

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DAS REFORMAS
DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

FLAVIA CAMPOS SARDINHA

Rio de Janeiro
2019/1

FLAVIA CAMPOS SARDINHA

**O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DAS REFORMAS
DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque**.

**Rio de Janeiro
2019/1**

Sardinha, Flavia Campos.

O instituto da Mediação no contexto das Reformas do Acesso à Justiça no Brasil /Sardinha, Flavia Campos – 2019.

145 f.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Referências bibliográficas: f. 140.

FLAVIA CAMPOS SARDINHA

**O INSTITUTO DA MEDIAÇÃO NO CONTEXTO DAS REFORMAS
DO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Andre Vasconcelos Roque**.

Data da Aprovação: ____ / ____ / _____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2019/1**

*Aos meus pais, irmãos, amigos,
e sobrinhos Gustavo e Uirá.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, por todo o apoio, e, em especial, à Rafaela Sardinha, pela leitura e sugestões.

Aos meus amigos, pelas conversas e pela força.

À Patrícia Silveira, Alessandra D’Seixas, Helga Assumpção e Karla Simas pelas trocas de ideias e pelo apoio.

À Magdalena Gonzalez, pelo suporte.

A todos os meus professores, das Ciências Sociais (UERJ e PUC-Rio) e do Direito (UFRJ e AMPERJ), por todos os ensinamentos.

Ao meu professor orientador, Andre Vasconcelos Roque, pela leitura atenta, revisões e sugestões feitas a este trabalho.

Uma tradição, por definição, é algo marcado por continuidade e que parece se opor à ideia de inovação e mudança. As mudanças na tradição da civil law indicariam o seu declínio? Claramente não. Como observou Heráclito, os rios correm e nunca nos banhamos duas vezes nas mesmas águas. Embora a tradição mude, ela segue um padrão; há um caminho de dependência. As forças que alteram as sociedades necessariamente afetam os sistemas jurídicos, mas em formas que são determinadas pelas experiências do passado. A mudança é um sinal de continuação da vida.

John Henry Merryman & Rogelio Pérez-Perdomo, *A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina*

RESUMO

O presente trabalho tem como objeto a análise do instituto da mediação no contexto da reforma do acesso à justiça no Brasil. Trata da introdução da mediação como meio adequado de resolução de conflitos no sistema de justiça brasileiro, das características principais do instituto, e de seus princípios orientadores. Enfoca o princípio da autonomia e a controvérsia surgida em torno da sua mitigação, pela lei ou por políticas públicas, quando da adesão das partes ao procedimento de mediação judicial, na medida em que devem se submeter a uma audiência preliminar obrigatória. Na conclusão, o trabalho tece considerações críticas sobre a controvérsia surgida em torno da mediação obrigatória. Comenta aspectos da experiência italiana e estadunidense, buscando trazer contribuições para a experiência brasileira de institucionalização da mediação.

Palavras-Chave: acesso à justiça; reformas; mediação; audiência preliminar obrigatória.

ABSTRACT

This work aims at analyzing the institute of mediation in the context of the reform of access to justice in Brazil. It addresses the introduction of mediation as an appropriate means of conflict resolution in the Brazilian justice system, the main features of the institute, and its guiding principles. The work focuses on the principle of autonomy and on the controversy surrounding its mitigation, by law or by public policies, when the parties adhere to the judicial mediation procedure, in so far as they must undergo a mandatory preliminary hearing. As a conclusion, the work conveys critical considerations about the controversy surrounding mandatory mediation. The work does this by commenting on the aspects of the Italian and American experiences, in order to bring contributions to the Brazilian experience of institutionalization of mediation.

Keywords: access to justice; reforms; mediation; mandatory preliminary hearing.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADR´s - Alternative Dispute Resolution

CEJUSC´s – Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania

CF – Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

CONIMA – Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem

CPC – Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16.03. 2015

DPJ/CNJ – Departamento de Pesquisa Judiciária do Conselho Nacional de Justiça

FONAME – Fórum Nacional de Mediação

MARC´s – Meios Adequados de Resolução de Conflitos

ODR – Online Dispute Resolution

TJRJ – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

TRT – Tribunal Regional do Trabalho

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 (União Europeia) – Legislação de orientação da Mediação e dos Princípios norteadores da Conduta dos Mediadores na União Europeia.....	72
Tabela 2 (Brasil) – Legislação regulamentadora e Princípios Orientadores da Mediação Extrajudicial no Brasil.....	86
Tabela 3 (Brasil) – Legislação Regulamentadora e Princípios Orientadores da Mediação Judicial no Brasil	95

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	15
1. CAPÍTULO I. A INTRODUÇÃO DA QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL – A CONCILIAÇÃO, A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM.....	26
1.1. O Poder Judiciário como guardador de promessas.....	26
1.2. As críticas e o diagnóstico da crise do Judiciário brasileiro.....	30
1.3. A identificação dos elementos críticos: a ineficiência do sistema e a dificuldade de acesso à justiça.....	38
1.4. A emergência dos debates sobre o problema do acesso à justiça no Brasil e as iniciativas de reforma do Poder Judiciário introduzidas a partir da EC n.º 45/2004.....	40
2. CAPÍTULO II. CONCEITO DE MEDIAÇÃO E O PAPEL DO MEDIADOR NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO.....	49
2.1. Comentários introdutórios.....	49
2.2. A importância do estudo prévio do conflito e a proposta da Justiça Multiportas idealizada pelo Prof. Frank Sander.....	50
2.2.1. A especial importância do estudo prévio dos conflitos encaminhados à mediação. A necessária adequação entre o tipo de conflito e as várias técnicas e espécies mediativas.....	52
2.3. Objeto e aplicabilidade da mediação.....	52
2.4. O conceito de mediação.....	54
2.5. O papel exercido pelo mediador em uma mediação.....	57
2.5.1. Considerações introdutórias.....	57
2.5.2. As etapas do trabalho do mediador.....	58
2.5.2.1. A fase preparatória da mediação ou pré-mediação.....	58
2.5.2.2. O início e o desenvolvimento do procedimento: as sessões de mediação.....	59
2.5.2.3. Chegando a um acordo ou ao restabelecimento do diálogo.....	60
2.5.3. As técnicas utilizadas pelo mediador na condução da mediação: a análise aprofundada do conflito.....	61
2.5.4. Conclusões sobre o papel do mediador em uma mediação: “o regente da mediação”...	63

3. CAPÍTULO III. OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO (EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL) NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL	64
3.1. A importância da definição dos princípios norteadores das ADR´s.....	64
3.1.2. O “devido processo” da mediação e a extensão de seu alcance. Os princípios da mediação como componentes (em conjunto) do <i>due process</i> do instituto.	66
3.2. Os princípios da mediação na União Europeia.....	68
3.2.1. União Europeia: a definição dos princípios da mediação pela Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho	70
3.2.2. União Europeia: o estabelecimento de um Código Europeu de Conduta para os Mediadores	71
3.2.3. Visão esquemática da legislação de orientação da mediação e dos princípios norteadores da conduta dos mediadores na União Europeia	72
3.3. Os princípios da mediação no Brasil	73
3.3.1. Brasil: apontamentos sobre os princípios da mediação na doutrina e na legislação	73
3.3.2. Mediação Extrajudicial.....	77
3.3.2.1. A mediação extrajudicial no Brasil e a sua legislação regulamentadora: a Lei de Mediação e as fontes subsidiárias.....	77
3.3.2.2. Os princípios da mediação propriamente dita ou extrajudicial	77
3.3.2.3. Os princípios orientadores da conduta dos mediadores na mediação propriamente dita ou extrajudicial	80
3.3.2.4. Visão esquemática da legislação regulamentadora e dos princípios orientadores da mediação propriamente dita ou extrajudicial no Brasil	85
3.3.3. Mediação Judicial	87
3.3.3.1. A mediação judicial no Brasil e sua legislação regulamentadora: a Resolução nº 125/2010/CNJ, o CPC/2015 e a Lei de Mediação.....	87
3.3.3.2. Os princípios da mediação judicial.....	93
3.3.3.3. Os princípios orientadores da conduta dos mediadores na mediação judicial	94
3.3.3.4. Visão esquemática da legislação regulamentadora e dos princípios orientadores da mediação judicial no Brasil	94
3.4. Conclusões do mapeamento e das considerações sobre a função dos princípios na mediação (extrajudicial e judicial)	96
3.5. A autonomia da vontade e a imparcialidade como os princípios centrais da mediação....	97
3.6. A flexibilidade da mediação e o caráter não-absoluto de seus princípios	99

4. CAPÍTULO IV. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL. UMA ANÁLISE DO DEBATE E DOS ARGUMENTOS RECORRENTES ENTRE AUTORES BRASILEIROS, ITALIANOS E ESTADUNIDENSES	101
4.1. A mitigação da ideia de autonomia pela doutrina e a questão terminológica dela decorrente: da “autonomia da vontade” à “autonomia privada”	101
4.2. A mitigação do princípio da autonomia na mediação	104
4.2.1. A mitigação do princípio da autonomia pelas partes na mediação extrajudicial.....	104
4.2.2. A mitigação do princípio da autonomia pelas partes na mediação judicial.....	106
4.2.3. A mitigação do princípio da autonomia pela lei ou por políticas públicas na mediação judicial	108
4.3. A controvérsia acerca da “mediação obrigatória” no Brasil.....	126
4.3.1. A medida de estímulo à mediação judicial adotada no Brasil: a audiência do artigo 334 do CPC.....	127
4.3.2. O sentido da multa do parágrafo 8º do artigo 334 do CPC	129
4.3.3. A opinião divergente de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto	131
4.3.4. Considerações sobre o sentido da multa do §8º do artigo 334 à luz do artigo 6º do CPC (dever de cooperação).....	132
 CONCLUSÃO.....	 135
 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	 140

INTRODUÇÃO

O presente trabalho de conclusão de curso, apresentado como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, trata do tema dos meios adequados de resolução de conflitos, em especial do instituto da mediação, dentro do contexto das reformas do acesso à justiça no Brasil. Procura retratar de que maneira ocorreu a inserção da mediação no atual cenário de valorização da busca de meios mais adequados e efetivos de resolução de conflitos para os usuários, dentro do atual cenário de reorganização do sistema de justiça brasileiro em favor da melhoria do acesso à justiça no país.

A escolha do tema teve como justificativa a percepção da relevância social e jurídica atual do instituto da mediação para o debate sobre as soluções para o problema do acesso à justiça, sendo este entendido não necessariamente como o acesso ao Judiciário ou à jurisdição estatal, mas a soluções efetivas e dotadas de maior conteúdo justo.

Em trabalho de pesquisa anterior, que tratou do tema da recente reforma do Poder Judiciário brasileiro, ocorrida após a edição da emenda constitucional que instituiu o Conselho Nacional de Justiça (EC n.º 45/2004), demonstrou-se que a referida reforma pareceu mais objetivar a melhoria da gestão dos processos e da imagem do Poder Judiciário perante a sociedade, que o via como um sistema lento e ineficiente, do que propriamente a ampliação do acesso do cidadão à justiça.¹

Após a análise de diversos dados estatísticos relativos à produtividade e à gestão dos acervos de processos pelos Tribunais Estaduais, em atendimento às orientações emanadas pelo CNJ, e também após a análise de relatórios nacionais produzidos pelo próprio Conselho,

¹ SARDINHA, Flavia C.; D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Conselho Nacional de Justiça e as políticas de qualidade nos tribunais de justiça do Brasil: um diálogo entre administração judiciária e o tema do acesso à Justiça. Dissertação de Mestrado.** PUC-Rio, 2013. Esta pesquisa foi realizada entre os anos de 2011 e 2013 e teve como ponto de partida a edição da EC n.º 45/2004, emenda que criou o CNJ, e teve como objetivo analisar as primeiras iniciativas da reforma implementada nos tribunais brasileiros, em âmbito nacional, por este órgão administrativo. Esta reforma buscava implementar uma gestão estratégica com uma série de objetivos e metas para os tribunais brasileiros. A pesquisa debruçou-se principalmente sobre o primeiro Relatório das Metas nacionais para os tribunais brasileiros disponibilizado no site do CNJ (documento que analisou o cumprimento daquelas metas no período de 2009 a 2012). Confira-se o Relatório em <http://cnj.jus.br/images/gestao-planejamento-poder-judiciario/metas_prioritarias_2013.pdf>. Acesso em 10.06.2018.

concluiu-se que as barreiras ao acesso à justiça continuavam vigentes de forma bastante expressiva no Brasil.²

A referida conclusão se baseou sobretudo nos resultados (parciais) dos Relatórios das Metas nacionais para os tribunais brasileiros no período de 2009-2012.³

Assim, a pesquisa realizada por Sardinha e D'Araújo demonstrou a dificuldade em ampliar-se ao acesso à justiça a partir das iniciativas de reforma empregadas até aquele momento. Esta pesquisa se encerrou em 2013 e analisou os dados do último relatório disponibilizado à época: o Relatório das Metas nacionais para os tribunais brasileiros no período de 2009-2012.

Na conclusão do referido trabalho, procurou-se raciocinar sobre de que forma os “meios alternativos resolução de conflitos”, dentre eles o instituto da mediação, poderiam contribuir para a superação das barreiras e para a ampliação do acesso à justiça no Brasil – especialmente do ponto de vista qualitativo – discussão que não chegou a ser desenvolvida ali.

Além disto, outras pesquisas, levantadas e analisadas pelo Departamento de Pesquisa Judiciária do próprio Conselho Nacional de Justiça (DPJ/CNJ) indicaram que as reformas lideradas por este órgão nos tribunais de justiça brasileiros (estaduais, federais e trabalhistas) tinham como objetivo principal a melhoria na gestão do fluxo de processos, e não propriamente do incremento ou da facilitação do acesso à justiça.⁴

Assim, tanto a pesquisa realizada por Sardinha e D'Araújo, quanto as pesquisas analisadas pelo DPJ/CNJ, que versavam sobre o tema Gestão, apontaram para a mesma

² *Idem.*

³ O Relatório das Metas é produzido anualmente pelo CNJ com a finalidade de monitorar o desempenho dos tribunais no atingimento das metas nacionais, que têm por objetivo precípua “promover o aperfeiçoamento do Poder Judiciário, buscando proporcionar à sociedade prestação jurisdicional mais célere, com mais eficiência e qualidade.”

Confira-se o texto de apresentação do Relatório de 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/05/13926ffe304159519caed2b504923ff5.pdf>. Acesso em 15.06.2019. Em razão de esta ser uma fonte contínua de produção de dados sobre o desempenho dos tribunais, diz-se que os resultados analisados pela pesquisa de SARDINHA e D'ARAÚJO são “parciais”, já que se baseou nos dados relativos ao intervalo de tempo de 2009 a 2012 (e, claro, também pelo fato de aquela ter sido *uma* leitura daqueles dados). Os resultados deste período foram brevemente expostos no capítulo 1 do presente trabalho.

⁴ OLIVEIRA, Fabiana Luci de.; AOYAMA, Pâmela Tieme Barbosa **O Conselho Nacional de Justiça e a Academia**. Revista CNJ - V.2, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/revista-cnj#Revista-CNJ---V.2-2017>>. Acesso em 10.06.2018.

conclusão: a de que a preocupação das reformas empreendidas nos tribunais, após a edição da EC n.º 45/2004 e, principalmente, com a edição da Resolução n.º 70/2009 do CNJ, se voltava mais para o problema quantitativo (gestão da demanda x entrega da prestação jurisdicional) do que para o que se pode chamar de problema qualitativo (o incremento e a facilitação do efetivo acesso à justiça para a população – e, acrescenta-se, em especial para aquela mais carente de recursos).

Em outras palavras, esta conclusão revela que as iniciativas de reforma empreendidas em favor da melhoria da gestão do fluxo de processos e com enfoque na celeridade não foram voltadas ou, na melhor das hipóteses, não foram suficientes para remover as barreiras ao acesso à justiça no Brasil. Barreiras estas de que falam Cappelletti & Garth na obra “Acesso à Justiça”⁵, tais como as econômicas (a exemplo dos elevados custos do processo) e as processuais (como, por exemplo, a constatação de que o processo judicial pode não corresponder ao meio adequado para a defesa de determinados direitos).

Entretanto, a verdade é que o CNJ não tinha a pretensão de remover todas as barreiras e resolver a questão do acesso à justiça no Brasil com aquelas primeiras iniciativas de reforma. Além disto, o Relatório de Metas de 2009-2012 demonstrou que o CNJ tinha plena consciência de que havia ainda muitos desafios pela frente com relação ao problema do acesso no país, e que seu enfoque inicial era mesmo o de melhorar a gestão do fluxo dos processos.

Assim, se naquele momento as medidas implementadas se voltaram para a celeridade e para a melhoria na gestão do fluxo de processos, os últimos Relatórios de Metas indicam que se tem investido mais em medidas que contribuiriam diretamente para o incremento e a facilitação do acesso à justiça, qual seja, o estímulo à utilização dos mecanismos de solução consensual dos conflitos (conciliação e mediação), seja judicial ou extrajudicialmente, seja na fase pré-processual ou processual.⁶

⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. Esta obra, que originalmente conta com seis volumes, foi escrita nos anos 70 nos Estados Unidos, tendo sido o seu primeiro volume traduzido e publicado em 1988 no Brasil.

⁶ Desde 2015, a conciliação passou a constar do Relatório de Metas como “meta nacional”, identificada como a “Meta 3” que tem por objetivo geral “o aumento do número de casos solucionados por ‘conciliação’”. Deve-se destacar que esta “conciliação”, na verdade, representa e vem abarcando tanto a conciliação quanto a mediação, realizadas nas fases pré-processual e processual. Confira-se o que informou o Relatório de Metas do ano de 2017: “META 3 – ‘Aumentar os casos solucionados por conciliação’ – Foco: Conciliação – A Meta 3 tem como foco a conciliação, que objetiva potencializar a desjudicialização, por meio de formas alternativas de solução de conflitos, possibilitando às partes a solução pacífica, autocompositiva e célere dos litígios.” Para maiores detalhes e observação do desempenho dos tribunais das Justiças Federal, Estadual e do Trabalho, com relação ao

Note-se que não se menciona a arbitragem nestes Relatórios de Metas, pois este método de solução de conflitos ocorre fora dos tribunais, só chegando ao Judiciário as questões decorrentes do descumprimento da sentença arbitral.⁷

Acredita-se que o estímulo à conciliação e à mediação contribuam mais diretamente para o incremento e facilitação do acesso à justiça justamente pelo fato de que, ao ocorrerem no início do curso dos processos ou mesmo extrajudicialmente, tais mecanismos seriam capazes de viabilizar às partes a resolução de suas controvérsias com mais qualidade, efetividade e até celeridade.

Foi também neste sentido que estudiosos do tema destacaram a importância de ressignificar a noção de acesso à justiça, para entendê-la não necessariamente como acesso ao Judiciário ou à jurisdição estatal, mas também a demais mecanismos de resolução de conflitos, isto é, que fossem mais adequados aos diferentes tipos de controvérsia.⁸ Isto não quer dizer, contudo, que a utilização dos meios adequados de solução de conflitos pretenda substituir a jurisdição estatal, mas sim todas estas vias de acesso podem coexistir, lado a lado, oportunizando-se às partes a escolha do método que entenderem convenientes sob a orientação de seus advogados.⁹

Assim, os principais exemplos de “meios adequados de resolução de conflitos” de que tratam os doutrinadores brasileiros são a conciliação, a mediação e a arbitragem. Tais mecanismos estariam aptos a trazer para as partes soluções efetivas ou com maiores chances de

cumprimento da meta que enfoca a “conciliação”, acessar os *Relatórios de Metas anuais* ou as *Metas Anteriores* para uma análise ano a ano, no *site* do CNJ, em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em 18.06.2018.

⁷ É dizer, com relação à arbitragem, compete ao Judiciário analisar apenas um pequeno número de aspectos relativos ao descumprimento da decisão final proferida pelo árbitro (sentença arbitral) ou, eventualmente, as tutelas de urgência pré-arbitrais ou outras medidas de apoio (condução de testemunhas, por exemplo).

⁸ Neste sentido, WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690. Veja-se também parecer do mesmo autor: WATANABE, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 10/06/2018. Veja-se, ainda, VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2017.

⁹ Confira-se ALMEIDA, Rafael; PANTOJA, Fernanda. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRs)**. In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). **Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

efetivação, visto que contariam com maior participação das partes, tenderiam a produzir soluções mais duradouras, dotadas de maior conteúdo justo, dentre outras vantagens.

Assim, o capítulo 1 do trabalho procurou abordar aspectos históricos, sociais e relativos à gestão da administração pública considerados relevantes para explicar o movimento de introdução do instituto da mediação no contexto das recentes reformas do acesso à justiça no Brasil.

