018.

\_\_\_\_\_. **Acesso ao Sistema Judicial.** Revista de Processo, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 158, mai. 2008. Disponível em: <  
[https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1924522/mod\\_resource/content/0/Paula%20Costa%20e%20Silva%20%20O%20acesso%20ao%20sistema%20judicial%20e%20os%20meios%20alternativos%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20controv%C3%A9rsias.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1924522/mod_resource/content/0/Paula%20Costa%20e%20Silva%20%20O%20acesso%20ao%20sistema%20judicial%20e%20os%20meios%20alternativos%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20controv%C3%A9rsias.pdf)>. Acesso em: 10 nov. 2019.

SIX, François. **Dinâmica da Mediação.** Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

SOUZA, Aiston Henrique de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** 5. ed. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2016.

STAJN, Raquel; ZYLBERSTAJN, Décio (org.). **Direito & Economia: análise econômica do direito e das organizações.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

STANDING, Guy. **O precariado: a nova classe perigosa.** tradução Cristina Antunes. 1 ed.; 1 reimp. - Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos.** In Novas

Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em: <[www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora](http://www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora)>. Acesso em 21 dez. 2019.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e Efetivação da Prestação Jurisdicional. Insuficiência da Reforma das Leis Processuais.** Belo Horizonte: 2004.

THESING, Josef. **La democracia: también una forma de vida.** Diálogo Político, Buenos Aires, v. 22, n. 1, p. 141-155, 2005.

URY, William. **Como chegar ao sim com você mesmo.** Tradução de Afonso Celso da Cunha. Rio de Janeiro: Sextante, 2015.

WARAT, Luiz Alberto. **Em nome do acordo: a mediação no direito.** Argentina: Almed, 1998.

\_\_\_\_\_. **O ofício do mediador.** Florianópolis: Habitus, 2001.

\_\_\_\_\_. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador.** Florianópolis: Fundação Boiteux, v. 3, 2004.

WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses.** In PELUZO, Min. Antônio Cezar e RICHA, Morgana de Almeida (Coords.) Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional, Rio de Janeiro: Forense, 2011.

\_\_\_\_\_. **Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos.** In Tribunal Multiportas – Investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. (Org.) CRESPO, Maria Hernandez. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2012.

WHITE, Mark D.. **Theoretical Foundations of Law and Economics.** New York: Cambridge University Press, 2009.

Winslade, J.; Monk, G. **Practicing Narrative mediation: Loosening the Grip of conflict.** San Francisco, CA: Jossey Bass, 2008.

\_\_\_\_\_. **Mediação narrativa: uma abordagem diferenciada para a resolução de conflitos.** Revista Nova Perspectiva Sistêmica, Rio de Janeiro, n. 54, p. 7-16, abril 2016. Disponível em: < <http://revistanps.com.br/nps/article/view/99/121>>, Acesso em: 18 nov. 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 2<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1997.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito.** 3<sup>a</sup> ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

\_\_\_\_\_. **Do paradigma político da representação à democracia participativa.** Sequência: Revista do curso de pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, ano XXII, v. 22, n. 42, p. 83-97, jul. 2001. <https://doi.org/10.5007/%25x>. Acesso em: 22 dez. 2019.

\_\_\_\_\_. **Pluralismo jurídico, direitos humanos e interculturalidade.** Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 113-128, jan. 2006. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15095/13750>>. Acesso em: 11 set. 2018. doi: <https://doi.org/10.5007/%x>.

YARN, Douglas E. **Dictionary of Conflict Resolution.** São Francisco: Ed. Jossey-Bass Inc., 1999. p. 272 apud AZEVEDO, André Gomma de (Org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Ed. Grupos de Pesquisa, 2004. v. 3. p. 313.

ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Alcalá. **Proceso, Autocompición y Autodefensa: Contribución al Estudio de Los Fines del Proceso.** 3. ed. Cidade do México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos.** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC – vol. 9). Salvador: JusPODIVM, 2018.

ZOLO, Danilo. **Globalização: um mapa dos problemas.** Trad. Anderson V. Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2010.

## ANEXOS

### ANEXO A. Lei de Mediação Nº 13.140 de 26/06/2015

#### **LEI Nº 13.140, DE 26 DE JUNHO DE 2015.**

##### Vigência

Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

**A PRESIDENTA DA REPÚBLICA** Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. 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.

#### CAPÍTULO I

#### DA MEDIAÇÃO

#### Seção I

#### Disposições Gerais

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

- I - imparcialidade do mediador;
- II - isonomia entre as partes;
- III - oralidade;
- IV - informalidade;
- V - autonomia da vontade das partes;
- VI - busca do consenso;
- VII - confidencialidade;
- VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

§ 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.