Muito embora a conciliação e a mediação já estivessem previstas e fossem praticadas durante a vigência do antigo Código de Processo Civil (1973), atualmente ambos os métodos se encontram previstos no novo CPC (2015). Os legisladores, contudo, editaram uma lei própria para tratar da mediação, a Lei nº 13.140/2015.

A conciliação e a mediação, como métodos autocompositivos, possuem em comum o fato de colocarem as partes em contato, para que, com auxílio de um terceiro, realizem acordos ou cheguem a soluções consensuadas, podendo ser realizadas em âmbito judicial ou extrajudicial.

A arbitragem também é regulada por lei específica, a Lei nº 9.307/1996.

Contudo, a arbitragem, como método heterocompositivo, funciona de modo a que as partes, antes mesmo do surgimento da controvérsia, concordem em submetê-la a um terceiro (árbitro), para que seja proferida uma decisão, que deve ser observada pelas partes. Dentre outras peculiaridades, diferencia-se do processo judicial (estatal) pelo fato de que, na arbitragem, em vez de a decisão ser proferida pelo juiz (agente público), ela é proferida por um árbitro (um particular, escolhido pelas partes, normalmente um especialista no tema da controvérsia), viabilizando-se uma maior qualidade nas decisões, visto que tenderiam a atender melhor as especificidades da questão.

Deve-se ressaltar, porém, que há ainda outras alternativas de mecanismos de resolução de conflitos disponíveis para a sociedade, para além destas, que têm lugar tanto dentro quanto fora da esfera judicial¹⁰, as quais serão oportunamente mencionadas neste trabalho. Entretanto,

¹⁰ SALES, Lília M. de Moraes. **A evolução da mediação através dos anos – aprimoramentos das discussões conceituais.** In. Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. BRAGA NETO, Adolfo. SALES, Lília M. de Moraes. GZ Editora, Rio de Janeiro: 2012. (pp. 140 - 160).

tais alternativas serão apenas indicadas ao longo do trabalho, tendo em vista que o enfoque aqui é o instituto da mediação.

Pois bem. Pouco tempo depois de ter realizado a pesquisa (de 2011 a 2013) sobre a Reforma do Judiciário¹¹, duas grandes novidades legislativas surgiram no ano de 2015 no Brasil.

Foram elas: a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que instituiu o novo Código de Processo Civil, prevendo já em seu artigo 3º, §§ 2º e 3º, que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos, devendo a conciliação, a mediação, bem como outros métodos de solução consensual de conflitos ser estimulados pelos operadores do direito. Em seguida, poucos meses depois, publica-se a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, dispondo sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Estas importantes novidades legislativas – edição em 2015 do novo Código de Processo Civil e da Lei da Mediação – não só reacenderam o desejo de continuar pesquisando sobre o tema da efetivação da justiça em geral, mas também de aprofundar os estudos dos mecanismos disponíveis para viabilizar o acesso, cuja tendência atual é que se realize através de múltiplas portas.

Neste sentido, algumas foram as questões que mobilizaram este trabalho de conclusão de curso, as quais se passa a apresentar a seguir.

“Em que medida os chamados meios alternativos ou adequados de solução de conflitos (ADR’s) adotados hoje no Brasil – isto é, primordialmente a conciliação, a mediação e arbitragem – são capazes de contribuir para a ampliação, em termos quantitativos e qualitativos, do acesso à justiça no país?”

Partindo-se desta pergunta mais genérica, e sabendo-se que cada um desses mecanismos foi desenhado para servir a diferentes tipos de controvérsias, elegeu-se o instituto da mediação para análise mais aprofundada neste trabalho.

¹¹ SARDINHA e D'ARAÚJO, *op. cit.*, 2013.

Assim, estabelecido este recorte, reduziu-se a pergunta para: “Em que medida o instituto da mediação está apto a contribuir para a ampliação, quantitativa e qualitativa, do acesso à justiça no país?”

Claro está que, devido à incipiência do instituto no ordenamento jurídico brasileiro, e também em razão de sua aplicação não estar ainda tão difundida na sociedade brasileira, seja fora ou dentro dos Tribunais, ficará mais difícil neste momento histórico (primeira metade do ano de 2019, ou seja, poucos anos após a entrada em vigor do novo CPC e da Lei de Mediação) levantar dados estatísticos conclusivos sobre a contribuição da mediação para a ampliação em termos quantitativos do acesso à justiça no país.

Isto não parece, contudo, uma fragilidade da pesquisa, pois, como mencionado, cada um desses métodos alternativos, no fim das contas, atende a demandas de características diferentes, a situações concretas distintas. Neste sentido, torna-se mais válido dispensar atenção ao potencial de incremento qualitativo no acesso à justiça proporcionado pelo instituto e pela prática da mediação.

Até porque o que está em jogo quando se trata de mediação não é quantos casos não-judicializados de sucesso tal método é capaz de produzir no tempo (ou seja, a sua taxa potencial de não-judicialização), mas sim a *qualidade* no tratamento do caso concreto, bem como a *qualidade* da facilitação da solução consensual do conflito que é oferecida ou viabilizada às partes.

Assim, foi preciso mais uma vez reduzir a pergunta para a que será definitiva, e que regerá este trabalho: “Em que medida o instituto da mediação está apto a contribuir para a ampliação qualitativa do acesso à justiça, para aquelas partes que se interessam em buscar soluções para suas controvérsias através deste mecanismo?”

Espera-se responder a esta pergunta através da exposição das principais características do procedimento de mediação, que foram apresentadas nos capítulos 2 e 3 deste trabalho, em que se abordaram o conceito de mediação, o papel do mediador na condução do procedimento e princípios orientadores do método.

Ao final, no capítulo 4, o trabalho buscou raciocinar sobre uma controvérsia surgida na doutrina acerca da chamada “mediação obrigatória”. Verificou-se que há uma clara divisão na

doutrina a respeito do assunto. Tal discussão se situa no campo da mediação judicial ou ofertada a partir de dentro dos tribunais.

A partir da perspectiva do Tribunal Multiportas¹², em geral bem aceita, os Estados passaram a oferecer a mediação como mais um serviço viabilizador do acesso à justiça, ao lado da tradicional prestação jurisdicional.

Ao institucionalizarem este tipo de mediação – no Brasil conhecida como “mediação judicial” – através de leis e/ou políticas públicas, os Estados passaram a adotar medidas de diversas espécies para estimular o uso deste mecanismo de acesso ainda pouco conhecido pela maioria das pessoas.¹³

Atualmente muito se discute sobre se a mediação deveria ou não ser colocada como uma “fase obrigatória e prévia” ao ingresso pelas partes com uma ação judicial ou mesmo como “condição de prosseguimento” do processo judicial. Discutem-se também os efeitos de sua institucionalização.

Ocorre que alguns estudiosos, traduzindo a voz de segmentos sociais ou de culturas mais tradicionais (como é o caso da Itália, por exemplo), passaram a enxergar nas medidas de estímulo uma “obrigatoriedade” e a ver na institucionalização da mediação “riscos à essência / identidade” do ainda incipiente instituto.¹⁴

Tais estudiosos se perguntam: “seria a crescente institucionalização da mediação nos ordenamentos jurídicos nacionais e, ainda, a obrigatoriedade imposta às partes em se submeterem ao procedimento de mediação em determinados tipos de conflitos, de forma prescritiva, tendências que desvirtuariam a finalidade primária do instituto, a ponto inclusive de descaracterizá-lo e até de gerar mais prejuízos do que benefícios às partes em litígio?”

¹² Isto é, ideia do *Multidoor Courthouse* do Professor Frank Sander.

¹³ Uma série de estudos, que serão apresentados ao longo deste trabalho, abordam este fato, de que os Estados passaram a adotar medidas de diversas espécies para estimular o uso da mediação. Tal é um fato histórico e social.

¹⁴ Tais questões são levantadas, por exemplo, por PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n. 11 (2013). Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 10.06.2018.

Estes estudiosos ressaltam, por fim, a importância de se respeitar a voluntariedade e de se preservar a autonomia da vontade das partes para que o procedimento da mediação tenha maiores chances de sucesso entre os envolvidos no litígio.¹⁵

Paralelamente a isto, há experiências históricas que indicam que a institucionalização da mediação, combinada com medidas de estímulo ao uso do método, podem ser úteis para levar as partes que necessitariam daquela abordagem a entrar em contato com os benefícios da mediação.¹⁶

Isto porque, nas regiões onde o uso da mediação é pouco disseminado, as partes acabam buscando diretamente a via jurisdicional (via adversarial), por desconhecerem a existência de um método consensual em que poderiam discutir seus interesses e chegar até a compor o conflito, sem precisarem se submeter a todo o trâmite do processo judicial, muitas vezes demorado, caro, cujas decisões são impositivas, pouco considerando as suas reais necessidades.

A realidade é que, em muitos países, inclusive no Brasil, pode-se observar o enorme desconhecimento das pessoas acerca da existência de um procedimento de mediação ofertado pelos Tribunais. Como consequência disto, muitas vezes, buscam a via da solução adjudicada, que nem sempre é a mais adequada à resolução de suas controvérsias.¹⁷

Fato é que, a fim de estimular o uso da mediação, diversos Estados e Governos locais aprovaram leis ou instituíram políticas com o objetivo de oportunizar às partes o contato com o método. A análise comparada demonstra que isto foi realizado de diversas maneiras.

Entretanto, não obstante as variações observadas na forma de estímulo ao uso do método, tais formas ficaram genericamente conhecidas pela expressão “mediação obrigatória”¹⁸.

¹⁵ *Idem.* E, ainda, conforme VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2017, dentre outros.

¹⁶ PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2013, trazem o caso dos mutuários no contexto da crise hipotecária norte-americana como exemplo de que a obrigatoriedade em se submeterem à mediação trouxe benefícios importantes para as partes – neste caso, principalmente para os mutuários, que puderam preservar as suas casas e partes relevantes de seus patrimônios.

¹⁷ Ou, o que é mais grave, por desconhecimento ou falta de recursos sequer buscam qualquer mecanismo legítimo e eficaz a fim de resolver seus conflitos. A falta de informação fora há muito apontada por CAPPELLETTI & GARTH, *op. cit.*, 1988, como uma dentre as várias barreiras ao acesso a serem superadas pelas futuras gerações.

¹⁸ Diversos autores brasileiros se utilizam do termo “mediação obrigatória” ao tratar da institucionalização do instituto, a exemplo de PINHO, Humberto D. B. de; PAUMGARTTEN, Michele. **Mediação obrigatória: um**

Contudo, outras expressões podem ser encontradas na doutrina, havendo autores que tratam da mediação institucionalizada como “mediação ordenada pelo Tribunal”¹⁹, “mediação conectada com o Tribunal”²⁰, dentre outras variantes.

Assim, a verdade é que os estímulos à mediação se manifestam de diversas formas, e suas variações podem ser verificadas na legislação e nas políticas de reorganização do sistema de justiça adotadas por cada país.

A partir do material pesquisado, o que se pode constatar foi que a institucionalização da mediação no âmbito dos Tribunais não se identifica necessariamente com a obrigatoriedade de submissão das partes à mediação judicial.

A expressão “mediação obrigatória” em si denota a situação mais grave e interventora do Estado sobre a liberdade e autonomia das partes.

Assim, diferentemente disto, pesquisas empíricas demonstram que existem formas mais brandas para se estimular o uso da mediação ofertada pelos Tribunais, e que estas representam a maioria dos tipos de estímulo encontrados entre os diferentes países²¹.

Outra conclusão a que se chegou foi a de que, nos programas de mediação ofertada pelos Tribunais, não existem apenas estes dois extremos: a absolutamente livre e voluntária adesão ou a obrigatoriedade fechada em se submeter a mediação. Na realidade, o que se verifica nas legislações e políticas dos Estados / Governos é que há uma gradação²² nesta “imposição” da

oximoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda; Almeida, Diogo Assumpção. Arbitragem e Mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 08.05.2019; dentre outros.

¹⁹ QUEK ANDERSON, Dorcas. Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**. Vol. 11.2 (Primavera, 2010), p. 480. Disponível em: <https://cardozojcr.com/vol11no2/479-510.pdf>. Acesso em: 20.05.2019.

²⁰MUÑOZ, Helena S. La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español. **Revista Eletrônica de Direito Processual Civil**. vol. III, p. 66-88, jan-jun. 2009. No contexto da discussão sobre a “mediación conectada con el Tribunal”, esta autora também sugere o uso da expressão “mediación intrajudicial” como sendo mais adequada do que “mediación judicial”, a fim de evitar a ideia de que seria o juiz quem levaria a cabo o trabalho de mediação.

²¹ QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 490.

²² A ideia de existência de uma gradação pode ser inferida do artigo que expõe conclusões de pesquisas empíricas realizadas em várias regiões dos Estados Unidos, e em outros países como UK e Austrália, bem como do instrumento de análise e da exposição realizada pela pesquisadora em seu artigo: QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 488.

mediação às partes que procuram o Judiciário, o que vai variar de acordo com a necessidade de maior ou menor estímulo ao uso do método em cada região.²³

Finalmente, observou-se que os estudiosos da mediação possuem opiniões divergentes com relação às várias expressões da chamada “mediação obrigatória”, sobre a sua utilidade como política pública, bem como sobre os seus efeitos, tema que será abordado no capítulo final deste trabalho.

²³ O que se deve verificar empiricamente é se o estímulo está sendo (ou tende a ser) adequado ao resultado esperado, qual seja, o aumento do conhecimento e da conscientização sobre o método em determinada sociedade / região. Por adequado, leia-se necessário e suficiente (não-exagerado) ao propósito a que se destina. Aliás, acertar nesta medida deveria ser uma preocupação em toda produção legislativa e no desenho de novas políticas públicas. Alguns autores com Frank Sander e Quek Anderson falam, inclusive, na implementação de programas *temporários* de estímulo à mediação. Ver *Idem*, 2010.

CAPÍTULO I. A INTRODUÇÃO DA QUESTÃO DO ACESSO À JUSTIÇA E A DOS MEIOS ADEQUADOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO BRASIL – A CONCILIAÇÃO, A MEDIAÇÃO E A ARBITRAGEM

A fim de expor como ocorreu a introdução da questão do acesso à justiça, hoje tão debatida no meio acadêmico brasileiro, e como se chegou à ideia de que era preciso investir nos meios adequados de solução de conflitos, para garantir-se tanto o equilíbrio do funcionamento do Sistema de Justiça, quanto o melhor atendimento às necessidades das partes, faz-se necessário, antes, abordar alguns fenômenos sociais e históricos.

1.1. O Poder Judiciário como guardador de promessas

Primeiramente, é preciso destacar a emergência simbólica do Poder Judiciário como *garantidor de direitos* em grande parte das sociedades contemporâneas ocidentais.

Em diversos países da Europa ocidental e também nos Estados Unidos, verificou-se, a partir do fim da década de 1970, a chamada crise do Estado-Providência ou do *Welfare State*, revelando-se uma inquestionável crise de legitimação da figura do Estado nestes países centrais.²⁴

Esta crise de legitimação do Estado como garantidor dos direitos mínimos típicos do estado de bem-estar social levou ao descrédito nos poderes Legislativo e Executivo, e a que as sociedades enxergassem no Poder Judiciário um bastião garantidor de direitos.

²⁴ Conforme anota Boaventura de Sousa Santos, “A partir de finais da década de 70 e princípios da de 80 começavam nos países centrais as primeiras manifestações da crise do Estado-providência, a qual se havia de prolongar por toda a década de 80, até aos nossos dias. As manifestações dessa crise são conhecidas: incapacidade financeira do Estado para atender às despesas sempre crescentes da providência estatal, tendo presente o conhecido paradoxo de esta ser tanto mais necessária quanto piores são as condições para financiá-la (exemplo: quanto maior é o desemprego, mais elevado é o montante dos subsídios do desemprego, mas menores são os recursos para os financiar, uma vez que os desempregados deixam de contribuir, [...]). [Além disto,] As alterações nos sistemas produtivos e na regulação do trabalho tornadas possíveis pelas sucessivas revoluções tecnológicas, a difusão do modelo neoliberal e do seu credo desregulamentador a partir da década de 80, a sempre crescente proeminência das agências financeiras internacionais (Banco Mundial, FMI) e a globalização da economia também contribuíram para o aprofundamento da crise do Estado-providência.” SANTOS, B. S. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, Anpocs, 1996, p. 05.

Paul Ricoeur²⁵ no prefácio à obra do jurista francês Antoine Garapon, intitulada “O juiz e a democracia. O guardião das promessas”²⁶, anota que:

“Para explicar o que aparece, primeiramente, como uma inflação do judiciário é preciso recorrer às causas da crise de legitimação do Estado. E reportar-se à esfera do próprio imaginário democrático, no íntimo da consciência do cidadão, onde a *autoridade* da instituição política é reconhecida.”²⁷

Como bem observado por Ricoeur, “a demanda da justiça vem do desamparo da política”.²⁸ Viria do fato de o direito ter-se tornado, nas palavras de Garapon, “a última moral comum em uma sociedade que não mais a possui”.²⁹

É neste mesmo sentido que Garapon constata que:

“O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial [com a qual se identifica a justiça] compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos.”³⁰

Diante desse quadro, o juiz é chamado a socorrer uma democracia em que, por diferentes razões, o Legislativo e o Executivo se encontram em descrédito e a legitimidade de suas

²⁵ RICOEUR, P. (2001). **Prefácio** a Antoine Garapon. O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁶ GARAPON, A. **O juiz e a democracia. O guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

²⁷ RICOEUR, *op. cit.*, 2001, p. 13.

²⁸ *Idem*, p. 15.

²⁹ GARAPON, *op. cit.*, 2001.

³⁰ *Idem*, p.48.

autoridades, fragilizadas, enquanto os cidadãos voltam-se para suas vidas particulares³¹, e, então, diante de qualquer tipo de violação a seus direitos, recorrem à Justiça.³²

Assim, como bem resumiu Garapon sobre o lugar ocupado pela justiça na democracia,

“A justiça torna-se um espaço de exigibilidade da democracia. Ela oferece potencialmente a todos os cidadãos a capacidade de interpelar seus governantes, de tomá-los ao pé da letra e de intimá-los a respeitarem as promessas contidas na lei. A justiça lhes parece oferecer a possibilidade de uma ação mais individual, mais próxima e mais permanente que a representação política clássica, intermitente e distante.” (grifou-se).³³

Assim, para Garapon, revelou-se como característica das democracias de direito contemporâneas o fato de que a Justiça tem sido considerada, dentre os três poderes clássicos, como a melhor esfera para a resolução de conflitos.³⁴

Foi a partir desta imagem que se construiu em torno do Poder Judiciário, em diversas sociedades do mundo ocidental, que as expectativas sociais de garantia dos direitos inscritos nas constituições democráticas, em sua maioria editadas no pós-guerra, foram logo dirigidas àquele poder, visto como verdadeiro guardador de promessas.³⁵

Tal fenômeno também se verificou no Brasil, trazendo consequências peculiares ao contexto brasileiro.

³¹ Sobre os indivíduos que se voltam para suas próprias vidas particulares, no contexto de crise do *Welfare State*, Vianna et. al. ressaltam que, no Brasil, “chegava-se à democracia política sem cultura cívica, sem vida associativa enraizada, sem partidos de massa e, mais grave ainda, sem normas e instituições confiáveis para a garantia da reprodução de um sistema democrático.” E alertaram para o fato de que “a erosão das normas favorece a desconfiança que, em breve, se faz acompanhar do temor da convivência social. Os laços de solidariedade se diluem, e os indivíduos se voltam para si próprios, recusando-se ao convívio social. O privado se sobrepõe ao público”. VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³² O papel assumido pelo Poder Judiciário e pelos Tribunais a partir da crise do *Welfare State* foi discutido por diversos sociólogos do direito estrangeiros e brasileiros, que serão mencionados ao longo deste trabalho, sendo as principais referências: Antoine Garapon e Paul Ricoeur; Boaventura de Sousa Santos; Luiz Werneck Vianna et. al.

³³ GARAPON, *op. cit.*, 2001, p. 49.

³⁴ *Idem.*

³⁵ *Ibidem.* Cumpre destacar que a emergência simbólica do Judiciário como “o guardião das promessas” foi a principal tese sustentada pelo jurista francês Antoine Garapon nesta sua obra.

No Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, carta democrática, que trouxe positivados novos direitos para os cidadãos brasileiros, testemunhou-se um verdadeiro *boom* de novas demandas, que passaram a chegar ao Judiciário e às demais instituições do Sistema de Justiça sob a forma genérica de processos (fossem eles judiciais, administrativos, inquéritos policiais etc.).

Esta explosão de novas demandas pode ser verificada na pesquisa empreendida por Maria Tereza Sadek, a qual, por meio de dados quantitativos, logrou apresentar um “retrato do Judiciário” e da prestação da justiça no Brasil.

Os números apresentados revelaram um Judiciário em expansão, se considerados o número de processos entrados e julgados.³⁶

Logo após a entrada em vigor da Constituição de 1988, a edição de duas outras importantes leis contribuíram para o surgimento de novas demandas no contexto brasileiro. Foram elas o Código de Defesa do Consumidor em 1991³⁷ e a Lei dos Juizados Especiais em 1995³⁸.

Confirmando a percepção de que a edição de algumas leis, ao introduzirem novos direitos e ao regularem novas matérias, impulsionou a busca por direitos até então inexistentes, Fabiana Luci de Oliveira, olhando para os marcos no estudo do sistema de Justiça, sublinhou que

em termos de marcos institucionais para o estudo do sistema de Justiça, temos entre os anos de 1980 e 1990 seis pontos: a criação dos Juizados de Pequenas Causas, em 1984; a edição da Lei da Ação Civil Pública, em 1985; a Constituição Federal de 1988; o Código de Defesa do Consumidor, em 1990; e a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em 1995.³⁹

Não há dúvidas, porém, que o grande marco para o surgimento destes novos direitos foi a Constituição de 1988, na medida em que foi constitucionalizada uma vasta gama de direitos

³⁶ OLIVEIRA, F. L. de. **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012, pp. 78 e 79 sobre as conclusões do trabalho de SADEK, M. Tereza. (org.) **Acesso à Justiça**, Ed. Fundação Konrad Adenauer, 2001.

³⁷ A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 entrou em vigor em 1991.

³⁸ A Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 entrou em vigor em novembro de 1995.

³⁹ OLIVEIRA, *op. cit.*, 2012, p.28.

civis, políticos e sociais, e ainda foi ampliado o papel das instituições do sistema de Justiça na arena política e na implementação de políticas sociais.⁴⁰

De acordo com Oliveira, interpretando a obra de Vianna et. al., o direito passaria a

procurar satisfazer as demandas igualitárias de camadas e setores da população até recentemente não atendidas pelo Poder Judiciário, mulheres, pobres, crianças, adolescentes, normatizando novos temas (meio ambiente, relações de gênero, questões ambientais, entre outros) e consolidando novas práticas adjudicativas (mediação, conciliação) e novos direitos (como direitos difusos) ao mundo contemporâneo.⁴¹

Assim, foi em razão do surgimento daqueles marcos legais, bem como dos novos direitos deles decorrentes, em um contexto democrático, que, também no Brasil, tanto as expectativas sociais de garantia dos direitos inscritos naquela nova legislação, quanto a sua busca efetiva se dirigiram de forma cada vez mais significativa ao Poder Judiciário.

1.2. As críticas e o diagnóstico da crise do Judiciário brasileiro

Ao longo da década de noventa do século XX, o Judiciário foi alvo de duras críticas acerca de sua estrutura e funcionamento.⁴² A sociedade em geral, assim como grande parte dos operadores do direito, enxergava o Poder Judiciário e o Sistema de Justiça como um complexo burocratizado, moroso, ineficiente, fechado, pouco responsivo e de difícil acesso à maioria da população.

Diante disto, diversos estudiosos e operadores do direito⁴³ identificaram no Poder Judiciário e no funcionamento do Sistema de Justiça uma profunda crise, representada pela

⁴⁰ Cf. OLIVEIRA, *op. cit.*, 2012, p.28.

⁴¹ *Idem*, 2012, p.75 sobre o trabalho de VIANNA et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**, Ed. Revan, 1999.

⁴² ARANTES, R. B.; SADEK, M. T. A Crise do Judiciário e a Visão dos Juízes. **Revista USP**, v. 21, São Paulo: Editora USP, mar./mai.,1994. Texto completo disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934>>. Acesso em 20.06.2018.

⁴³ Sobre o diagnóstico da “crise da Justiça”, veja-se ARANTES e SADEK. *op. cit.*, 1994. Vejam-se, ainda, os discursos de diversos magistrados, dentre eles, Eliana Calmon, à época Juíza do TRF da 1ª Região e Nélson Jobim, então Ministro do STF, bem como de jornalistas, compilados na publicação: CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. **As Relações do Poder Judiciário com a Imprensa. Série Cadernos do CEJ** (Centro de Estudos Judiciários), v.12. Brasília, 1997.

dificuldade de suas instituições em atenderem satisfatoriamente a demanda por prestação jurisdicional.

A grande mídia, por sua vez, encampou o discurso destes grupos de críticos, e logo se propagou a imagem de que o Judiciário e o Sistema de Justiça experimentavam uma crise ampla e profunda.⁴⁴

O fato é que, como já mencionado, ao longo da década de noventa do século findo, diversos novos direitos surgiram ou foram regulamentados como consequência do nosso processo de redemocratização, que teve como marco a entrada em vigor da Constituição Cidadã de 1988.⁴⁵

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, além dos novos direitos, foram introduzidos novos mecanismos de busca e ampliado o número de legitimados a pleiteá-los.⁴⁶

São exemplos desses novos mecanismos de busca a introdução de instrumentos de defesa de interesse geral, como as ações coletivas e os processos objetivos de controle de constitucionalidade.⁴⁷

As ações coletivas são aquelas destinadas à proteção dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, podendo se apresentar sob a forma de ação civil pública, ação civil coletiva, ação popular,⁴⁸ mandado de segurança coletivo e ação de improbidade administrativa,

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ A respeito dos novos direitos introduzidos no período da redemocratização brasileira, no pós-1988, veja-se VIANNA et al., *op. cit.*, 1999. Veja-se também VIANNA, L. W. O Terceiro Poder na Carta de 1988 e a Tradição Republicana: mudança e conservação. In: Ruben G. Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão (Orgs.). **A Constituição de 1988 na Vida Brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.

⁴⁶ A respeito dos novos mecanismos de busca por direitos e da ampliação do número de legitimados a pleiteá-los, confirmam-se as mesmas obras: VIANNA et al., *op. cit.*, 1999 e VIANNA, *op. cit.*, 2008.

⁴⁷ MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. Curso de direito constitucional. Editora Saraiva, 12ª edição, São Paulo, 2017. p. 394.

⁴⁸ De acordo com o artigo 1º da Lei nº 4.717/1965, a Ação Popular visa a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

e são tipicamente utilizadas na defesa de interesses de grupos de pessoas ou da sociedade em geral.⁴⁹

Já os processos objetivos de controle de constitucionalidade são instrumentos destinados à defesa da ordem jurídica e à proteção da Constituição da República⁵⁰, servindo sobremaneira à defesa de direitos da cidadania e à racionalização da administração pública⁵¹, a exemplo da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental.⁵²

A ampliação do rol de legitimados a pleitear por direitos se fez sentir principalmente nestes processos objetivos de controle de constitucionalidade.

O que antes se restringia ao Procurador-Geral da República, passou a caber também ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas dos Estados e da Câmara Legislativa do Distrito Federal, ao governador de Estado e do Distrito Federal, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.⁵³

Ainda com relação aos legitimados, mesmo que não se trate aqui da adição de um novo intérprete da Constituição, cumpre destacar as mudanças significativas no papel atribuído ao Ministério Público a partir de 1988. Isto é, muito embora já existisse como instituição, o Ministério Público teve suas funções bastante modificadas pela Carta de 1988.

De acordo com Vianna et. al., “o novo desenho institucional concedido ao Ministério Público pela Carta de 1988 é revelador da intenção construtivista do constituinte em produzir

⁴⁹ Digo "tipicamente", pois em relativamente recente notícia publicada no site do CNJ, em 19/10/2017, comentando uma das conclusões de estudo desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público que investigou como se dá a formação, o julgamento e a execução de ações coletivas no País, constatou-se que "no Brasil, as ações coletivas são usadas estrategicamente para a defesa de direitos individuais homogêneos ou mesmo só de direitos individuais. (...) No tema saúde, por exemplo, prevaleceu a busca por satisfação de demandas pontuais. Na amostra analisada, não houve sequer uma ação que pretendesse reforma estrutural da política, como a incorporação ao SUS de medicamento, insumo ou serviço." Veja-se a notícia na íntegra em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85595-acoes-coletivas-estrategia-para-defesa-de-direitos-individuais>. Acesso em 06.11.2018.

⁵⁰ BAHIA, Flavia. Constitucional – Prática – OAB 2ª Fase. Editora Juspodivm, 10ª edição, Salvador, 2018.

⁵¹ VIANNA, L. W. et al. A Judicialização da Política no Brasil. In. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Editora Revan, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, 1999. p. 47.

⁵² MENDES e BRANCO, *op. cit.*, 2017, p. 394.

⁵³ MAKIYAMA, Tânia Takezawa. (Advogada da União). **Legitimidade ativa para propositura de ações de controle de constitucionalidade**. <<https://jus.com.br/artigos/22326/legitimidade-ativa-para-propositura-de-acoes-de-controle-de-constitucionalidade>>. Acesso em 06.11.2018.

uma reordenação democrática da sociedade brasileira”.⁵⁴ Na visão dos autores, a nova arquitetura conferida ao Ministério Público se sobreporia a sua história institucional, tendo em vista que teria ocorrido uma desvinculação da instituição de suas funções históricas como braço legal do Estado.⁵⁵

A Constituição de 1988 rompe com essa história institucional do Ministério Público, desvinculando-o do Poder Executivo, inclusive da sua representação judicial – a Carta criou a Advocacia Geral da União – incumbindo-o da defesa do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesse campo alargado de atribuições, o Ministério Público foi concebido como representante dos interesses gerais da sociedade, agindo no sentido de zelar pelos direitos assegurados na Constituição, função que lhe cabe exercer ora em caráter privativo, como na promoção da ação penal pública, ora de modo compartilhado com a cidadania, como nas ações que visam à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.⁵⁶

Assim, com o processo de redemocratização – marcado no campo jurídico pela inserção de novos direitos, de novos mecanismos de busca e pela ampliação do rol de legitimados a pleiteá-los – era razoavelmente previsível que, com o passar do tempo, a população começasse a pleitear por direitos de maneira crescente, o que de fato ocorreu.

Outro fenômeno que merece destaque é o da judicialização das relações sociais.

Este fenômeno, cujo estudo no Brasil ficou marcado pelo trabalho de Vianna et. al., consiste na invasão das relações sociais pelo direito.⁵⁷ É dizer, a partir de determinado momento, coincidente com o processo de abertura democrática e com a edição da Carta de 1988, as relações sociais passaram a ser lidas, interpretadas e marcadas pelo direito.

⁵⁴ VIANNA, L. W. et al. As Adins da Procuradoria-Geral da República. *In. A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Editora Revan, 2ª. Edição, Rio de Janeiro, 1999, p.83.

⁵⁵ Neste ponto, cumpre ressaltar que o olhar dos autores é um olhar datado de 1999, ano de publicação da obra. Valeria atualmente questionar se de fato o Ministério Público deixou de ser um mero braço legal do Estado e se vem cumprindo a vocação que lhe conferiu a Constituição de 1988.

⁵⁶ VIANNA et al., *op. cit.*, 1999, p.84.

⁵⁷ *Idem*.

Conforme Vianna et. al., “a crise do *Welfare State* teria levado à configuração de um novo panorama mundial, caracterizado pela incapacidade de o Executivo e o Legislativo fornecerem respostas efetivas à explosão das demandas sociais por justiça.”.⁵⁸

Segundo os autores, esta situação teria levado, em grande medida, a que o Judiciário viesse a exercer papéis inéditos nas sociedades contemporâneas, o que, por sua vez, também justificaria o protagonismo assumido pelo Judiciário diante dos demais poderes.

A crise do *Welfare State* nos países de democracias consolidadas seria apenas uma das manifestações de um processo mais amplo, traduzindo-se em um deslocamento da centralidade do Legislativo como principal agente da iniciativa e da produção das leis em favor do Executivo, o qual, por sua vez, abandonaria as funções de administração do bem-estar sendo progressivamente alçado à condição de uma agência tecnoburocrática que responde, de forma contingente e arbitrária, às variações da imediata conjuntura econômica. [Garapon (2001) vai dizer que, com isso, abriu-se um vazio de poder e “de referencial” nessas democracias.]. A emergência do Judiciário corresponderia, portanto, a um contexto em que o social, na ausência do Estado, das ideologias, da religião, e diante de estruturas familiares e associativas continuamente desorganizadas, se identifica com a bandeira do direito, com seus procedimentos e instituições, para pleitear as promessas democráticas ainda não realizadas na modernidade.⁵⁹

O que se pode constatar é que este foi um processo que se verificou na França, como destacado por Garapon; em Portugal, como verificado por Santos, e em diversas outras sociedades, em especial do mundo ocidental, na era contemporânea.

Conforme explicam Vianna et. al., concordando com a tese sustentada por Garapon⁶⁰,

“a invasão do direito no mundo contemporâneo é um fenômeno que não tem limitado as suas repercussões ao âmbito dos poderes republicanos e à esfera propriamente política. Ela também vem alcançando a *regulação da sociabilidade e das práticas sociais, inclusive aquelas tidas, tradicionalmente, como de natureza privada e, portanto, impermeáveis à intervenção do Estado (...)*”. (grifou-se).⁶¹

Os autores destacaram como exemplos desta crescente regulação da vida privada a intervenção do Estado nas relações de gênero; no tratamento dispensado às crianças por seus pais e responsáveis; da questão da ampliação do consumo juvenil de drogas e da universalização

⁵⁸ *Idem*, p. 149.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁰ GARAPON, *op. cit.*, 2001, p. 49.

⁶¹ VIANNA et al., *op. cit.*, 1999, p. 149.

de uma consciência ecológica. O direito viria expandindo a sua capacidade normativa através destes objetos – à época inéditos, hoje não tão mais novos assim – e, diante disto, viria conferindo meios e mecanismos institucionais para o exercício de uma intervenção por parte do Judiciário num plano tradicionalmente entendido como sendo de ordem privada.⁶²

Assim, segundo os autores, o que se convencionou chamar de *judicialização das relações sociais* corresponderia a essa crescente invasão do direito na organização da vida social. Como efeito desta invasão das relações sociais pelo direito, ter-se-ia que os conflitos das mais diversas ordens passariam a ser lidos em termos jurídicos, e as pessoas, por conseguinte, passariam a querer resolvê-los nos Tribunais.

É todo um conjunto de práticas e de novos direitos, além de um contingente de personagens e temas até recentemente pouco divisível pelos sistemas jurídicos – das mulheres vitimizadas, aos pobres e ao meio ambiente, passando pelas crianças e pelos adolescentes em situação de risco, pelos dependentes de drogas e pelos consumidores inadvertidos –, os novos objetos sobre os quais se debruça o Poder Judiciário, levando a que as sociedades contemporâneas se vejam, cada vez mais, enredadas na semântica da justiça.⁶³

É seguro afirmar que o Brasil viveu e ainda convive com esta invasão do direito na organização da vida social, como pode ser notado no fato de que o Judiciário brasileiro continua sendo acionado para a resolução de conflitos oriundos de praticamente todas as esferas da vida social.

Ocorre que, quando o Estado de bem-estar social entra em crise, as garantias sociais que marcaram este período, das quais se beneficiavam os estratos mais empobrecidos e, portanto, os grupos mais vulneráveis das sociedades capitalistas, foram sendo pouco a pouco suspensas.⁶⁴

⁶² *Idem*, p. 149.

⁶³ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁴ Sobre a fragilidade dessas garantias às camadas mais pobres e vulneráveis do contrato social, vale anotar a explicação de Gisele Araújo (2011): “O Direito assume novos contornos e se pode então afirmar, com propriedade, que ele passa a ter uma função ativa no mundo social. Não se trata, todavia, de uma virada radical; o Direito não deixa de ser um instrumento de reprodução da ordem para tornar-se uma arma de transformação qualitativa da estrutura econômica. A principal mudança no ordenamento jurídico é a inserção de aspectos substantivos, valorativos e materiais no interior de uma institucionalidade formal, isto é, que pretendia manter-se weberianamente afastada de propósitos, finalidades e valores. Renova-se, destarte, o objetivo do Direito: trata-se, uma vez mais, da organização da ordem capitalista, mas agora em novos termos não liberais, capazes então de dar resposta à crise política e econômica que cresce a partir dos anos 1930. Esses termos incluíam concessões à parte fraca do contrato social através de funções promocionais do Direito, que reduziam os ímpetus revolucionários por meio de direitos sociais e garantiam a retomada do consumo e da produção.”

Ao mesmo tempo, reduz-se o esforço estatal em gerir os interesses divergentes e os conflitos entre classes e grupos sociais, abrindo-se espaço para a “livre” autorregulação do mercado.⁶⁵

Neste contexto de crescente vulnerabilização dos estratos mais pobres e frágeis da sociedade, - estratos que na América Latina, assim como no Brasil, são a maioria da população -, e, uma vez inseridas na legislação constitucional as garantias típicas do estado de bem-estar social, fica aumentada a contradição entre uma legislação garantista e as dificuldades materiais e no acesso aos direitos, experimentadas pela maioria da população.⁶⁶

Pode-se dizer, então, que a inserção da agenda igualitária na ordem jurídica, somada ao desamparo dos estratos sociais mais vulneráveis na fase de crise do *Welfare State* (no contexto brasileiro, da maioria da população), fez aumentar a litigação e, conseqüentemente, a visibilidade social e política dos Tribunais, que, com efeito, tiveram dificuldades em lidar com aquele vertiginoso aumento da procura judiciária.

Assim é que, em decorrência deste quadro de transformações, verificou-se um aumento progressivo da litigiosidade no Brasil, que se expressou no aumento vertiginoso das demandas dirigidas ao Judiciário em busca de solução para as mais diferentes questões. Este fenômeno – um fato social – se traduziu no aumento exponencial do número de demandas judiciais a ingressar no sistema a cada ano.

Este aumento pode ser verificado já nos primeiros Relatórios do Conselho Nacional de Justiça que trazem os resultados dos balanços anuais entre processos entrados e julgados nos tribunais estaduais brasileiros, como será exposto mais detalhadamente adiante.

⁶⁵ Este “livre” significa livre de interferências do Estado. O que, de fato, não ocorreu, conforme demonstram SANTOS et al., *op. cit.*, 1996; ROSANVALLON, P. Prefácio. **A crise do Estado-providência**. Goiânia: Editora da UFG; Brasília: Editora da UnB, 1997., e diversos outros autores. SANTOS et al. (*Idem*, 1996, p. 05), por exemplo, afirmaram sobre esta ideia que “À medida que se foi impondo o modelo neoliberal, foi ganhando importância na agenda política a ideia da desvinculação do Estado enquanto regulador da economia. Falamos de ideia na medida em que a prática é bastante contraditória.”

⁶⁶ Sobre o tema da “maioria excluída” no contexto latino-americano, veja-se artigo do jurista brasileiro Joaquim Falcão, segundo quem: “Na América Latina, trata-se quase sempre de defender os direitos da maioria, e não os direitos das minorias. Quem é discriminado social e economicamente é a maioria dos cidadãos. Quem foi violentado em seus direitos políticos foi a maioria dos cidadãos. Não foi apenas a minoria, ou as minorias, como nos países desenvolvidos. Por isso a questão do acesso à justiça na América Latina é uma questão da maioria, da imensa maioria, e não apenas de determinados grupos étnicos ou sexuais.” FALCÃO, J. Democratização e serviços legais. *In*: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direito e Justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989. p. 151.

Em sua análise sobre o papel exercido pelos Tribunais nas sociedades contemporâneas, Santos et. al. destacam que:

A explosão da litigação deu maior visibilidade social e política aos tribunais e as dificuldades que a oferta da tutela judicial teve, em geral, para responder ao aumento da procura suscitaram com grande acuidade a questão da capacidade e as questões com ela conexas: as questões da eficácia, da eficiência e da acessibilidade do sistema judicial. (grifou-se)⁶⁷

Pode-se afirmar, com suporte nos estudos dos diversos sociólogos do direito e juristas brasileiros acima referidos, que esta explosão da litigação e da litigiosidade – que se traduziu na sobredemanda dirigida aos tribunais, especialmente no período que se sucedeu à crise do *welfare* e ao advento de constituições democráticas – foram fenômenos que se verificaram em diversos países pelo mundo, alcançando também o Brasil.

Entretanto, nem o Judiciário nem o Sistema de Justiça brasileiros tinham se preparado para receber tantos processos novos. O problema que imediatamente surgiu daí foi a enorme dificuldade de os Tribunais absorverem satisfatoriamente a crescente demanda por prestação jurisdicional.

Na prática, o que se via no chamado “auge da crise do Judiciário”, eram milhares de prateleiras lotadas de processos judiciais; servidores e magistrados com pilhas de processos sobre as mesas; caixas de petições aguardando processamento por meses a fio; advogados e partes insatisfeitos com o lento andamento de seus processos.