§ 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público.

## **Seção II**

### **Dos Mediadores**

#### **Subseção I**

##### **Disposições Comuns**

Art. 4º O mediador será designado pelo tribunal ou escolhido pelas partes.

§ 1º O mediador conduzirá o procedimento de comunicação entre as partes, buscando o entendimento e o consenso e facilitando a resolução do conflito.

§ 2º Aos necessitados será assegurada a gratuidade da mediação.

Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.

Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas.

Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Art. 8º O mediador e todos aqueles que o assessoram no procedimento de mediação, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, são equiparados a servidor público, para os efeitos da legislação penal.

#### **Subseção II**

##### **Dos Mediadores Extrajudiciais**

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

#### **Subseção III**

##### **Dos Mediadores Judiciais**

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido

capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

### **Seção III**

#### **Do Procedimento de Mediação**

##### **Subseção I**

##### **Disposições Comuns**

Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

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.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

## **Subseção II**

### **Da Mediação Extrajudicial**

Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.

Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Art. 22. A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo:

I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite;

II - local da primeira reunião de mediação;

III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação;

IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

§ 1º A previsão contratual pode substituir a especificação dos itens acima enumerados pela indicação de regulamento, publicado por instituição idônea prestadora de serviços de mediação, no qual constem critérios claros para a escolha do mediador e realização da primeira reunião de mediação.

§ 2º Não havendo previsão contratual completa, deverão ser observados os seguintes critérios para a realização da primeira reunião de mediação:

I - prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite;

II - local adequado a uma reunião que possa envolver informações confidenciais;

III - lista de cinco nomes, informações de contato e referências profissionais de mediadores capacitados; a parte convidada poderá escolher, expressamente, qualquer um dos cinco mediadores e, caso a parte convidada não se manifeste, considerar-se-á aceito o primeiro nome da lista;

IV - o não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação acarretará a assunção por parte desta de cinquenta por cento das custas e honorários sucumbenciais caso venha a ser vencedora em procedimento arbitral ou judicial posterior, que envolva o escopo da mediação para a qual foi convidada.

§ 3º Nos litígios decorrentes de contratos comerciais ou societários que não contenham cláusula de mediação, o mediador extrajudicial somente cobrará por seus serviços caso as partes decidam assinar o termo inicial de mediação e permanecer, voluntariamente, no procedimento de mediação.

Art. 23. Se, em previsão contratual de cláusula de mediação, as partes se comprometerem a não iniciar procedimento arbitral ou processo judicial durante certo prazo ou até o implemento de determinada condição, o árbitro ou o juiz suspenderá o curso da arbitragem ou da ação pelo prazo previamente acordado ou até o implemento dessa condição.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica às medidas de urgência em que o acesso ao Poder Judiciário seja necessário para evitar o perecimento de direito.

## **Subseção III**

### **Da Mediação Judicial**



Art. 24. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

Parágrafo único. A composição e a organização do centro serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

Art. 26. As partes deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos, ressalvadas as hipóteses previstas nas Leis n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, e 10.259, de 12 de julho de 2001.

Parágrafo único. Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública.

Art. 27. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

Art. 28. O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

Parágrafo único. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo e, desde que requerido pelas partes, homologará o acordo, por sentença, e o termo final da mediação e determinará o arquivamento do processo.

Art. 29. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais.

## **S e ç ã o I V**

### **Da Confidencialidade e suas Exceções**

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

§ 1º O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando:

I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito;

II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação;

III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador;

IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

§ 2º A prova apresentada em desacordo com o disposto neste artigo não será admitida em processo arbitral ou judicial.

§ 3º Não está abrigada pela regra de confidencialidade a informação relativa à ocorrência de crime de ação pública.

§ 4º A regra da confidencialidade não afasta o dever de as pessoas discriminadas no caput prestarem informações à administração tributária após o termo final da mediação, aplicando-se aos seus servidores a obrigação de manterem sigilo das informações compartilhadas nos termos do art. 198 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

## CAPÍTULO II

### DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS EM QUE FOR PARTE PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

#### Seção I

##### Disposições Comuns

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

I - dirimir conflitos entre órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de composição, no caso de controvérsia entre particular e pessoa jurídica de direito público;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

§ 1º O modo de composição e funcionamento das câmaras de que trata o caput será estabelecido em regulamento de cada ente federado.

§ 2º A submissão do conflito às câmaras de que trata o caput é facultativa e será cabível apenas nos casos previstos no regulamento do respectivo ente federado.

§ 3º Se houver consenso entre as partes, o acordo será reduzido a termo e constituirá título executivo extrajudicial.