A dificuldade em equacionar a questão foi tamanha que, à época, muitos pesquisadores das instituições do Sistema de Justiça e operadores do direito interpretaram o que se passava como sendo uma verdadeira “crise do Judiciário”, diante da incapacidade em se atender esta demanda aumentada de forma minimamente satisfatória, surgindo daí diferentes propostas de “soluções” para os “problemas do Judiciário”.⁶⁸

⁶⁷ SANTOS et al., *op. cit.*, 1996, p. 04.

⁶⁸ SADEK, M. T. Poder Judiciário: Perspectivas de Reforma. **Opinião Pública (UNICAMP), Campinas, v. 10, n. 1, 2004**, pp. 01-62. Disponível em: <<https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641138>>. Acesso em 20.06.2018.

1.3. A identificação dos elementos críticos: a ineficiência do sistema e a dificuldade de acesso à justiça.

Os anos que se seguiram à constatação da chamada *crise do Judiciário*, identificada na década de noventa do século XX, foram marcados por uma profusão de debates e estudos que visavam a encontrar saídas para aquele quadro de ineficiência e de difícil acesso ao sistema.⁶⁹

Enquanto a ineficiência afetava mais a imagem do Judiciário, os operadores do direito e as partes que já tinham suas ações em curso, o difícil acesso ao sistema afetava a população em geral.

E se pode dizer que o difícil acesso ao sistema afetava a população em geral, pois, como bem observou Joaquim Falcão, no contexto brasileiro as chamadas minorias são, na verdade, a grande maioria.⁷⁰ Assim, se a falta de recursos financeiros e de informação são fatores que dificultam o acesso à justiça, no caso do Brasil, é a maior parte da população que eventualmente necessita de ajuda para a resolução das controvérsias que encontrará barreiras ao acesso.

Apesar de a ineficiência do Judiciário afetar a imagem deste poder e os interesses de grupos específicos, esta era obviamente uma realidade que afetava negativamente os interesses de todos os cidadãos, na medida em que agravava ainda mais o quadro do já conhecido difícil acesso à justiça.

Muito embora se questione a propagação da ideia de que o Judiciário e o Sistema de Justiça passavam por uma crise generalizada, a verdade é que havia muitas melhorias a serem feitas no sistema como um todo, no sentido de aumentar a sua eficiência e de promover a ampliação do acesso à justiça.⁷¹

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ Sobre o apontamento de que as minorias são, no contexto brasileiro, a maioria, veja-se: FALCÃO, J. Democratização e serviços legais. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). **Direito e Justiça: a função social do judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.

⁷¹ Olhando-se em retrospectiva, é possível constatar que a propagação da ideia de crise generalizada serviu mais para levantar os debates sobre as possibilidades de melhoria do funcionamento sistema e, com isto, buscar a sua adequação às novas demandas surgidas com o advento do regime democrático, do que para qualquer outra finalidade, naquele momento da história (década de noventa do século XX). Dos debates sobre a aludida “crise da Justiça” é que paulatinamente foram sendo tomadas medidas de reforma – como a edição da EC n.º45/2004 e as reformas lideradas pelo CNJ, por exemplo – as quais, no médio prazo, passaram a trazer alguns resultados positivos em termos de eficiência para o sistema de Justiça e, ainda que em menor grau, em termos de ampliação do acesso à Justiça também.

De acordo com Grinover, “nos países em que a função jurisdicional é desempenhada exclusivamente pelo Poder Judiciário, a crise da Justiça confunde-se e se identifica com a crise do Judiciário e de seus membros.”⁷²

Seria preciso, então, identificar os vários aspectos do fenômeno, isto é, da chamada crise da justiça, a fim de evitar conclusões equivocadas.

Foi neste sentido que Grinover alertou para a necessidade de distinguir, numa "crise que se generaliza como sendo própria do Judiciário" os seus diversos aspectos, que seriam ora atinentes à crise estrutural de um dos Poderes do Estado; ora relativos à crise institucional decorrente do jogo de equilíbrio entre os Poderes; outras vezes inerentes à mentalidade dos operadores da Justiça, e outras, ainda, oriundas da inadequação dos controles sobre o exercício da função jurisdicional.⁷³

O que se pode inferir atualmente, olhando-se em retrospectiva, é que aquela chamada crise da Justiça (outras vezes chamada de crise do Judiciário) era um fenômeno complexo, ou, em outras palavras, se afigurava como a percepção externa de um complexo de fenômenos menores, passíveis de identificação e análise. Análise esta que se tornaria indispensável para tratar dos “gargalos da Justiça” – isto é, dos pontos críticos do sistema de Justiça, que careciam de maior atenção e de políticas de administração judiciária para que fossem resolvidos ou ao menos tivessem seus efeitos amenizados.

E um dos elementos críticos identificados no funcionamento do sistema foi a questão do acesso à Justiça que, além de ser também um fenômeno complexo, era (e continua sendo) um problema sensível, que demandava tratamento próprio, e cujos debates estavam ainda se iniciando no Brasil.

⁷² GRINOVER, Ada P. A crise do Poder Judiciário. *In.*: **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n. 34, dez. 1990, p. 12.

⁷³ *Idem*, p. 02.

1.4. A emergência dos debates sobre o problema do acesso à justiça no Brasil e as iniciativas de reforma do Poder Judiciário introduzidas a partir da EC n.º 45/2004

No mesmo período, por influência da célebre obra de Cappelletti & Garth intitulada *Acesso à Justiça*, publicada no Brasil em 1988, começou-se a se discutir a questão do acesso à justiça no país – um debate que já se encontrava relativamente avançado nos Estados Unidos, e em diversos outros países de dentro e de fora da Europa ocidental.⁷⁴

No Brasil, questionavam-se cada vez mais veementemente não só as dificuldades no acesso ao Poder Judiciário e demais instituições do Sistema de Justiça, mas também a efetividade e a qualidade das decisões proferidas em seu âmbito.

Foi neste contexto que, na década seguinte, editou-se a Emenda Constitucional n.º 45/2004 (conhecida como a emenda da Reforma do Judiciário), que criou o Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) e explicitou as garantias da razoável duração do processo⁷⁵ e da celeridade em sua tramitação.⁷⁶

⁷⁴ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

⁷⁵ Muito embora a EC n.º 45/2004 tenha introduzido e colocado de forma expressa a garantia da razoável duração do processo no texto constitucional, importantes nomes da doutrina sobre Direito Processual Civil brasileiro afirmam ou reconhecem que tal garantia já se encontrava implícita na Constituição de 1988. Por exemplo, Cassio Scarpinella Bueno, em seu *Manual de Direito Processual Civil*, no tópico em que trata da "Duração razoável do processo (eficiência processual)", anota que "o inciso LXXVIII do art. 5º da CF, introduzido pela EC n. 45/2004, dispõe que 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação'. Trata-se da consagração expressa do princípio da razoável duração do processo no modelo constitucional brasileiro e também dos meios que garantam a celeridade de tramitação do processo." (grifou-se). BUENO, Cassio S. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016**. Editora Saraiva. 2ª edição, São Paulo: 2016. p. 56. Já Daniel Assumpção, em seu *Manual de Direito Processual Civil*, no tópico em que trata do "Princípio da razoável duração do processo", anota que "com a Emenda Constitucional 45/2004, o direito a um processo sem dilações indevidas foi expressamente alçado à qualidade de direito fundamental, ainda que para parcela da doutrina o art. 5.º, LXXVIII, da CF só tenha vindo a consagrar realidade plenamente identificável no princípio do devido processo legal. A expressa previsão constitucional, que trata do tema como o direito à 'razoável duração do processo', deve ser saudada, ainda que com reservas, porque atualmente não resta dúvida quanto à condição de garantia fundamental do direito a um processo sem dilações indevidas. (...) [e complementa, afirmando que] o princípio da duração razoável do processo, consagrada no art. 5.º, LXXVIII, da CF, encontra-se previsto no art. 4.º do Novo CPC. Segundo o dispositivo legal, as partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do processo, incluída a atividade satisfativa. A novidade com relação ao dispositivo constitucional é a inclusão expressa da atividade executiva entre aquelas a merecerem a duração razoável. Reza o ditado popular que aquilo que abunda não prejudica, mas é extremamente duvidoso que, mesmo diante da omissão legal, a execução não seja incluída no ideal de duração razoável do processo." NEVES, Daniel A. A. **Manual de direito processual civil – Volume único**. Editora JusPodivm, 8ª edição, Salvador:2016. p.304.

⁷⁶ Fato é que na redação atual do dispositivo, o princípio da razoável duração do processo deixou de ser implícito e tornou-se expresso, ganhando maior relevo do que outrora, na medida em que foi reforçado como garantia (ou alçado à condição de garantia). E, ao lado desta, foi incluída ainda a garantia da celeridade na tramitação processual. Veja-se: "CRFB, Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade,

A criação do Conselho Nacional de Justiça foi de fundamental importância para o tratamento dos elementos críticos que afetavam o bom funcionamento e a imagem do Poder Judiciário e do Sistema de Justiça como um todo.

Isto porque, o CNJ, como órgão administrativo criado para empreender políticas judiciárias com o escopo de melhorar a eficiência da prestação dos serviços judiciais e promover o acesso à justiça, coordenou diversas iniciativas de reforma que já apresentam resultados positivos, especialmente no campo da eficiência.⁷⁷

Contudo, as políticas judiciárias adotadas pelo CNJ no sentido de melhorar a gestão do fluxo de processos – medidas como a instituição do PJ-e, estabelecimento de metas de produtividade para os magistrados e tribunais, e outras visando ao aumento da eficiência e da celeridade na tramitação processual – não se mostraram suficientes, pelo menos num primeiro momento.⁷⁸

Isto porque conforme indicado na apresentação do primeiro Relatório de Metas publicado pelo CNJ – contendo os resultados atingidos entre os anos de 2009 – 2012 – o aumento da produtividade dos tribunais (encerramento de processos antigos e novos) não foi capaz de suplantar numericamente o incremento da demanda por prestação jurisdicional (ingresso de novos processos) naquele período.⁷⁹

à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são *assegurados* a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)" (grifou-se). BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm>. Acesso em: 20.06.2018.

⁷⁷ Vale observar que o CNJ possui outras atribuições, como a de fiscalizar a atividade dos juízes etc. Contudo, neste trabalho, o enfoque são as políticas judiciárias voltadas para a melhoria da eficiência e da ampliação do acesso à justiça.

⁷⁸ SARDINHA, Flavia C.; D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Conselho Nacional de Justiça e as políticas de qualidade nos tribunais de justiça do Brasil: um diálogo entre administração judiciária e o tema do acesso à Justiça**. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio, 2013.

⁷⁹ Veja-se o Relatório de Metas anuais de 2009 – 2013 no *site* do CNJ. Embora o Relatório de Metas anuais de 2009 – 2012 tenha sido o primeiro a ser publicado, este não se encontra mais acessível no site do CNJ. Aparentemente, o Relatório de 2009-2012 foi embutido no Relatório de 2009-2013, que está disponível para consulta. Os demais Relatórios que retratam o desempenho dos Tribunais no atingimento das metas nacionais estão disponíveis em <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>>. Acesso em 18.06.2018.

Assim, o CNJ logo constatou a insuficiência do enfoque tão somente no incremento da produtividade e da celeridade para garantir-se a almejada eficiência e viabilizar a facilitação do acesso à justiça à população.⁸⁰

O Relatório do Conselho Nacional de Justiça (2013) que apresentou o resultado final do esforço dos Tribunais brasileiros no cumprimento das Metas Nacionais do Poder Judiciário,⁸¹ referindo-se aos números dos meses de janeiro de 2009 a dezembro de 2012, revelou que

Com relação à razoável duração do processo, vale destacar que praticamente todos os ramos da justiça alcançaram a chamada Meta 2 de 2012, que determinou o julgamento dos processos mais antigos. Em 2012, o tempo médio nos Juizados Especiais e na Justiça Eleitoral e Militar não passou de 3 anos em cada instância; na Justiça do Trabalho, 4 anos; nos demais segmentos, 5 anos. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 06).

No entanto, demonstrou que o quadro geral não oferecia razões para maiores otimismo, e que o próprio Poder Judiciário reconheceu que havia limites naquele esforço de avanço inicial.

Em relação à produtividade, permanece um desequilíbrio entre a capacidade de produção e a demanda, o que tem gerado um maior congestionamento na Justiça. A boa notícia é que, comparado a 2011, em 2012 houve um aumento de 8,69% no quantitativo de processos julgados, totalizando 18.528.204, comparados aos 17.045.691 julgados em 2011. A questão é que também houve um aumento de 11,06% na demanda de 2012, se comparada com o ano anterior, no qual foram distribuídos 20.575.951, contra os 18.526.656 em 2011. [...] Tomando por base os meios existentes, a capacidade de aumento de produção da nossa justiça está a indicar sinais de esgotamento nos últimos anos, apontando para uma produção média da ordem de pouco mais 1.000 processos por magistrado/ano, desproporcional, portanto, a uma entrada de 1,6 mil casos novos por magistrados/ano. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 05).

O Relatório indicou ainda que algumas das alternativas encontradas pelo Judiciário para amenizar o descompasso entre demanda e capacidade dos Tribunais em ofertar resultados num tempo adequado, leia-se, em entregar processos julgados num tempo razoável, foram a busca de meios alternativos para solução de conflitos, a gradativa implementação do Processo Judicial Eletrônico, além da instituição da figura do Juiz de Cooperação.

⁸⁰ SARDINHA e D'ARAÚJO, *op. cit.*, 2013.

⁸¹ O Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário (CNJ, 2013) pode ser acessado através do link <http://www.cnj.jus.br/images/dge/relatorios/metas_nacionais_do_poder_judiciario_2009_2012.pdf>. Acesso em 20.06.2018.

Uma das saídas encontradas para lidar com o descompasso entre demanda pelos serviços da justiça e produção (julgamento) é o incentivo pela *busca de meios alternativos para solução de conflitos*. Nessa linha, a Justiça Federal comprometeu-se, em 2012, com a meta de designar 10% mais audiências de conciliação que em 2011. Destaca-se que os TRFs da 1ª (AC, AM, AP, BA, DF, GO, MA, MG, MT, PA, PI, RO, RR e TO), 2ª (RJ e ES), 3ª (SP e MS) e 4ª Região (RS, SC e PR), alcançaram a meta. [...] Motivado por esse cenário [de descompasso entre a demanda e a produção], o CNJ vem *buscando meios de modernizar a Justiça, por exemplo, com a implementação gradativa do Processo Judicial Eletrônico – PJE*, inclusive com treinamento de servidores e magistrados, visando à melhoria da produtividade. Com o alcance dessas metas, espera-se incremento da produtividade com equalização entre a demanda e julgados. [...] Além da modernização do judiciário, também *estabeleceu-se a meta de se instituir, em cada um dos 90 Tribunais, a figura do Juiz de Cooperação*, criando-se redes de colaboração entre as jurisdições. Essa é outra meta que se pode considerar praticamente alcançada (97% dos Tribunais implantaram núcleos de cooperação). (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2013, p. 05, grifou-se).

Assim, pode-se inferir que o primeiro relatório de desempenho publicado pelo CNJ acerca do atingimento das metas nacionais para o Poder Judiciário (Relatório 2009 – 2012) indicou (com base em resultados de análise empírica quantitativa) que era necessário manter as políticas judiciárias que investiam em melhorar a gestão do fluxo de processos, mas era preciso *ir além*.

Era preciso investir e estimular também a utilização dos meios adequados de solução de conflitos, as chamadas ADR's (*Alternative Dispute Resolution methods*). Isto é, era preciso estimular as partes a buscarem os meios mais apropriados para a resolução de suas controvérsias, já que nem sempre a solução adjudicada, obtida por meio da prestação jurisdicional, seria a melhor opção para resolver determinados conflitos.

Assim, amparado pelos estudos de vários pensadores brasileiros, muitos dos quais influenciados pela obra de Cappelletti & Garth e de outros juristas que seguiam a mesma linha de análise e pensamento, o CNJ verificou a necessidade de investir-se no estímulo ao uso dos meios adequados de resolução de conflitos no Brasil.⁸²

⁸² Foi a partir desta percepção que o CNJ aprovou a **Resolução nº 125/2010** (que instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário) em continuidade ao previsto em sua **Resolução nº 70/2009** (que enfocou a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário, e definiu como um dos seus 15 objetivos estratégicos, o "Acesso ao Sistema de Justiça", o que seria feito através da "facilitação do acesso à Justiça (objetivo 3)" e da "promoção da efetividade no cumprimento das decisões (objetivo 4)". A Resolução nº 125/2010 e a Resolução nº 70/2009 do CNJ encontram-se disponíveis, respectivamente, nos links: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf http://www.cnj.jus.br//images/atos_normativos/resolucao/resolucao_70_18032009_22072014152617.pdf

Mas o que seriam estes *meios adequados de resolução de conflitos*? Na verdade, os chamados meios adequados de resolução de conflitos constituem diferentes procedimentos, concebidos para serem utilizados em situações concretas distintas, e, por terem cada qual suas peculiaridades e finalidades próprias, pode-se dizer que possuem em comum o fato de serem alternativas à jurisdição estatal, isto é, seriam alternativas à prestação da jurisdição pelo Poder Judiciário.

Esta foi a visão que inicialmente predominou sobre a função desempenhada por tais procedimentos no contexto das discussões sobre o acesso à justiça.

Entretanto, atualmente, parte considerável da moderna doutrina prefere utilizar a expressão “meios adequados” de composição de conflitos para se referir a estes procedimentos, já que são cada vez menos tratados como “métodos alternativos” (ou seja, uma segunda opção) à prestação da jurisdição pelo Estado.⁸³

Isto porque, tais métodos, se antes eram considerados uma alternativa à jurisdição prestada pelo Estado, agora têm sido vistos como verdadeiras opções postas à disposição da sociedade, para que os litigantes escolham o meio mais adequado à resolução das suas controvérsias ou à composição dos seus conflitos.⁸⁴

E são consideradas opções legítimas, capazes de conduzir as partes à transação, soluções consensuais, retomada do diálogo, superação de parte ou da totalidade do conflito, de forma muitas vezes mais bem sucedida do que o seria caso contassem com uma decisão judicial – leia-se, uma decisão proferida por um terceiro imparcial (como a sentença, por um juiz), muito mais

Acesso em: 05.11.2018.

⁸³ Dentre os doutrinadores que preferem utilizar a expressão “meios adequados” de composição de conflitos estão Ada Pellegrini Grinover, Fernanda Tartuce, Rafael Almeida, Fernanda Pantoja etc. Confira-se em: GRINOVER, Ada P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). **Conciliação e Mediação, ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016a.; TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018.; ALMEIDA, Rafael A. de; PANTOJA, Fernanda M. Os métodos “alternativos” de solução de conflitos (ADRs). *In*: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). **Mediação de conflitos para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: JusPodivm, 2016.

⁸⁴ Fernanda Tartuce chama a atenção para a diferença existente entre as terminologias “resolução da controvérsia” e “composição do conflito”, ressaltando que os métodos autocompositivos nem sempre têm a pretensão de conseguir pôr fim a uma controvérsia, sendo mais factível a possibilidade de se obter a composição de um conflito, viabilizando-se a retomada do diálogo entre as partes. Neste sentido, *resolver* a controvérsia representaria um objetivo distinto de *compor* um conflito entre partes controvertidas, sendo o primeiro mais pretensioso do que o segundo, muito embora seja viável atingir ambos os objetivos – isto é, conseguir estes dois resultados – através da autocomposição (seja via conciliação, seja via mediação). Cf. TARTUCE, *op. cit.*, 2018, p. 18.

voltado para a correta aplicação das normas processuais do Estado do que para as expectativas e/ou reais necessidades das partes em controvérsia.

Outro argumento a ser colocado para que os meios adequados de composição de conflitos sejam considerados como opções legítimas e seguras postas à disposição da sociedade é o fato de já terem recebido o pleno reconhecimento do Estado – um reconhecimento oficial como procedimentos que compõem, lado a lado, as múltiplas portas para o acesso à justiça.

O pleno reconhecimento destes meios adequados, por parte do Estado, como sendo diferentes caminhos para o acesso pode ser visto no fato de que tais procedimentos vieram sendo incorporados às políticas judiciárias – veja-se, por exemplo, a Resolução nº 125, aprovada pelo CNJ em 2010, voltada ao estímulo do uso destes meios – a fim de viabilizar às partes a escolha da melhor opção para o seu caso concreto, bem como a descompressão da demanda dirigida ao Poder Judiciário.

Some-se a isto, o fato de estes meios terem sido previstos pelo novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e pela Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), o que indica não apenas o reconhecimento oficial destes mecanismos por parte do Estado, mas a valorização que lhes foi conferida nestes últimos anos.⁸⁵

É neste sentido que, na medida em que tais mecanismos caminham ao lado da prestação jurisdicional estatal, parece mais apropriado falar-se em “meios adequados de resolução de conflitos” do que em “meios ou métodos alternativos” à jurisdição prestada via Poder Judiciário.

Assim, em suma, o que antes era denominado no Brasil como *meios alternativos*, e atualmente tem-se referido mais frequentemente como *meios adequados de resolução de conflitos*, são, entre outros, os institutos da conciliação, mediação e arbitragem. Vale ressaltar que, muito embora haja outros meios para além destes três, são procedimentos menos explorados pela doutrina brasileira, por serem ainda pouco disseminados na prática em nosso país.

⁸⁵ Adiante voltaremos a esta questão, a fim de refletir sobre alguns elementos destas previsões legais – como, por exemplo, a inserção das audiências de conciliação e mediação como fases obrigatórias e iniciais nos processos judiciais, e procuraremos refletir sobre o significado desta inclusão e suas implicações.

Sublinhando que os meios adequados *não* se resumem à tríade da “conciliação, mediação e arbitragem”, Lilia Sales destaca que, na verdade, há vários mecanismos de resolução de conflitos postos à disposição da sociedade, cabendo às partes envolvidas escolher aquele que melhor se adeque às suas controvérsias.⁸⁶

Sales explica que não há um mecanismo de resolução de conflitos que possa ser considerado definitivamente melhor do que os outros⁸⁷. Neste sentido, ressalta que

são alternativas à sociedade: a mediação, a conciliação, a negociação, a arbitragem, o Poder Judiciário, esferas administrativas de solução, ou seja, todos os espaços e mecanismos de solução que apresentem para uma sociedade.⁸⁸

Cumprindo observar que há registros históricos da existência de variados meios de composição de conflitos, praticados desde os tempos mais remotos até o presente, em diversas partes do mundo.⁸⁹

A depender do contexto histórico, político e jurídico, podem ser privilegiados uns em detrimento de outros, e normalmente não há óbice para que os diferentes meios coexistam num mesmo ordenamento jurídico ou num mesmo Sistema de Justiça, tal como ocorre nos EUA, na Itália e no Brasil, por exemplo.⁹⁰

A doutrina brasileira costuma trabalhar com três tipos de composição de conflitos: a autotutela, a autocomposição e a heterocomposição.⁹¹ Assim, enquanto a conciliação e mediação seriam consideradas espécies de autocomposição, a arbitragem é classificada como

⁸⁶ SALES, Lilia M. de Moraes. A evolução da mediação através dos anos – aprimoramentos das discussões conceituais. In.: BRAGA NETO, Adolfo. SALES, Lilia M. de Moraes. **Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos**. GZ Editora, Rio de Janeiro: 2012. (pp. 140 – 160). p. 149.

⁸⁷ *Idem*, p. 149.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 149.

⁸⁹ Cf. TARTUCE, *op. cit.*, 2018, p. 80; SALES, *op. cit.*, 2012.

⁹⁰ Cf. TARTUCE, *op. cit.*, 2018; SALES, *op. cit.*, 2012, pp. 21 e 141; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n. 11 (2013). Disponível em: <<http://www.redp.com.br>>. Acesso em 10.06.2018.

⁹¹ GRINOVER, Ada P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In.: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). **Conciliação e Mediação, ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016a.; TARTUCE, *op. cit.*, 2018.

uma espécie de heterocomposição, ao lado da tradicional prestação jurisdicional estatal entregue via Poder Judiciário.⁹²

Diante de tal quadro, o que se pode constatar é que são várias as modalidades de resolução de conflitos existentes e praticadas no Brasil. Ainda assim, em se tratando de meios adequados de resolução de conflitos, tem-se mais comumente utilizado no Brasil a tríade conciliação⁹³, mediação⁹⁴ e arbitragem.⁹⁵

Deve-se ressaltar, porém, – e este ainda é um desafio para a administração judiciária – que, apesar da existência já consideravelmente disseminada destes três métodos, a sociedade brasileira ainda privilegia o meio adversarial para a solução de seus conflitos.⁹⁶

⁹² *Ibidem*.

⁹³ "[A] conciliação é um processo diferente da mediação, em que pese a frequente confusão com que tratadas no meio jurídico, residindo a oposição entre ambas na postura tomada pelo intermediador do conflito, um tanto quanto mais ativa na conciliação, pois propõe acordos e os costura, nos termos do que lhe é exposto pelas partes. É por essa razão que a conciliação é indicada a casos inerentes às relações esporádicas entre as partes em conflito. (...) a conciliação tem tratamento no novo Código de Processo Civil, devendo ser incentivada por todos os atores do sistema judiciário brasileiro, constituindo procedimento que deve ser buscado a todo o tempo, além de colocar o conciliador judicial como auxiliar da justiça, devendo atuar, preferencialmente, em casos nos quais não exista vínculo anterior entre as partes." Ver MUNIZ, Tânia Lobo e SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., pp. 288-311, dez. 2018, pp. 294 e 301-302. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em 15.05.2019.

⁹⁴ O conceito de mediação será apresentado adiante, de forma mais detalhada, por ser o objeto do presente trabalho.

⁹⁵ "A arbitragem é o meio alternativo de solução de litígios, pelo qual é indicado um terceiro imparcial pelas próprias partes ou pelo órgão ao qual estejam elas vinculadas, para que possa apresentar solução à questão que lhe é entregue, sob o comprometimento das partes em respeitar aquilo que for decidido pelo juízo arbitral. (...) [A] arbitragem é regulada no Brasil pela Lei 9.307/96, que cuida do procedimento arbitral, das convenções de arbitragem, da sentença a ser proferida pelo árbitro, além do modo pelo qual se executam estas sentenças. Importante anotar que no plano internacional ela é regulamentada Convenção de Nova York, internalizada no Brasil pelo Decreto n.º 4.311/2002, pela Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, objeto do Decreto n.º 1.902/1996, bem como pelo Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, promulgada pelo Decreto n.º 4.719/2003." Ver MUNIZ, Tânia Lobo e SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., pp. 288-311, dez. 2018, pp. 292 e 302. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em 15.05.2019. O método se diferencia da mediação, principalmente, pelo fato de que, neste, o terceiro (um árbitro ou painel de árbitros) fica encarregado de efetivamente decidir a questão ao final do procedimento, o que foge ao escopo do trabalho do mediador. Outra diferença pode ser vista no fato de que, na arbitragem, o árbitro deve, desde o começo do procedimento, atuar de modo colaborativo e se empenhar na busca da solução consensual, enquanto na mediação, o mediador deve procurar ouvir as partes, e facilitar o diálogo entre elas, porém, sem sugerir, de modo a que elas cheguem, por si próprias, a uma solução.

⁹⁶ A este respeito confirmam-se os últimos **Relatórios de Metas anuais do CNJ**, disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metlas>. Acesso em 05.05.2019. E, em retrospectiva, veja-se o artigo de ARANTES e SADEK. *op. cit.*, 1994., que analisa os problemas do Judiciário no Brasil (sob os aspectos institucional, estrutural e relativo aos procedimentos), e o de WATANABE, Kazuo. **Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação**. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684/690., em que declarou que "o que

Isto se constata no fato de muitas pessoas ingressarem preferencialmente com processos judiciais para se obter a prestação da jurisdição estatal, (em que se produzirá uma sentença judicial, que imporá uma decisão às partes, de acordo com a legislação aplicável), em vez de buscarem, em primeiro lugar, um dos meios adequados de resolução de controvérsias.⁹⁷

Assim, pode-se afirmar que, muito embora a sociedade brasileira ainda privilegie a jurisdição estatal como meio de resolução das controvérsias, os meios adequados de resolução de conflitos, a exemplo do instituto da mediação, vêm ganhando cada vez mais espaço e credibilidade no país (principalmente nas duas últimas décadas)⁹⁸.

prevalece entre nós, em suma, é a cultura da sentença", e, referindo-se ao projeto da Lei da Mediação então em curso, afirmou ter esperança na paulatina substituição da cultura da sentença pela cultura da pacificação.

⁹⁷ Conforme as mesmas referências contidas na nota 73 supra, e, em especial, os resultados contidos nos **Relatórios de Metas anuais do CNJ**, disponíveis em <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas>. Acesso em 05.05.2019. O último relatório do Conselho Nacional de Justiça (2018) demonstra que continuaram-se empreendendo esforços no sentido de melhorar a produtividade e prevenir a formação de estoque de processos, através da Meta 1. Já a Meta 3, que enfoca o estímulo à conciliação, só passou a ser estabelecida como meta nacional para os três ramos da Justiça – do Trabalho, Federal e Estadual – a partir de 2016, haja vista ser um programa ainda incipiente nos Tribunais brasileiros (tanto com relação ao estímulo, quanto com relação à capacidade de monitoramento). Tal quadro demonstra, dentre outras coisas, que ajuizar demandas, em vez de buscar meios conciliatórios, ainda é a preferência da maioria da população brasileira.

⁹⁸ “Mesmo antes da Resolução nº 125/10, já existiam programas/centros de mediação e conciliação no Judiciário, e o esforço após o advento de referida resolução foi o de adaptação às novas regras.” Mais sobre o assunto e dados de pesquisa, confira-se em: GRINOVER, Ada Pellegrini., SADEK, Maria Tereza., e WATANABE, Kazuo. (CEBEPEJ), GABBAY, Daniela Monteiro e CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP). (coord.) **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

CAPÍTULO II. CONCEITO DE MEDIAÇÃO E O PAPEL DO MEDIADOR NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO

2.1. Comentários introdutórios

Em algumas espécies de conflitos, como os familiares, por exemplo, é muito comum que as pessoas ingressem com processos judiciais e, após proferida a sentença, emergjam novas controvérsias, decorrentes daquela mesma relação familiar conturbada. Isto porque, os quadros de conflitos familiares tendem a ser complexos, em razão da quantidade de sentimentos, expectativas e interesses ali em jogo.

Assim, para os conflitos familiares, bem como para outros oriundos de relações complexas e duradouras, a mediação apareceria como o método de composição mais adequado⁹⁹, em razão de sua abordagem mais abrangente e aprofundada do caso concreto¹⁰⁰ – diferentemente do que ocorre nos processos judiciais, em que é proferida uma sentença que, por voltar-se tão somente para o objeto da demanda, resolve apenas uma parte daquele conflito que, na verdade, apresenta diversos outros pontos críticos.

Estes pontos críticos, que acabam sendo negligenciados em um processo judicial – dada a necessária limitação do objeto da demanda – pelo fato de não terem sido sequer debatidos, quiçá resolvidos na ação judicial, facilmente exsurgem como causas de novos conflitos e / ou controvérsias decorrentes daquele mesmo contexto relacional conturbado.

Assim, as partes podem acabar ingressando com novos processos judiciais, em busca de uma solução para os pontos críticos não abordados em ação anterior, prolongando-se a agonia da família em conflito, pela demora na resolução do caso, pelos gastos com os procedimentos etc.

À vista disto, parece evidente que um processo judicial não seria o meio mais adequado para resolver determinados tipos de conflitos, como os familiares e alguns empresariais, por

⁹⁹ Cf. VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2017., pp. 62-63; e HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

¹⁰⁰ Cf. SALES, Lilia M. de Morais. **A evolução da mediação através dos anos – aprimoramentos das discussões conceituais**. In. Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. BRAGA NETO, Adolfo. SALES, Lilia M. de Morais. GZ Editora, Rio de Janeiro: 2012. (pp. 140 - 160).

exemplo, por ter uma abordagem limitada (ao objeto da demanda); por ser custoso e demorado (logo, ineficiente), e, no fim das contas, por ser muitas vezes ineficaz, tornando-se uma via de frustrações para as partes e demais envolvidos.

2.2. A importância do estudo prévio do conflito e a proposta da Justiça Multiportas idealizada pelo Prof. Frank Sander

Antes de adentrar no conceito de mediação e de abordar o papel exercido pelo mediador no curso deste procedimento, deve-se fazer uma observação a respeito da análise do conflito ou da controvérsia existente entre os envolvidos.

Os pesquisadores dos meios adequados de resolução de conflitos (MARC's) costumam afirmar que o estudo do conflito ou da controvérsia deve ocorrer previamente à escolha do mecanismo adequado para seu encaminhamento e/ou solução.¹⁰¹

A formação desta consciência foi muito influenciada pela ideia da *Multi-door Courthouse* do Professor Frank Sander (que, no Brasil, ficou conhecida como Justiça Multiportas). A proposta considera que, para cada espécie de conflito, haveria uma abordagem mais apropriada. Partindo do pressuposto de que as questões ou disputas surgidas no seio da sociedade são das mais diversas ordens, diversos deveriam ser também os caminhos para o seu adequado encaminhamento. A abordagem adequada tornaria mais efetiva a resolução do conflito.¹⁰²

¹⁰¹ Cf. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018.; VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017; SALES, *op. cit.*, 2012, dentre outros.

¹⁰² Na doutrina brasileira, vários autores se referem a Frank Sander como teórico responsável por trazer à tona a ideia do *Multi-door Courthouse* (traduzido para o português como “Justiça Multiportas”), que estimulou os estudos e usos das ADR's dentro e fora dos Estados Unidos. Embora certamente não tenha sido o primeiro a fazê-lo, VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, p.60, registrou que “com efeito, a consagrada expressão *multi-door courthouse* (corte de múltiplas portas) foi originalmente utilizada pelo Prof. Frank Sander (Harvard), em 1976, numa conferência que veio a ser publicada em 1979 (identificada como *Pound Conference*, publicada na obra SANDER, Frank. *Varieties of dispute processing*. Minnesota: West Publishing, 1979, pp.65/87)”. O mesmo registro foi feito também por: HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 42; SALES, *op. cit.*, 2012, p. 141, dentre outros.

Estas diferentes abordagens seriam instrumentalizadas a partir de mecanismos distintos, considerados mais adequados¹⁰³, por contarem com técnicas próprias, voltadas para as características dos diferentes conflitos surgidos no seio de uma sociedade complexa e plural.

Neste sentido, seria preciso conhecer bem o conflito, em primeiro lugar, para que então se pudesse verificar qual o mecanismo mais adequado ao seu encaminhamento.

E é neste mesmo sentido que Lilia Sales¹⁰⁴ explica que compreender a complexidade dos conflitos seria fundamental para se propor um mecanismo adequado e eficiente de solução, seja ele de que natureza for.¹⁰⁵

Isto porque, cada conflito traz uma complexidade, apresenta dificuldades e desafios próprios que em sua manifestação podem estar explícitos ou ocultos, e que, ainda que explícitos, podem ser em alguns casos apenas aparentes.¹⁰⁶

E é com base nesta compreensão que se torna fundamental identificar as peculiaridades de cada conflito, como a sua natureza e o vínculo existente entre as pessoas envolvidas.¹⁰⁷

Assim, ao realizar este estudo prévio do conflito, pode ser que se conclua que aquele caso deva ser encaminhado ao Judiciário, à mediação, à conciliação, à arbitragem, à livre negociação entre as partes etc., podendo então o procedimento se desenvolver dentro ou fora da esfera judicial (isto é, judicial ou extrajudicialmente) e com ou sem o auxílio de um terceiro imparcial (seja este terceiro o juiz, o mediador, o conciliador ou o árbitro).¹⁰⁸

¹⁰³ Que seriam as chamadas “ADR’s”, nomenclatura original, surgida no contexto norte-americano, ou “os meios adequados de resolução de controvérsias”, como têm sido cunhados atualmente por maior parte da doutrina brasileira.

¹⁰⁴ SALES, *op. cit.*, 2012, dentre vários outros autores, como TARTUCE, *op. cit.*, 2018 e VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, para citar exemplos de autores contemporâneos brasileiros que o afirmam em obras recentes.

¹⁰⁵ Cf. SALES, *op. cit.*, 2012, p. 151.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 151.

¹⁰⁷ *Idem*, p. 151.

¹⁰⁸ VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, pp. 59-60; HALE et. al., *op. cit.*, 2016, pp.37-40.

2.2.1. A especial importância do estudo prévio dos conflitos encaminhados à mediação. A necessária adequação entre o tipo de conflito e as várias técnicas e espécies mediativas

Deve-se ressaltar, contudo que, especialmente naqueles casos que são geralmente encaminhados à mediação, este estudo prévio das características do conflito se torna ainda mais importante, pois, a depender do seu grau de complexidade, deverão ser eleitas as técnicas apropriadas, escolhidos profissionais mais ou menos experientes e/ou especializados, dentre outras ferramentas.

Como veremos adiante, existem diversas técnicas e ferramentas que podem ser utilizadas em uma mediação, sendo certo que deverão ser escolhidas pelo mediador aquelas que sejam mais adequadas ao endereçamento da questão.

Além disso, vale ressaltar que não existe apenas uma espécie de mediação, mas várias, sendo cada uma voltada a um tipo de conflito diferente. Por exemplo, a mediação de conflitos civis é bastante diferente da que se opera na esfera penal, em que há a mediação restaurativa, com objetivos e características peculiares a este campo.¹⁰⁹

2.3. Objeto e aplicabilidade da mediação

Como visto, a mediação surge como uma alternativa mais viável, isto é, mais adequada ao tratamento de determinados conflitos – aqueles marcados pela complexidade e pela permanência no tempo – do que os processos judiciais.

Assim, “a mediação apresentar-se-ia mais apropriada para litígios oriundos de relações continuadas – relações de parentesco, de vizinhança, de sociedade etc.”.¹¹⁰

Como bem observado por Hale et. al.¹¹¹, Caivano, Gobbi e Padilla recomendam a mediação aos conflitos:

- (i) policêntricos, entendidos como aqueles que apresentam múltiplas situações de tensão; (ii) originados em relações continuadas; (iii) cuja solução recomende um mecanismo que ofereça confidencialidade; (iv) nos quais estão presentes questões

¹⁰⁹ VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, pp. 62-63.

¹¹⁰ HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 39.

¹¹¹ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo; PADILLA, Roberto E. **Negociación y mediación: instrumentos apropiados para la abogacía moderna**. 2 ed. actualizada y ampliada. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2006. p. 79-83. *apud* HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p.41.

culturais, que a jurisdição não levaria em consideração; (v) cujo mérito se relacione com matérias altamente específicas, as quais o juiz não conseguiria compreender adequadamente para decidir; (vi) em que a solução jurídica é controvertida, tornando imprevisível a solução adjudicada; (vii) que gerem custos excessivos se solucionados por meio da jurisdição; (viii) que demandem solução rápida.

Registram Hale et. al. também que, “do mesmo modo, Mauro Cappelletti¹¹² e Humberto Dalla¹¹³ corroboram a tese de que a mediação se apresenta como o método mais adequado para a resolução de conflitos surgidos em relações interpessoais continuadas”.¹¹⁴

O artigo 165, §3º do CPC, ao dispor sobre a atuação dos mediadores, expõe também as situações em que a mediação deveria ser aplicada, isto é, "preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes".

Confira-se a redação do referido dispositivo no CPC:

O mediador, que atuará preferencialmente nos casos *em que houver vínculo anterior entre as partes*, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (grifou-se).

Em consonância com a ideia do Prof. Sander, de múltiplas portas de acesso à justiça, poder-se-ia afirmar que a mediação seria, para todos estes casos, a porta mais adequada.¹¹⁵

Mas o que seria então a mediação? Como funciona este procedimento? Se não é o juiz, quem é que conduz o procedimento de mediação?

Feitas estas considerações introdutórias, passa-se agora à exposição do conceito de mediação, de seu procedimento e do papel exercido pelo mediador.¹¹⁶

¹¹² CAPPELLETTI, Mauro. Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça. In: **Revista de Processo**, São Paulo, n. 74, 1994.

¹¹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos, In: **Acesso à justiça: efetividade do processo**, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 105-124.

¹¹⁴ HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 40.

¹¹⁵ Também o confirmam HALE, Durval; PINHO, Humberto; CABRAL, Trícia; BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia; TARTUCE, Fernanda, referenciados na bibliografia deste trabalho, dentre vários outros na doutrina.

¹¹⁶ Tendo em vista que o bom desempenho da mediação está intimamente ligado ao modo pelo qual o mediador exerce o seu papel, falaremos antes da função do mediador para, em seguida, apresentar os aspectos mais importantes do procedimento de mediação – com a consciência de que, na prática, tal procedimento será flexível, ou seja, adequável, a depender do conflito ou controvérsia em questão. Assim, após tratar do conceito de mediação

2.4. O conceito de mediação

De acordo com Hale et. al., dentre outros autores¹¹⁷, existem várias espécies ou modelos de mediação, estando as principais abordagens do instituto diferenciadas pelos seus escopos.¹¹⁸

As principais abordagens mencionadas pela doutrina são a Escola Linear de Harvard; a Mediação Transformativa; a Mediação do Modelo Circular Narrativo; e a Mediação Avaliativa.

Hale et. al. dispensam maior atenção às duas primeiras abordagens, por serem as mais praticadas em âmbito global (isto é, são as mais praticadas nos países que adotam a mediação como método de solução de conflitos).