§ 4º Não se incluem na competência dos órgãos mencionados no caput deste artigo as controvérsias que somente possam ser resolvidas por atos ou concessão de direitos sujeitos a autorização do Poder Legislativo.

§ 5º Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o caput a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares.

Art. 33. Enquanto não forem criadas as câmaras de mediação, os conflitos poderão ser dirimidos nos termos do procedimento de mediação previsto na Subseção I da Seção III do Capítulo I desta Lei.

Parágrafo único. A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Art. 34. A instauração de procedimento administrativo para a resolução consensual de conflito no âmbito da administração pública suspende a prescrição.

§ 1º Considera-se instaurado o procedimento quando o órgão ou entidade pública emitir juízo de admissibilidade, retroagindo a suspensão da prescrição à data de formalização do pedido de resolução consensual do conflito.

§ 2º Em se tratando de matéria tributária, a suspensão da prescrição deverá observar o disposto na Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

#### Seção II

### **Dos Conflitos Envolvendo a Administração Pública Federal Direta, suas Autarquias e Fundações**

Art. 35. As controvérsias jurídicas que envolvam a administração pública federal direta, suas autarquias e fundações poderão ser objeto de transação por adesão, com fundamento em:

I - autorização do Advogado-Geral da União, com base na jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal ou de tribunais superiores; ou

II - parecer do Advogado-Geral da União, aprovado pelo Presidente da República.

§ 1º Os requisitos e as condições da transação por adesão serão definidos em resolução administrativa própria.

§ 2º Ao fazer o pedido de adesão, o interessado deverá juntar prova de atendimento aos requisitos e às condições estabelecidos na resolução administrativa.

§ 3º A resolução administrativa terá efeitos gerais e será aplicada aos casos idênticos, tempestivamente habilitados mediante pedido de adesão, ainda que solucione apenas parte da controvérsia.

§ 4º A adesão implicará renúncia do interessado ao direito sobre o qual se fundamenta a ação ou o recurso, eventualmente pendentes, de natureza administrativa ou judicial, no que tange aos pontos compreendidos pelo objeto da resolução administrativa.

§ 5º Se o interessado for parte em processo judicial inaugurado por ação coletiva, a renúncia ao direito sobre o qual se fundamenta a ação deverá ser expressa, mediante petição dirigida ao juiz da causa.

§ 6º A formalização de resolução administrativa destinada à transação por adesão não implica a renúncia tácita à prescrição nem sua interrupção ou suspensão.

Art. 36. No caso de conflitos que envolvam controvérsia jurídica entre órgãos ou entidades de direito público que integram a administração pública federal, a Advocacia-Geral da União deverá realizar composição extrajudicial do conflito, observados os procedimentos previstos em ato do Advogado-Geral da União.

§ 1º Na hipótese do caput, se não houver acordo quanto à controvérsia jurídica, caberá ao Advogado-Geral da União dirimi-la, com fundamento na legislação afeta.

§ 2º Nos casos em que a resolução da controvérsia implicar o reconhecimento da existência de créditos da União, de suas autarquias e fundações em face de pessoas jurídicas de direito público federais, a Advocacia-Geral da União poderá solicitar ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão a adequação orçamentária para quitação das dívidas reconhecidas como legítimas.

§ 3º A composição extrajudicial do conflito não afasta a apuração de responsabilidade do agente público que deu causa à dívida, sempre que se verificar que sua ação ou omissão constitui, em tese, infração disciplinar.

§ 4º Nas hipóteses em que a matéria objeto do litígio esteja sendo discutida em ação de improbidade administrativa ou sobre ela haja decisão do Tribunal de Contas da União, a conciliação de que trata o caput dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator.

Art. 37. É facultado aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, suas autarquias e fundações públicas, bem como às empresas públicas e sociedades de economia mista federais, submeter seus litígios com órgãos ou entidades da administração pública federal à Advocacia-Geral da União, para fins de composição extrajudicial do conflito.

Art. 38. Nos casos em que a controvérsia jurídica seja relativa a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ou a créditos inscritos em dívida ativa da União:

I - não se aplicam as disposições dos incisos II e III do caput do art. 32;

II - as empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços em regime de concorrência não poderão exercer a faculdade prevista no art. 37;

III - quando forem partes as pessoas a que alude o caput do art. 36:

a) a submissão do conflito à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União implica renúncia do direito de recorrer ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais;

b) a redução ou o cancelamento do crédito dependerá de manifestação conjunta do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado da Fazenda.