Contudo, embora menos recorrentes, as duas últimas abordagens de mediação também serão observadas, “como o modelo circular narrativo, da professora Sara Cobb, e a mediação avaliativa, que se aproxima da avaliação neutra de terceiro e permite ao mediador uma maior participação na fase de criação de opções de soluções.”¹¹⁹

De acordo com Hale et. al., pela abordagem da Escola Linear de Harvard – representada pelas ideias de Frank Sander – a mediação é o método adequado que possui como objetivo precípuo a solução do conflito pela obtenção do acordo.¹²⁰

Como consequência, o procedimento é desenvolvido de modo a melhor possibilitar a solução da controvérsia. Os participantes são estimulados a indicarem opções por meio de técnicas como *brainstorming*, *refrasing* etc. Caso não se obtenha o acordo, a mediação é considerada frustrada.¹²¹

– traremos um denominador comum deste conceito – falaremos do papel exercido pelo mediador e abordaremos elementos considerados relevantes do procedimento.

¹¹⁷ Confiram-se, por exemplo, os trabalhos de SALES, *op. cit.*, 2012, pp. 145-146 e de VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, pp. 62-63.

¹¹⁸ Cf. HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 42.

¹¹⁹ HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 44.

¹²⁰ *Idem*, p. 42. Os autores afirmam que a Escola Linear de Harvard teria sido a linha adotada pelo CPC de 2015 e também pela Lei de Mediação brasileira.

¹²¹ E complementam os autores, destacando que “o modelo linear é instrumento de diminuição de litígios pendentes de julgamento perante o judiciário, porquanto, ainda que não possibilite a restauração do diálogo entre as partes, resolve o conflito de interesses que já estava ou seria ajuizado.”. HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 42. Isto provavelmente justificaria a maior recepção desta abordagem em vários países pelo mundo, haja vista que o problema da sobredemanda afetou a vida dos tribunais em diversas partes do globo. Neste sentido, veja-se o trabalho de SANTOS, B. S. et al. Os tribunais nas sociedades contemporâneas. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. São Paulo, Anpocs, 1996.

Para os mesmos autores¹²², pela abordagem da Mediação Transformativa – representada pelas ideias de Joseph Folger e Robert Bush – o acordo deixaria de ser a finalidade principal da mediação, e o mediador buscaria o restabelecimento dos laços e do diálogo em conjunto com os envolvidos. Assim, segundo esta abordagem,

a mediação é concebida como técnica que, não obstante seja capaz de levar à solução do conflito, possibilita aos envolvidos aprenderem meios para se relacionar melhor e superar as posturas que ocasionaram o conflito, a fim de evitar que surjam novos litígios da mesma natureza.¹²³

Fato é que a mediação possui algumas características próprias, independentemente da escola ou da abordagem adotadas ou do escopo eleito¹²⁴, sendo possível estabelecer uma apreensão genérica do conceito – o que tem notória utilidade acadêmica e prática, haja vista ser a mediação instituto utilizado e referido em diversas partes do mundo.

Segundo Hale et. al., a mediação

sempre será guiada por terceiro imparcial sem poder decisório, capacitado com técnicas capazes de auxiliar os envolvidos no alcance do resultado desejado. A mediação é um método autoral, na medida em que a decisão cabe aos participantes que mantêm o protagonismo nas suas escolhas.¹²⁵

De acordo com Lilia Sales, a mediação poderia ser conceituada como

mecanismo de solução de conflitos, no qual um terceiro imparcial e com capacitação adequada facilita a comunicação entre as partes, sem propor ou sugerir, possibilitando o diálogo participativo, efetivo e pacífico, permitindo-se a construção de uma solução satisfatória pelas próprias partes.¹²⁶

Assim, na visão de Vasconcelos, a mediação pode ser entendida como um método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediandos escolhem ou aceitam um terceiro mediador (podendo inclusive ser mais de um mediador), que tenha

¹²² Cf. HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 43.

¹²³ *Idem*, p.43. De seu escopo, pode-se depreender que a Mediação Transformativa estaria mais apta a empoderar os sujeitos a resolverem eventuais novos conflitos futuros, e que exerceria – uma vez consolidada no seio da sociedade a cultura da autocomposição pelas práticas mediativas – um importante papel preventivo de novos litígios no longo prazo (podendo ser vista como um interessante instrumento de avanço civilizatório).

¹²⁴ HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p.41.

¹²⁵ *Idem*, p. 41.

¹²⁶ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 149.

aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo entre as partes em conflito, com vistas à obtenção de um acordo.¹²⁷

Quando se está diante de conflitos de maior complexidade, a mediação tende a ser o meio mais adequado, por ser mecanismo que “possibilita, por meio de técnicas próprias, utilizadas pelo mediador, a identificação do conflito real, vivenciado”¹²⁸ podendo melhor encaminhar as partes para uma solução consensuada.

Por fim, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, a mediação seria conceituada como método consensual de solução de conflitos, pelo qual um terceiro facilitador auxiliaria as partes em conflito no restabelecimento do diálogo. Este terceiro facilitador seria o mediador que, se valendo de técnicas próprias, investigaria os reais interesses das partes, auxiliando-as na criação de opções, até a escolha da melhor, de modo a que chegassem, elas próprias, à solução do conflito.¹²⁹

Por derradeiro, de acordo com Grinover, para que a mediação pudesse se desenvolver e resultar em acordos viáveis, seria necessário que as partes fossem plenamente capazes de decidir, que o processo fosse pautado na livre manifestação da vontade dos participantes, na boa-fé, na livre escolha do mediador, no respeito e cooperação no tratamento do problema, e, por fim, que fosse assegurada a confidencialidade das informações ali trocadas.

Significa dizer que, observados estes elementos, se oportunizaria a chegada a acordos viáveis, isto é, a soluções mais democráticas, na medida em que contaria com a participação e a manifestação de vontade dos envolvidos, ensejando-se o comprometimento com o que fora acordado, e tornando-se mais provável a sua efetivação.

¹²⁷ Confira-se VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, p.60.

¹²⁸ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 149.

¹²⁹ Complementa Grinover que “a mediação é um processo cooperativo, que leva em conta as emoções, as dificuldades de comunicação e a necessidade de equilíbrio e respeito dos conflitantes, e que pode resultar num acordo viável, fruto do comprometimento dos envolvidos com a solução encontrada.” Cf. GRINOVER, Ada P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). **Conciliação e Mediação, ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016a. p.04.

2.5. O papel exercido pelo mediador em uma mediação

2.5.1. Considerações introdutórias

Estas técnicas ou ferramentas próprias da mediação serão utilizadas pelo mediador, um terceiro imparcial, que exercerá papel fundamental na condução do procedimento, cujos objetivos são transformar o conflito, restabelecer o diálogo entre as partes e chegar a um ou vários acordos.¹³⁰

Sales define o mediador como sendo um terceiro imparcial, que é escolhido ou aceito pelas partes, e que deve dispensar tratamento isonômico a todos os envolvidos:

O mediador é o terceiro escolhido ou aceito pelas partes que deve destinar a todos os envolvidos tratamento isonômico. O mediador deve possibilitar àqueles envolvidos no conflito as mesmas possibilidades, as mesmas informações e as mesmas garantias.¹³¹

Para tanto, é preciso que o mediador aja com imparcialidade – este, um dos principais requisitos exigidos pela ética do mediador – de modo a garantir a credibilidade das partes perante o processo e, com isto, o bom desempenho da mediação.¹³²

E foi no sentido de garantir a imparcialidade do mediador que a legislação brasileira previu tal princípio como informador ou orientador do procedimento de mediação, como se lê nos artigos 166 do CPC¹³³ e 2º, inciso I da Lei de Mediação¹³⁴, ao lado de outros.

¹³⁰ No âmbito de relações contínuas, como as familiares e as empresariais, por exemplo, para que uma mediação seja bem-sucedida, muitas vezes é necessário que se estabeleçam diversos acordos, sobre diversos pontos críticos existentes naqueles conflitos mais complexos.

¹³¹ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 151.

¹³² Nas palavras de SALES, *op. cit.*, 2012, p. 151, “imparcialidade é fundamental para o desempenho da mediação, pois garantirá a credibilidade das partes perante o processo. A imparcialidade é requisito exigido pela ética do mediador.”. No capítulo 3 deste trabalho serão abordados os princípios que regem a mediação e a conduta dos mediadores, ocasião em que poderão ser vistos outros requisitos éticos exigidos do mediador.

¹³³ Veja-se o artigo 166 do CPC: “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”.

¹³⁴ Veja-se o artigo 2º da Lei de Mediação: “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.”.

Embora seja considerado um procedimento informal, visto que flexível, a mediação costuma obedecer a uma ordem lógica de desenvolvimento. Inicia-se com a fase da pré-mediação, seguida da assinatura do termo de abertura da mediação, da escolha do mediador, e do fechamento do termo; em seguida, deve haver o agendamento da primeira sessão¹³⁵, e, na sequência, a realização das demais sessões de mediação; a última fase seria a da conclusão do procedimento, com a obtenção ou não obtenção do acordo, e, por fim, com a redução do seu resultado a um termo final (por escrito), encerrando-se então o procedimento.¹³⁶

2.5.2. As etapas do trabalho do mediador

O trabalho do mediador, na condução da mediação, exige a observância de um procedimento que não é simples, pois, além de obedecer a uma ordem lógica, deve ser aplicado de forma cuidadosa, devendo o terceiro facilitador se posicionar sempre de maneira equidistante, aberto à escuta das partes e atento à profundidade do conflito.

2.5.2.1. A fase preparatória da mediação ou pré-mediação

Na fase de pré-mediação, deverá o mediador informar às partes como se desenvolverá a mediação, se certificar de esclarecer todos os pontos e permitir que as partes conheçam tudo¹³⁷ sobre o procedimento e sobre os seus direitos materiais ali em jogo.¹³⁸

¹³⁵ Confira-se em HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p. 60.

¹³⁶ É dizer, o encerramento ocorre ao final do procedimento, com a lavratura do termo final de mediação, caso os mediandos desejem prosseguir até o fim da mediação, e não resolvam (qualquer um deles) abandonar o procedimento antes do seu término, hipótese em que se a mediação se encerraria imediatamente. Veja-se o disposto no artigo 20 da Lei de Mediação: “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.” Adicionalmente, vale destacar o parágrafo único do mesmo artigo, que dispõe sobre a eficácia do termo final em caso de obtenção de acordo. “O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.”

¹³⁷ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 154.

¹³⁸ Trata-se de fazer valer a garantia das partes da tomada de decisão informada e, acrescente-se, com a garantia de isonomia. É para assegurar a observância destes dois princípios da mediação que, por exemplo, muito embora não seja obrigatória a assistência por advogado na mediação extrajudicial (diferentemente do que ocorre na mediação judicial, conforme dispõe o artigo 334, § 9º do CPC), tal assistência pode ser requerida pelo mediando que se veja em situação de hipossuficiência em termos de conhecimentos técnicos. Note-se que a assistência técnica deve ser recomendada pelo mediador, caso este verifique que um dos envolvidos está em clara desvantagem por falta de informações relevantes, condição que poderia vir a prejudicá-lo. Ainda em atenção ao aspecto da isonomia, o artigo 10, § único da Lei nº 13.140/2015 estatui que, se apenas uma das partes estiver acompanhada

Ainda nesta fase inicial, caso os envolvidos desejem, poderá o mediador ouvi-los em audiências privadas, onde exporão seus pontos de vista, interesses, sentimentos, receios etc.

Esta oitiva em separado dos envolvidos é importante para o mediador conhecer os interesses e as dificuldades emocionais¹³⁹ que certamente influenciarão as negociações durante as sessões de mediação.

2.5.2.2. O início e o desenvolvimento do procedimento: as sessões de mediação

Na fase das sessões de mediação, o mediador, que as conduzirá, tem o papel de *facilitar a comunicação* entre os envolvidos no conflito, fazendo com que eles falem e se escutem¹⁴⁰, porém *sem* sugerir soluções. Isto é, durante as sessões, o mediador deve estimular as partes a estabelecerem uma comunicação efetiva¹⁴¹, abstendo-se de propor ou sugerir soluções.¹⁴²

Ao facilitar a comunicação, o mediador visa ao *engajamento das partes*, isto é, que os próprios envolvidos sejam responsáveis por construir uma solução para a questão (conflito ou controvérsia).

Na mediação de conflitos a solução deve ser construída pelas partes envolvidas. A responsabilidade das pessoas em discutir sobre seus problemas, analisá-los, encontrar pontos de convergência, reconhecer as diferenças, identificar os valores de cada um, a importância de cada questão debatida, é fundamental para o empoderamento das pessoas e, conseqüentemente, para a elaboração de uma solução que reflita realmente os interesses e valores importantes.¹⁴³

de advogado ou defensor público, o mediador deverá suspender o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas. Neste sentido, confira-se: HALE et. al., *op. cit.*, 2016, pp. 59 e 65.

¹³⁹ Nas palavras de VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, p.60, “compreender as vivências afetivas e materiais da disputa”, para, em seguida, estimular que as partes “migrem das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns, e para o entendimento sobre alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo”.

¹⁴⁰ Ou seja, viabilizar uma *comunicação efetiva*, onde um fala e o outro escuta, e vice-versa. Neste ponto, SALES, *op. cit.*, 2012, p. 154, chama a atenção para o risco de haver “falhas na comunicação” motivadas por “medo, indisposição, raiva, amor, ciúme”, razão pela qual deve o mediador ter a consciência de que tais “fatores conduzem muitas vezes as ‘falas’ de cada parte”, devendo, portanto, estar atento às falhas para “valorizá-las e não desprezá-las, para que a comunicação seja efetiva”.

¹⁴¹ *Idem*, p. 154.

¹⁴² Este é, aliás, o principal aspecto que diferencia a mediação da conciliação, pois nesta o terceiro facilitador (conciliador) pode propor ou sugerir soluções ou propostas concretas de acordo (por exemplo, quando sugere às partes a aceitação de um valor a título de reparação pelos danos materiais e/ou morais discutidos na hipótese).

¹⁴³ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 155.

Assim, a *responsabilização das partes* durante o procedimento da mediação, em que são discutidos diversos pontos do conflito, é fundamental para o seu *empoderamento* e para que construam conjuntamente soluções consensuais que reflitam valores e interesses que importam para si.

E é justamente porque visa à realização deste “escopo complexo” – que pressupõe o verdadeiro envolvimento das partes – que a mediação parte da premissa de que “as pessoas que vivenciam o conflito são as mais indicadas para identificar os reais problemas, as consequências e o que de fato importa para cada um”¹⁴⁴; premissa esta que deve ser mantida viva durante toda a mediação.

2.5.2.3. Chegando a um acordo ou ao restabelecimento do diálogo

Neste sentido, estimular que a solução seja construída pelas próprias partes envolvidas é fundamental em uma mediação, pois “percebe-se que quando as decisões são dialogadas e fruto de consenso, há uma maior probabilidade de efetivo cumprimento”.¹⁴⁵

Assim, tem-se como resultados esperados da mediação: (i) a resolução de questões emocionais mais profundas, que nem sempre são expostas na maneira tradicional de abordagem do problema¹⁴⁶, (ii) a conciliação dos envolvidos, de modo a que cheguem a uma solução consensual para a controvérsia,¹⁴⁷ e (iii) o empoderamento dos sujeitos para que possam resolver com mais facilidade e autonomia eventuais conflitos surgidos no futuro.

¹⁴⁴ *Idem*, p. 155.

¹⁴⁵ Eis porque SALES, *op. cit.*, 2012, p. 156, destaca que “a função do mediador é a de facilitar essa comunicação complexa, garantindo que a solução venha das próprias partes, evitando qualquer tipo de persuasão ou coação”. É justamente para garantir que, ao haver a construção da solução pelas próprias partes, sem quaisquer imposições feitas por terceiros, o acordo tenha maior chances de efetivação.

¹⁴⁶ Como ocorreria, por exemplo, na abordagem tradicional da jurisdição estatal, em que, na maior parte das vezes, não se logra dar tratamento adequado a casos complexos.

¹⁴⁷ HALE et. al., *op. cit.*, 2016, p.33.

2.5.3. As técnicas utilizadas pelo mediador na condução da mediação: a análise aprofundada do conflito

Assim, como vimos, na fase da pré-mediação, o mediador *poderá ouvir as partes em audiências privadas*, fazendo com que exponham suas emoções, medos e motivos ocultos por trás dos interesses e objetivos emergentes.

Já durante as sessões, o mediador *deverá facilitar a comunicação das partes*, quando as ouvirá em audiências conjuntas. E, durante o período de consecução das várias sessões, inclusive no intervalo entre elas, o mediador deverá aplicar outra técnica de grande importância nas mediações, que é a da *análise aprofundada do problema*, a fim de identificar as causas reais do conflito.

Embora esta não seja a única técnica de análise, vale destacar a “técnica das quatro metáforas”, que pode ser utilizada para a identificação das causas reais do conflito. Como o nome sugere, trata-se de uma técnica de análise de conflitos que se vale de quatro metáforas – a metáfora da lupa; a metáfora da pá, a metáfora da pinça e a metáfora do conta gotas – segundo a qual

Os conflitos devem ser desvendados, explorados, "olhados com uma lupa" (metáfora da lupa) para que sejam encontrados os motivos reais dos problemas. Os conflitos devem ser "remexidos", entendidos, identificados os interesses e valores, como se fosse utilizada uma pá (metáfora da pá). Depois, as situações encontradas devem ser identificadas pela importância que as pessoas destinam a elas, identificando-se o que é fundamental, como se uma "pinça" fosse utilizada (metáfora da pinça). Os pontos prioritários ou fundamentais então são organizados de maneira a adequá-los cada um num momento e lugar de importância como se um "conta gotas" fosse utilizado (metáfora do conta gotas).¹⁴⁸

Como dito, esta análise aprofundada do conflito é de suma importância na mediação. Isto porque, é somente com a *identificação do conflito real vivenciado* pelo mediador que este poderá auxiliar as partes a enxergarem as próprias posições e as dos outros, para que sejam

¹⁴⁸ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 156.

capazes de ressignificar valores¹⁴⁹ e possam empreender uma construção participativa do consenso¹⁵⁰.

Assim, dito de outra forma, durante as sessões de mediação, o principal desafio do mediador é conseguir conduzir os envolvidos a discutirem suas posições, seus interesses e valores diante do conflito real vivenciado, procurando levá-los a ressignificar valores – o que muitas vezes só é possível caso os mediandos consigam se colocar no lugar do outro, reconhecendo a existência de interesses e expectativas divergentes dos seus – de modo a conduzi-los à construção participativa do consenso.¹⁵¹

Em resumo, na condução da mediação, o mediador deverá identificar as questões principais do conflito, através da oitiva e da facilitação da comunicação entre as partes; deve estimular que as partes migrem de suas posições antagônicas; que sejam capazes de identificar interesses e necessidades comuns, e possam visualizar alternativas mais consistentes, a fim de que, em havendo consenso, seja concretizado um acordo¹⁵² (ou tantos acordos quanto forem necessários à composição do conflito submetido à mediação, que geralmente é complexo).

¹⁴⁹ SALES, *op. cit.*, 2012, p. 157, explica que: “a ressignificação de valores acontece quando, a partir de um diálogo efetivo, o mediador consegue explorar ao máximo a questão até encontrar o real significado daquele momento para cada um. Uma vez encontrado e a partir de tudo o que foi compartilhado, as pessoas passam a compreender a situação anterior de forma diferente. O conflito aqui pode ser resolvido por meio de sua transformação.”. Lembrando lição de WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador. Vol. 1**, Florianópolis: Habitus, 2001., p.31., a autora (Sales, *op. cit.*, 2012, p.157) comenta ainda, que “para Warat o conflito somente será ‘dissolvido’ se houver uma intervenção sobre os sentimentos. A preocupação com o valor sentido pelas pessoas, o que importa para elas, o que as faz sofrer ou ser feliz é o que permite realmente uma solução adequada. É importante perceber e agir de forma que, depois do diálogo colaborativo, coordenado pelo mediador, as partes envolvidas passem a compreender o problema sob o outro prisma ou ainda passem a dar importância diferente ao conflito. É aqui que ocorre a ressignificação do valor.”.

¹⁵⁰ Com relação à construção participativa do consenso, SALES, *op. cit.*, 2012, p. 157, registra que: “há pelo menos dois caminhos de se alcançar o consenso: a persuasão ou o diálogo construído. A teoria da construção de consenso repudia a dinâmica do voto da maioria, excluindo-se a minoria, afasta a persuasão como caminho do convencimento e aposta no diálogo participativo, onde todos tenham voz e que, mesmo discordando da maioria, sejam ouvidos e suas ponderações avaliadas e aceitas.”.

¹⁵¹ A fim de verdadeiramente auxiliar as partes na construção do consenso, o mediador deve atentar para a necessidade de aprofundamento dos conflitos, de buscar encontrar o que pode estar escondido em uma fala inicial, até mais superficial. O mediador deve levar em séria conta o fato de que “a análise dos conflitos a partir das posições, dos interesses e dos valores permite a construção de um diálogo no qual as questões mais importantes sejam discutidas, ponderadas, avaliadas e decididas.”. Cf. SALES, *op. cit.*, 2012, p. 149.

¹⁵² Neste sentido, confira-se VASCONCELOS, *op. cit.*, 2017, p.60.

2.5.4. Conclusões sobre o papel do mediador em uma mediação: “o regente da mediação”

Como se pode notar, a figura do mediador é fundamental para o bom desempenho da mediação, isto é, para que este procedimento possa produzir os efeitos esperados: seja o da reorganização das emoções, expectativas ou interesses dos envolvidos na controvérsia, seja o da solução definitiva de uma disputa pontual embora complexa, ou mesmo da pacificação do conflito.

O mediador funciona como o regente da mediação, no sentido de que trabalha com diversos elementos, como com os princípios da mediação e os que regem a sua conduta, além de lhe incumbir a busca do conhecimento aprofundado do conflito e das expectativas e emoções dos envolvidos, de modo a melhor viabilizar a facilitação do diálogo, a revisão das posições e a eventual (porém esperada) chegada à solução consensual ou ao restabelecimento do diálogo.

Quando se fala em solução definitiva ou pacificação do conflito, porém, não há que se ter a pretensão de que o conflito ou a controvérsia não possam ressurgir no futuro. O que se quer dizer é que, ao final da mediação, tende-se a haver uma solução mais duradoura do conflito, que pode inclusive nunca mais reaparecer entre aquelas partes.

Certo é que, ao final do procedimento de mediação, quando bem-sucedida, as partes já terão dialogado e reorganizado suas emoções, expectativas ou interesses, e, muito possivelmente, terá havido a esperada recomposição do conflito ou da controvérsia, ou seja, os envolvidos terão conseguido firmar um acordo ou terão restabelecido o diálogo entre si.

3. CAPÍTULO III. OS PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO (EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL) NA UNIÃO EUROPEIA E NO BRASIL

3.1. A importância da definição dos princípios norteadores das ADR's

Diversos autores da doutrina estrangeira¹⁵³ e nacional¹⁵⁴, bem como a legislação alienígena e pátria que regulamenta as ADR's, ressaltam a importância dos princípios que devem reger os diferentes métodos adequados de solução de conflitos.

Especialmente por se tratar de mecanismos de solução, que se operam, via de regra, fora do âmbito dos tribunais, e cuja regulamentação pode não estar integralmente prevista nos diplomas processuais, é que se identificou a necessidade de estabelecer parâmetros, limites e garantias mínimas para reger a aplicação destes institutos na prática.

Notadamente com relação à mediação, seja na modalidade extrajudicial seja na judicial, ocorreu o mesmo, ficando seus parâmetros, limites e garantias estabelecidos em seus princípios.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, a importância em se operar com princípios residiria no fato de que, por serem normas finalísticas, funcionariam como guias de interpretação das demais regras e serviriam à sua complementação no que fossem omissas.

Isto porque, para Bandeira de Mello¹⁵⁵, princípio é

por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhe o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a inteligência das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.

¹⁵³ A exemplo de Mauro Cappelletti & Bryant Garth; Giuliana Romualdi, da Itália; de Frank Sander; Richard Reuben & Margaret Shaw; David Hoffman; Kimberly Taylor & Roger Wolf; Dorcas Quek, dos Estados Unidos; Jean-François Six, da França; Marinés Suares, da Argentina, dentre outros.

¹⁵⁴ Como, por exemplo, Carlos Eduardo Vasconcelos; Fernanda Tartuce; Ravi Peixoto; Lilia Sales, Humberto Dalla & Michele Paumgarten, dentre outros.

¹⁵⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “**Elementos de direito administrativo**”. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. (p.230), citado por HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016., p 51.

Assim, segundo a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, os princípios iriam incidir sobre e dialogar com todas as demais regras presentes no ordenamento jurídico. Seriam sempre potencialmente objeto de interpretação e complementação (em casos de omissão ou diante da necessidade de interpretação para a integração da regra e/ou do ordenamento jurídico).

Entretanto, esta noção clássica sobre a função dos princípios não parece se encaixar perfeitamente aos princípios da mediação.

Isto porque, segundo o observado por Ravi Peixoto¹⁵⁶, ao tratar dos princípios fundamentais da mediação e da conciliação, o legislador não parece ter utilizado a terminologia “princípios” de forma técnica sob seu aspecto normativo em todos os casos.

Em certos pontos, ora o legislador parece fazer referência aos clássicos princípios fundamentais, que não teriam aspecto normativo, mas apenas seriam os fundamentos daqueles institutos, ora parece ter feito referência a normas com estrutura de regras.

Por exemplo, para Peixoto, a oralidade “não parece ter caráter de norma jurídica, mas tão somente de informar que as sessões e audiências devem ser realizadas de forma oral, sem a necessidade do registro de todas as informações”¹⁵⁷.

Tomando por base a o critério de Marcelo Neves¹⁵⁸, que adota o princípio como uma norma apta ao “balizamento e a construção ou reconstrução de regras”, Peixoto identifica que a “imparcialidade não tem estrutura normativa de princípio, mas de regra, por ter aptidão de resolver as questões jurídicas”¹⁵⁹, como o afastamento de um mediador ou conciliador potencialmente parcial em um caso.

No mesmo sentido, afirma Peixoto que o princípio da busca do consenso, introduzido pelo artigo 20, VI, da Lei 13.140/2015, apenas estabeleceria que a decisão tomada pelas partes deve ser consensual, mas não possuiria aptidão para criar ou interpretar outras regras.¹⁶⁰

¹⁵⁶ PEIXOTO, Ravi. Os “Princípios” da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In.: **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZANETI Jr., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 94.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 94.

¹⁵⁸ NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013, p. 103.

¹⁵⁹ PEIXOTO, *op.cit.* p. 95.

¹⁶⁰ Neste sentido, *idem*, p. 95.

Entretanto, o autor entende que a independência, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a informalidade e a decisão informada pareceriam efetivamente possuir estrutura normativa de princípios, sendo admissível que, com base nestes se pudesse criar, interpretar ou balizar demais regras.¹⁶¹

De todo modo, os princípios da mediação irão cumprir, cada qual, com suas finalidades, e, todos, o importante papel de assegurar o bom e correto andamento do procedimento.

Vale aqui uma digressão interpretativa, cotejando-se o conceito e a função de princípio trazidos por de Bandeira de Mello com as observações feitas por Peixoto.

Se, no âmbito do direito administrativo, os princípios se prestariam a suprir omissões ou a cumprir uma função integrativa, considerando-se as normas inseridas no ordenamento jurídico nacional, já no âmbito das ADR's, incluída aí a mediação, seus princípios norteadores, na medida em que se prestam a garantir o bom e correto andamento do procedimento, poderiam incidir ou alcançar normas, fatos e documentos oriundos de dentro¹⁶² ou de fora das fronteiras nacionais¹⁶³.

3.1.2. O “devido processo” da mediação e a extensão de seu alcance. Os princípios da mediação como componentes (em conjunto) do *due process* do instituto.

Quando Bandeira de Mello propôs a supramencionada definição de princípios, certamente estava preocupado com a integração das normas dentro de um mesmo ordenamento jurídico.

¹⁶¹ Cf. *Ibidem*, p. 95.

¹⁶² A exemplo das próprias regras internas que tratam da mediação, presentes na Resolução n.º 125/CNJ, CPC/2015 e na Lei de Mediação. Um exemplo de fato, associado a um documento, poderia ser a assinatura de um contrato comercial entre duas empresas brasileiras. Em sendo possível tratar o caso por meio da mediação, uma vez iniciado o procedimento, os seus princípios norteadores poderiam alcançar e/ou dialogar com todos estes elementos.

¹⁶³ Vejam-se, por exemplo, as regras das Câmaras Privadas de Mediação; as eventuais regras ajustadas entre partes filiadas a legislações de países diferentes no início de uma mediação; as normas internacionais sobre o método, os costumes e práticas relativos ao campo da mediação que transitam entre os operadores dos mais diversos países, etc. Aqui, um exemplo de fato, associado a um documento, poderia ser a assinatura de um contrato comercial entre uma empresa brasileira e uma francesa. Da mesma forma, porém com uma complexidade maior nestes casos – por envolverem legislações de países diferentes – uma vez iniciado o procedimento de mediação, os seus princípios norteadores poderiam alcançar e/ou dialogar com todos estes elementos.

Entretanto, considerando que no âmbito das ADR's, e especificamente se tratando da mediação, seus princípios se voltam a resguardar o bom andamento dos procedimentos, de modo a assegurar a sua justeza e correção, nada impediria que pudessem alcançar regras de direito material e processual de outros ordenamentos jurídicos, além do pátrio.

Pode-se dizer que, no âmbito das ADR's, seus princípios funcionam como o devido processo legal, com o diferencial de que poderiam ser aplicados não apenas em procedimentos internos, mas também em âmbito transfronteiriço, desde que respeitassem seus princípios norteadores (como a imparcialidade do mediador e a autonomia privada das partes, e outros); os direitos fundamentais; os indisponíveis, e as normas de ordem pública dos países representados naquele procedimento através das partes.

A analogia dos princípios das ADR's ao devido processo legal pode se dar tanto no seu sentido substancial (com a vinculação dos particulares e das relações privadas aos direitos fundamentais, ainda que tal vinculação possa ser ponderada no caso concreto com o princípio da autonomia da vontade), quanto no sentido formal (onde se encontra a definição tradicional do princípio, dirigido ao processo em si, obrigando-se o juiz a observar os princípios processuais na condução da prestação jurisdicional). Além destas duas vertentes do devido processo legal, a referida analogia poderia se dar em relação à acepção contemporânea deste princípio-base, noção que viria associada com a ideia de um processo justo, que permite a ampla participação das partes e a efetiva proteção de seus direitos.¹⁶⁴

O *modus operandi* das ADR's, um vez aplicado respeitando-se a ideia de um processo justo, parece legítimo, na medida em que considera elementos substanciais, normativos (de direito material e processual) e costumeiros, que de fato existem, seja dentro seja fora das fronteiras nacionais, que cumprem cada qual o seu papel nas negociações. O fato de os princípios que regem a mediação poderem interagir com tais elementos contribui para resguardar os interesses e a autonomia das partes; de eventuais terceiros interessados; os mediadores; as câmaras privadas, e a própria efetividade e credibilidade do procedimento.

No caso do Brasil, esta elasticidade dos princípios não tem apresentado tantos problemas, pois os pontos de atrito entre as regras da mediação e as normas mais rígidas do ordenamento jurídico (as que versam sobre direitos indisponíveis e as de ordem pública, por

¹⁶⁴ Adaptado de NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. pp. 173-174.

exemplo) não são o mais frequente, mas sim situações excepcionais, hipóteses que inclusive já foram ou vêm sendo tratadas pelo legislador brasileiro, pelos especialistas no tema, e pelos órgãos interessados.

Assim, sustenta-se que os princípios da mediação, em conjunto, se prestam a garantir o justo e correto procedimento (o *due process*) das mediações judiciais e extrajudiciais. Quando a mediação envolver partes situadas em países diferentes, o devido processo deve continuar sendo respeitado, porém sofrendo as adaptações normativas, isto é, as limitações decorrentes dos direitos indisponíveis e das normas de ordem pública eventualmente envolvidos. Tal verificação deve se dar em cada caso concreto.

Por fim, não obstante as variações casuísticas, pode-se afirmar que o devido processo da mediação possui uma elasticidade, o que lhe permite a aplicação em controvérsias ocorridas em um mesmo país ou envolvendo partes de mais de um país. E, neste sentido, pode-se afirmar que o *due process* da mediação possui vocação transfronteiriça, o que fica especialmente visível na modalidade extrajudicial.

3.2. Os princípios da mediação na União Europeia

Conforme visto no capítulo 1, a questão do aumento da litigação, e a conseqüente elevação do número de demandas dirigidas aos tribunais, foi fenômeno que atingiu diversos países, em todas as partes do mundo.

Dentre os novos mecanismos de solução consensual que surgiram, a mediação foi método que se destacou no contexto das reformas do acesso à justiça¹⁶⁵ implementadas por

¹⁶⁵ Sobre a proeminência da mediação dentre as ADR's no contexto europeu, e, ainda, sobre o seu marco legal de referência, confira-se: DE PALO, Giuseppe. **A Ten-Year-Long "EU Mediation Paradox": When an EU Directive Needs To Be More... Directive**. BRIEFING Requested by the JURI committee of the European Parliament. European Union, 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf). Acesso em 15.05.2019., pp.01-02. "This year marks the tenth anniversary of the European Union's adoption of Directive 2008/52, a milestone in developing legislation to guide mediation in civil and commercial matters.² The Mediation Directive marked the conclusion of the European Parliament's long path towards formal recognition of Alternative Dispute Resolution ("ADR") in all the Member States of the EU. But it also signaled the opening of a new path — one towards mediation as a viable form of dispute resolution in the Member States. [...] The Mediation Directive established minimum regulatory standards for mediation legislation to be transposed by the Member States into their national legal systems. Thus, Member States enjoyed the freedom to adopt this regulatory framework as they chose — including adopting a stricter set of standards. The Mediation Directive included rules dealing with mediation quality standards, allowing judicial referrals, providing for enforcement of mediated settlements, and protecting confidentiality.". Sobre a relevância que a mediação veio assumindo também no Brasil, ver o artigo publicado após a Resolução n.º 125/2010/CNJ e às vésperas da aprovação do novo CPC e da Lei de Mediação, por

países de várias partes do globo, como os da Europa continental, os de origem anglo-saxã, os latino-americanos, etc.

Neste sentido, e, considerando que os modelos se influenciam mutuamente¹⁶⁶, especialmente quando se verifica uma identidade nos problemas e desafios a serem superados, tal como se observou com a questão da crise do acesso à justiça¹⁶⁷, entende-se relevante expor como ocorreu a implementação na mediação no contexto europeu.

Isto porque, assim como ocorreu na União Europeia, no Brasil também foi aprovada legislação para implementar a mediação, regulamentando e uniformizando os principais aspectos da sua prática, entre os estados.

Guardadas as devidas singularidades, pode-se afirmar que a Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, assumiu, no Brasil, a mesma função que a Diretiva n.º 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho no âmbito da União Europeia.

Muito embora a maioria dos autores brasileiros que abordam a questão da implementação da mediação no país não afirmem expressamente se a Diretiva europeia (de 2008) influenciou a Resolução brasileira (de 2010), ao expor a matéria, buscando comparar as experiências estrangeiras com a nacional, colocam tais normas como marcos legais correlatos, haja vista que ambas determinaram a implementação de programas de mediação nos respectivos contextos internos, estabelecendo os princípios basilares do instituto, para que houvesse uma uniformidade mínima em sua aplicação.

PINHO, Humberto D. B. de; PAUMGARTTEN, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda; Almeida, Diogo Assumpção. **Arbitragem e Mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p.01: “Este é um momento especial para os mecanismos alternativos de solução de conflitos, particularmente para a mediação. Vivenciamos uma produção em larga escala de normas que incentivam a sua prática. Uma medida bastante salutar diante dos benefícios e a transformação que exerce no tratamento de um conflito e nas partes envolvidas. [...]”.

¹⁶⁶ Sobre as influências recíprocas verificadas entre as tradições jurídicas da *civil law* e da *common law*, ver: MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da civil law: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Sergio Antonio Fabris, 2009.

¹⁶⁷ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

3.2.1. União Europeia: a definição dos princípios da mediação pela Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho

A União Europeia, perseguindo o objetivo de melhorar o acesso à justiça, resolve incluir os meios adequados de resolução de litígios (tanto judiciais quanto extrajudiciais) como parte de sua política para estabelecer um espaço de liberdade, de segurança e de justiça no espaço de circulação de pessoas e serviços da Comunidade.

Assim, uma vez disseminado o uso dos meios adequados, verificou-se a necessidade de se estabelecerem princípios e regras de conduta mínimas a serem observadas em sua aplicação.

Diante desta percepção, a comunidade europeia fez aprovar a Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, relativa a certos aspectos da mediação em matéria civil e comercial.

O documento apontou, no *Considerando n.º 3*, que o estabelecimento de princípios fundamentais no campo das ADR's constituiria etapa essencial para o desenvolvimento e funcionamento adequado dos procedimentos extrajudiciais para a resolução dos litígios naquelas matérias, e que tal iniciativa contribuiria para simplificar e melhorar o acesso à justiça.

No *Considerando n.º 7*, especificamente com relação à mediação, o documento demonstrou a preocupação em prever um enquadramento normativo que abordasse, em especial, aspectos fundamentais do processo civil, a fim de promover a utilização deste meio adequado e garantir que as partes que a ele recorressem pudessem confiar num quadro jurídico previsível.

Assim, após debates, o Parlamento Europeu e o Conselho da União Europeia, aprovou esta Diretiva a fim de estabelecer princípios básicos que garantissem a qualidade no funcionamento destes métodos – também de modo a assegurar a sua credibilidade perante os usuários, assim como a perenidade do seu uso, de modo inclusive a oxigenar os Tribunais da sobrecarga de processos judiciais verificada em diversos países europeus.

Ressalta-se que esta Diretiva funcionou como uma legislação de orientação para os demais países, na medida em que traçou normativas acerca da mediação em matéria civil e comercial, cabendo aos Estados-Membros aprovarem leis e/ou se adaptarem às novas orientações aprovadas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho.

No tocante ao procedimento de mediação, em especial a *extrajudicial*¹⁶⁸, os dispositivos da Diretiva aludem aos princípios da voluntariedade, confidencialidade, flexibilidade do processo, autonomia das partes, imparcialidade e competência do mediador.¹⁶⁹

3.2.2. União Europeia: o estabelecimento de um Código Europeu de Conduta para os Mediadores

Deve-se destacar, ainda no âmbito da União Europeia, a existência de um Código Europeu de Conduta para os Mediadores¹⁷⁰.

Trata-se de um código deontológico, aplicável a todos os tipos de mediação em matéria civil e comercial, que estabelece um conjunto de princípios, que os profissionais individuais podem decidir respeitar, de forma voluntária e sob a sua própria responsabilidade.

Aplica-se também às organizações que prestam serviços de mediação, que podem tomar decisão semelhante, solicitando aos mediadores que respeitem o referido código deontológico. As organizações podem, inclusive, solicitar que os profissionais sigam as orientações contidas no documento de forma combinada com códigos pormenorizados, adaptados ao seu contexto particular, ou aos tipos de serviços de mediação que oferecem, e também relativos a matérias específicas, como a mediação na área de família ou de consumo.

O Código estabelece uma série de princípios a serem observados, como a independência, a imparcialidade, a competência, a idoneidade e a confidencialidade ou dever de sigilo, e esclarece o significado e a forma de aplicação de cada um deles.

Nota-se que o Código deixa a cargo dos profissionais individuais e das organizações que prestam serviço de mediação a decisão sobre respeitar ou não, de forma voluntária, o conteúdo deste documento de orientação da atuação dos mediadores. Porém, ao mesmo tempo

¹⁶⁸ Podendo também abranger a mediação realizada nos Tribunais, desde que conduzida por um juiz que não seja responsável por qualquer processo judicial relativo ao litígio em questão, conforme ressalva o artigo 3º, alínea "a", 2ª parte, da Diretiva nº 2008/52/CE.

¹⁶⁹ A Diretiva nº 2008/52/CE menciona expressamente a importância em se observar tais princípios em uma mediação.

¹⁷⁰ Confira-se, no site da Comissão Europeia, o Código Europeu de Conduta para os Mediadores: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf>. (versão em português: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf>). Acesso em 02.06.2019.

que lhes confere tal faculdade, deixa claro que tal decisão é da inteira responsabilidade destes agentes.

Neste sentido, pode-se dizer que este Código Deontológico apresenta-se como importante documento de orientação da conduta dos mediadores, que possui caráter de recomendação, na medida em que confere uma faculdade na adoção de suas normas com a contrapartida da responsabilidade pela sua inobservância, e que constitui relevante parâmetro para a atuação dos mediadores europeus.