~~Parágrafo único. O disposto no inciso II e na alínea a do inciso III não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993.~~

Parágrafo único. O disposto neste artigo não afasta a competência do Advogado-Geral da União prevista nos incisos VI, X e XI do art. 4º da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, e na Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. (Redação dada pela Lei nº 13.327, de 2016) (Produção de efeito)

Art. 39. A propositura de ação judicial em que figurem concomitantemente nos polos ativo e passivo órgãos ou entidades de direito público que integrem a administração pública federal deverá ser previamente autorizada pelo Advogado-Geral da União.

Art. 40. Os servidores e empregados públicos que participarem do processo de composição extrajudicial do conflito, somente poderão ser responsabilizados civil, administrativa ou criminalmente quando, mediante dolo ou fraude, receberem qualquer vantagem patrimonial indevida, permitirem ou facilitarem sua recepção por terceiro, ou para tal concorrerem.

### CAPÍTULO III

#### DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 41. A Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação, bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação.

Art. 42. Aplica-se esta Lei, no que couber, às outras formas consensuais de resolução de conflitos, tais como mediações comunitárias e escolares, e àquelas levadas a efeito nas serventias extrajudiciais, desde que no âmbito de suas competências.

Parágrafo único. A mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria.

Art. 43. Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas ou supervisionadas.

Art. 44. Os arts. 1º e 2º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º O Advogado-Geral da União, diretamente ou mediante delegação, e os dirigentes máximos das empresas públicas federais, em conjunto com o dirigente estatutário da área afeta ao assunto, poderão autorizar a realização de acordos ou transações para prevenir ou terminar litígios, inclusive os judiciais.

§ 1º Poderão ser criadas câmaras especializadas, compostas por servidores públicos ou empregados públicos efetivos, com o objetivo de analisar e formular propostas de acordos ou transações.

§ 3º Regulamento disporá sobre a forma de composição das câmaras de que trata o § 1º, que deverão ter como integrante pelo menos um membro efetivo da Advocacia-Geral da União ou, no caso das empresas públicas, um assistente jurídico ou ocupante de função equivalente.

§ 4º Quando o litígio envolver valores superiores aos fixados em regulamento, o acordo ou a transação, sob pena de nulidade, dependerá de prévia e expressa autorização do Advogado-Geral da União e do Ministro de Estado a cuja área de competência estiver afeto o assunto, ou ainda do Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de Tribunal ou Conselho, ou do Procurador-Geral da República, no caso de interesse dos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário ou do Ministério Público da União, excluídas as empresas públicas federais não dependentes, que necessitarão apenas de prévia e expressa autorização dos dirigentes de que trata o caput .

§ 5º Na transação ou acordo celebrado diretamente pela parte ou por intermédio de procurador para extinguir ou encerrar processo judicial, inclusive os casos de extensão administrativa de pagamentos postulados em juízo, as partes poderão definir a responsabilidade de cada uma pelo pagamento dos honorários dos respectivos advogados.” (NR)

“Art. 2º O Procurador-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, o Procurador-Geral do Banco Central do Brasil e os dirigentes das empresas públicas federais mencionadas no caput do art. 1º poderão autorizar, diretamente ou mediante delegação, a realização de acordos para prevenir ou terminar, judicial ou extrajudicialmente, litígio que envolver valores inferiores aos fixados em regulamento.

§ 1º No caso das empresas públicas federais, a delegação é restrita a órgão colegiado formalmente constituído, composto por pelo menos um dirigente estatutário.

§ 2º O acordo de que trata o caput poderá consistir no pagamento do débito em parcelas mensais e sucessivas, até o limite máximo de sessenta.

§ 3º O valor de cada prestação mensal, por ocasião do pagamento, será acrescido de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do mês subsequente ao da consolidação até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento relativamente ao mês em que o pagamento estiver sendo efetuado.

§ 4º Inadimplida qualquer parcela, após trinta dias, instaurar-se-á o processo de execução ou nele prosseguir-se-á, pelo saldo.” (NR)

Art. 45. O Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 14-A:

“Art. 14-A. No caso de determinação e exigência de créditos tributários da União cujo sujeito passivo seja órgão ou entidade de direito público da administração pública federal, a submissão do litígio à composição extrajudicial pela Advocacia-Geral da União é considerada reclamação, para fins do disposto no inciso III do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.”

Art. 46. 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.

Parágrafo único. É facultado à parte domiciliada no exterior submeter-se à mediação segundo as regras estabelecidas nesta Lei.

Art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial.

Art. 48. Revoga-se o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997.

Brasília, 26 de junho de 2015; 194º da Independência e 127º da República.

DILMA ROUSSEFF

*José Eduardo Cardozo*

*Joaquim Vieira Ferreira Levy*

*Nelson Barbosa*

*Luís Inácio Lucena Adams*