3.2.3. Visão esquemática da legislação de orientação da mediação e dos princípios norteadores da conduta dos mediadores na União Europeia

Assim, de uma forma esquemática, pode-se dizer que, na União Europeia, o instituto da mediação (extrajudicial) e a conduta dos mediadores são regulamentados pelos seguintes documentos de referência, e devem obedecer, cada qual, aos seguintes princípios:

Tabela 1: Legislação de Orientação da Mediação e dos Princípios Norteadores da Conduta dos Mediadores na União Europeia

UNIÃO EUROPEIA		
	Mediação (extrajudicial)	Mediadores
Documento de referência	Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008	Código Europeu de Conduta para os Mediadores
Princípios	voluntariedade confidencialidade flexibilidade do processo autonomia das partes imparcialidade competência do mediador	independência imparcialidade competência idoneidade dever de sigilo

3.3. Os princípios da mediação no Brasil

3.3.1. Brasil: apontamentos sobre os princípios da mediação na doutrina e na legislação

No Brasil, os diversos autores que tratam dos meios adequados de solução de conflitos, e, mais especificamente do instituto da mediação, enfoque deste trabalho, também elencam os princípios que regem o instituto e a conduta dos mediadores.

Os princípios da mediação são considerados os pilares do instituto, na medida em que consubstanciam os seus fundamentos éticos e funcionais¹⁷¹. Além disso, estruturam o procedimento, informam como este deve operar e se desenvolver, funcionando, portanto, ao mesmo tempo como princípios estruturais e operacionais. Neste seguimento, para que seu escopo seja alcançado, torna-se importante que seus princípios básicos sejam observados em todas as fases do procedimento.

Entretanto, os princípios da mediação são também flexibilizáveis, tidos como não-absolutos, como ficará demonstrado nos exemplos apresentados ao longo deste trabalho.

Na mesma lógica, deve-se ressaltar “a inexistência de hierarquia em abstrato entre essas normas fundamentais”¹⁷². Assim, em caso de colisão entre estes princípios, pode-se resolver o conflito por meio da ponderação, admitindo-se até a precedência relativa de um sobre o outro, mas não com base na alegação de suposta hierarquia em abstrato entre eles.¹⁷³

Neste sentido, conforme ilustram Hale et. al., seria possível que as partes, valendo-se de sua autonomia de vontade, deliberassem em conjunto por abrandar a confidencialidade das informações obtidas no curso da mediação¹⁷⁴.

Não obstante ser procedente a tese da inexistência da hierarquia entre os princípios da mediação, observa-se que dois deles aparecem com maior incidência ou frequência nas

¹⁷¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2017. p. 226.

¹⁷² HALE et. al., op. cit., p. 54, o afirmam com base na obra de BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 329.

¹⁷³ Adaptado de HALE et. al., op. cit., p. 54.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 54.

legislações dos diversos países, quais sejam, a autonomia das partes e a imparcialidade do mediador, ainda que sob nomenclaturas distintas¹⁷⁵.

Conforme atestaram de Hale et. al.,

a imparcialidade do mediador, por exemplo, é comum a todos os ordenamentos, conquanto alguns a ela se refiram como 'neutralidade'. Por sua vez, a autonomia das partes, cuja norma também tem incidência contumaz, tem sentido análogo à da voluntariedade e liberdade das partes.¹⁷⁶

Isto parece indicar que tais princípios podem ser considerados os elementos-chave da mediação, ou seja, elementos que, se ausentes ou maculados, poderiam comprometer mais seriamente a credibilidade do procedimento, não só entre as partes, mas também perante terceiros.¹⁷⁷

Assim, considerando-se que a autonomia das partes e a imparcialidade do mediador assumem um papel de maior relevância no sentido de conferir e até garantir a credibilidade do procedimento de mediação, deve-se redobrar a atenção diante de situações que intentem afetar estes dois princípios.¹⁷⁸

E é justamente por serem centrais que atraem maior atenção dos doutrinadores e suscitam debates mais extensos. Um exemplo é o debate relativo ao princípio da autonomia das partes, se estaria sendo maculado nos países cujos sistemas de justiça determinam que os contendores tentem resolver seus conflitos através da mediação *antes* de ingressarem¹⁷⁹ com

¹⁷⁵ Adaptado de Ibidem, p. 54.

¹⁷⁶ HALE et. al., op. cit., p. 54.

¹⁷⁷ Não se pode ignorar o fato de que, embora a mediação seja um procedimento privado, que importa especialmente às partes envolvidas, é (e o será cada vez mais) um procedimento efetivo, que produz resultados concretos, que terão validade não apenas entre as partes, mas que também podem afetar o interesse de terceiros ou esbarrar em normas cogentes sob o controle do Estado. Em todos os casos, caso a credibilidade do procedimento tenha sido evidentemente comprometida, a validade do resultado poderá ser questionada, através até mesmo de procedimentos judiciais.

¹⁷⁸ Imagine-se que a autonomia das partes é correlata ao direito de ação, liberdade que assiste aos sujeitos de direitos, e que a imparcialidade do mediador seria análoga à inércia da jurisdição e à imparcialidade do juiz. Se parece fora da realidade obrigar-se a alguém a ingressar com uma demanda judicial, e se a imparcialidade do juiz pode gerar graves vícios no processo judicial, parece viável transportar este cenário para o contexto da mediação e questionar-se sobre se obrigar-se alguém a ingressar em processo de mediação ou admitir-se um mediador imparcial não maculariam a credibilidade ou mesmo a validade do procedimento. Essa discussão, especialmente em relação ao princípio da autonomia das partes na mediação, será retomada adiante, com um debate em perspectiva comparada (entre os modelos dos Estados Unidos, da Itália e do Brasil).

¹⁷⁹ Ou de avançarem nas demais fases do processo judicial sem que antes tenham tentado resolver a controvérsia via mediação.

um processo no Judiciário. Tal debate – sobre a mediação como fase prévia e/ou como condição de procedibilidade do processo judicial – será retomado adiante, a partir de uma análise comparada das legislações dos Estados Unidos, do Brasil e da Itália.

Cumpra ainda observar que, justamente pelo fato de os princípios da mediação serem as normas fundamentais deste procedimento, é recomendável que “o mediador, no início da primeira sessão de mediação, informe às partes acerca dos princípios que orientam o procedimento”.

Hale et. al. observam que este “dever de esclarecimento, além de estar presente em algumas leis estrangeiras, tem expressa previsão no artigo 2º do Código de Conduta para Mediadores, anexo à Resolução n.º 125/2010 do CNJ”.¹⁸⁰

A importância do esclarecimento dos princípios da mediação às partes reside no fato de que é apenas conhecendo os princípios estruturais do procedimento, que as partes podem suscitar a existência de eventual desatendimento àquelas normas fundamentais. E tal esclarecimento deve ser feito no começo da primeira sessão de modo a oportunizar às partes perguntas, ajustes, ou mesmo a recusa em aderir ou em prosseguir no procedimento¹⁸¹. Importante destacar que o mediador poderá, em outros momentos, tornar a esclarecer ou voltar a conversar com as partes sobre os princípios da mediação, já que o seu papel é facilitar o diálogo e gerir bem o procedimento.

Como dito, diversos autores da doutrina brasileira¹⁸² sublinham a existência de princípios que regem a mediação e outros que norteiam a conduta dos mediadores.¹⁸³ Além disso, a legislação pátria¹⁸⁴ também faz referência a princípios específicos que deverão ser observados no procedimento e pelos seus condutores, isto é, pelos terceiros facilitadores.

¹⁸⁰ Como mencionaram os autores em nota de rodapé, um exemplo deste dever de esclarecimento pode ser encontrado na lei de mediação argentina, no artigo 7º da *Ley n° 26.589/2010*. Cf. HALE et. al., op. cit., p. 54.

¹⁸¹ Note-se que a recusa em aderir ou em prosseguir em uma mediação ocorre de maneiras distintas entre os procedimentos de mediação judicial e extrajudicial, como será apontado adiante.

¹⁸² A exemplo de GRINOVER, Ada P.; VASCONCELOS, Carlos Eduardo de.; SALES, Lilia.; TARTUCE, Fernanda., nas obras referenciadas neste trabalho, dentre outros autores.

¹⁸³ Princípios que, como veremos, muitas vezes se identificam ou se repetem. E isto ocorre certamente porque a conduta do mediador é fundamental para a realização da mediação de forma escorreita; portanto, os princípios que norteiam a sua conduta devem se identificar com os que regem o procedimento e resguardam o escopo da mediação, sob pena de se ver frustrado todo o processo mediativo.

¹⁸⁴ Confira-se o Anexo III da Resolução n.º125/2010/CNJ (o denominado “Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais”), em seus artigos 1º, incisos I a VIII (que indicam os “princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais”) e 2º, incisos I a V (enunciando que as “regras que regem os

Deve-se notar que os diversos doutrinadores que tratam do tema da mediação apontam também quase sempre os mesmos princípios, podendo ser encontradas algumas diferenças de nomenclatura e de alocação do conteúdo sob alguns deles¹⁸⁵. Os princípios da mediação também podem acabar se repetindo ou aparecendo com conteúdo análogo dentre os princípios que norteiam a atuação dos mediadores.

Considerando, ainda, que a mediação é instituto que vem sendo utilizado em diversas regiões do globo, esta repetição ou o conteúdo análogo dos princípios podem ser verificados também nas legislações dos diversos países onde encontra aplicação.

Conforme afirmaram Hale et al., o que se depreende da análise dos diversos textos legislativos, ao relacionarem as normas basilares do instituto, é que “existe um núcleo de princípios que se mantém praticamente incólume – muito embora tais preceitos possam receber, nos diferentes países, denominações distintas”.¹⁸⁶

Assim, com relação à mediação, mais importante do que uma classificação rígida dos princípios, é conhecer quais são eles, entender como funcionam e se relacionam entre si, e quais elementos são fundamentais ou flexibilizáveis no procedimento.

Por sua vez, com relação à atuação dos profissionais, importa conhecer quais os princípios que regem sua conduta. Tais princípios trazem requisitos relativos à formação e ingresso nos quadros de mediadores e tratam dos seus deveres funcionais – deveres estes que

procedimentos da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento do procedimento”).

No Código de Processo Civil, confirmam-se os artigos 5º (boa-fé) e 8º (dignidade da pessoa humana), como deveres gerais de observância; o artigo 166, caput (independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada), sendo estes os princípios que, segundo o diploma processual brasileiro, diretamente informariam a mediação e a conciliação; e, por fim, o artigo 166, §4º, uma cláusula de abertura que parece acolher os princípios da liberdade, da autodeterminação e da autonomia privada, tudo como uma derivação da “autonomia da vontade”, expressa no caput do mesmo artigo 166 do CPC/15.

Na Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), confira-se o artigo 2º, incisos I a VIII (que trazem os princípios orientadores da mediação: imparcialidade do mediador; isonomia entre as partes; oralidade; informalidade; autonomia da vontade das partes; busca do consenso; confidencialidade; boa-fé), como princípios expressos, dentre outros que se encontrem implícitos na redação da Lei.

¹⁸⁵ Isto ocorre, por exemplo, na conceituação dos princípios da independência e da imparcialidade do mediador. Ao tratar do princípio da independência, Vasconcelos traz elementos que, em Hale et al., são apontados sob o princípio da imparcialidade – a saber, a proibição de o mediador possuir vínculos anteriores com as partes, seja familiar, de amizade ou profissional. É que tal proibição (ou recomendação, já que as partes podem deliberar sobre o assunto) visa a garantir tanto a independência, quanto a imparcialidade do mediador na condução do procedimento. Confira-se em VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228, e em HALE et. al., *op. cit.*, pp. 57 e 58.

¹⁸⁶ HALE et. al., *op. cit.*, p. 54.

se voltam à garantia do justo e correto desempenho do procedimento, e onde se encontram os pontos de contato com os princípios da mediação.

Em uma palavra, enquanto os princípios da mediação tratam do *método em si*, os princípios que regem a atuação dos mediadores tratam da *sua forma de aplicação sob a regência do terceiro facilitador*, assim como de *requisitos e limitações a serem observadas pelos profissionais*.

3.3.2. Mediação Extrajudicial

3.3.2.1. A mediação extrajudicial no Brasil e a sua legislação regulamentadora: a Lei de Mediação e as fontes subsidiárias

A legislação que regulamenta atualmente a mediação extrajudicial no Brasil é a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), e, subsidiariamente, o CPC e a Resolução n.º 125/2010/CNJ, sempre à luz da norma fundamental, a Constituição Federal de 1988. Além disto, os procedimentos da mediação extrajudicial podem se valer dos contratos privados, bem como das regras estabelecidas nas Câmaras Privadas de Mediação a que as partes decidam se encaminhar.

3.3.2.2. Os princípios da mediação propriamente dita ou extrajudicial

De acordo com Vasconcelos, os princípios que regem a mediação propriamente dita – infere-se que no âmbito extrajudicial¹⁸⁷ – seriam aqueles diretamente referidos ao método e que

¹⁸⁷ O trabalho de VASCONCELOS *op. cit.* se volta para o estudo da mediação de conflitos e práticas restaurativas, e, para tanto, o autor apresenta o que entende serem características gerais do instituto da mediação e do ofício dos mediadores – o que fez com base na análise de resoluções expedidas por várias instituições brasileiras especializadas, a exemplo do CNJ, do CONIMA e do FONAME. Como a mediação judicial no Brasil vem regulamentada pela Resolução nº 125/2010 do CNJ, pelo CPC e, residualmente, pela Lei de Mediação, infere-se que, quando o autor nada menciona sobre o contexto judicial de aplicação do instituto, é porque ele está se referindo à mediação em geral, que, aparentemente mais se aproximaria da extrajudicial (já que a mediação judicial no Brasil ocorre num contexto mais restritivo, no sentido de que sobre ela incide maior regulamentação, ou seja, mais regras a serem observadas, ainda que exista uma cláusula de abertura no artigo 166, par 4º do CPC). Ao que tudo indica, portanto, vários autores da doutrina brasileira vêm adotando este método de exposição: ao tratarem da *mediação em geral*, mais se aproximam do tratamento da mediação extrajudicial, já que esta funcionaria de forma mais livre, ou simplesmente indicam que estão tratando da modalidade extrajudicial; e, quando passam a tratar da *mediação judicial*, deixam isto claro nos seus textos, fazendo referência à sua legislação regulamentadora, e deixam evidente que esta modalidade tem um funcionamento mais restritivo, engessado mesmo (pois normalmente ocorre dentro do processo judicial, no âmbito do Poder Judiciário, com base nas regras do CPC/15 e da Resolução n.º 125/2010

englobariam todos os participantes do procedimento de mediação¹⁸⁸. Deste modo, os princípios da mediação seriam a autonomia, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade, o consensualismo e a boa-fé.¹⁸⁹

Vejam, em linhas gerais, de que tratam estes princípios que regem a mediação propriamente dita. Para tanto, apresentam-se seus conceitos, conteúdo e sentidos.¹⁹⁰

Autonomia

O princípio da autonomia é aquele que determina a necessidade de respeito à autodeterminação dos envolvidos que, durante o processo de mediação, devem exercer suas liberdades de pensamento, de fala e de tomada de decisão. Embora caiba ao mediador reger o procedimento, este personagem deve se abster de forçar acordos ou de influir nas decisões das partes.

Confidencialidade

O princípio da confidencialidade diz respeito ao dever de o mediador manter o sigilo sobre todas as informações obtidas durante as sessões de mediação. Significa dizer que as “as necessidades, sentimentos e questões revelados durante a mediação não podem ser utilizados em qualquer outro ambiente”¹⁹¹. O objetivo da confidencialidade seria justamente proteger os interesses das partes e garantir o bom andamento do processo de mediação. Entretanto, a quebra do sigilo poderia ocorrer em situações excepcionais, por exemplo, quando houvesse autorização expressa das partes, ou em casos de violação à ordem pública ou às leis vigentes – surgindo, nestes últimos casos, para o mediador, o dever de encaminhar as informações às autoridades

do CNJ). Isto não quer dizer, porém, que não haja diálogo entre as regras que regem a mediação extrajudicial e a judicial. Pelo contrário, este diálogo ocorre com relativa frequência, e, em especial, no campo dos princípios. Eis porque se torna possível falar dos princípios da mediação, indistintamente, isto é, sem distinguir de qual modalidade se está falando, já que se trata dos princípios gerais da mediação, ou dos princípios da mediação *em geral*.

¹⁸⁸ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 227.

¹⁸⁹ Conforme *Idem*, pp. 227 e 228, dentre outros autores da doutrina que tratam do tema da mediação.

¹⁹⁰ Dentre os princípios da mediação, reputa-se a autonomia como sendo o princípio-chave do procedimento, razão pela qual sua discussão será aprofundada adiante neste capítulo.

¹⁹¹ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 227.

competentes. Vale ressaltar que o mediador “não pode ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos em qualquer hipótese”¹⁹².

Oralidade

O princípio da oralidade, por sua vez, informa que as sessões de mediação serão regidas de forma oral, privilegiando-se a linguagem comum. O mediador deve estimular que as partes falem e que se coloquem como as principais protagonistas do procedimento, ainda que estejam assistidas por advogados. O objetivo da oralidade é permitir que as partes exponham seus sentimentos e expectativas de forma aberta e direta entre si, de modo que, ouvindo os argumentos que lhes são contrários, e compreendendo as posições controvertidas ante a questão principal, possam chegar a acordos mais efetivos e duradouros.

Informalidade

O princípio da informalidade segue a mesma lógica do princípio da oralidade, na medida em que visa a favorecer uma comunicação mais aberta e direta entre os envolvidos durante o desenrolar das sessões de mediação. Deve-se ressaltar, porém, que os termos de abertura e de encerramento da mediação – e apenas estes – deverão ser formalizados por escrito. Assim, além do termo inicial, que registra o começo do procedimento, haverá um termo final, no qual se consignará apenas o resultado obtido na mediação, devendo todas as demais anotações efetuadas durante as sessões ser descartadas e destruídas.

Consensualismo ou Busca do Consenso

Há, ainda, o princípio do consensualismo, pelo qual os participantes da mediação deveriam “se encontrar no exercício de uma igualdade de oportunidades e de uma liberdade igual, de modo que todo o diálogo e qualquer decisão fossem construídos de forma livre e consensual pelas partes, de modo autocompositivo”¹⁹³. Tal princípio procura retratar o cenário ideal da interação entre as partes em uma mediação. Este cenário se confunde com o objetivo

¹⁹² *Idem*, p. 227.

¹⁹³ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 227 e 228.

da mediação em si, que é justamente o de colocar as partes em diálogo, em um procedimento que as propicie a construção de decisões livre de imposições por terceiros. Por este motivo, este princípio também é identificado como o da “busca do consenso”.

Boa-fé e Cooperação

Por fim, destaca-se o princípio da boa-fé que, no contexto da mediação, se materializa na colaboração entre as partes na busca da satisfação de interesses comuns, ainda que estes sejam contraditórios em diversos aspectos. As partes devem cooperar entre si, adotando posturas colaborativas, para a chegada a um consenso em torno da controvérsia. Na mediação não há provas a produzir ou revelações que possam valer em qualquer outro ambiente¹⁹⁴; neste sentido, a obtenção da boa-fé torna-se pressuposto para que o procedimento seja viabilizado.

3.3.2.3. Os princípios orientadores da conduta dos mediadores na mediação propriamente dita ou extrajudicial

Vasconcelos¹⁹⁵ chamou a atenção, ainda, para a existência de princípios norteadores da atuação dos mediadores especificamente. Assim, os princípios do mediador seriam a independência, a imparcialidade, a aptidão, a diligência, o empoderamento, a validação e a facilitação de decisão informada.

Independência

O princípio da independência é aquele que visa a garantir a liberdade de atuação do mediador na condução do procedimento. Neste sentido, o mediador não deve possuir vínculos de amizade, trabalho ou parentesco com uma das partes¹⁹⁶. Caso isto ocorra, deve o mediador revelar tais circunstâncias e deixar a cargo das partes a decisão sobre a necessidade de trocar-se o profissional ou não.

¹⁹⁴ Conforme VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228.

¹⁹⁵ Cf. *Idem*, p. 228, dentre outros autores da doutrina que tratam do tema da mediação. Dentre os princípios que norteiam a atuação dos mediadores, é a imparcialidade que desponta como princípio-chave, na medida em que tem o condão de garantir a credibilidade do procedimento de mediação.

¹⁹⁶ Conforme *Ibidem*, p. 228.

Na mediação extrajudicial, as partes têm maior autonomia para desconsiderar essas circunstâncias que, uma vez reveladas, se demonstrem capazes de macular a independência do mediador.¹⁹⁷

Já na mediação judicial, não seria viável o exercício desta autonomia, haja vista que, neste caso, o profissional atua como auxiliar do juízo, devendo-se, portanto, estender ao mediador que atua em processos judiciais as hipóteses legais de impedimento e suspeição aplicáveis ao juiz.¹⁹⁸

Na medida em que o princípio da independência determina que o mediador “deve conduzir o procedimento com liberdade, sem sofrer pressão interna ou externa”¹⁹⁹, torna-se possível que ele recuse, suspenda ou interrompa a sessão se ausentes as condições necessárias para o seu bom desenvolvimento, e que se abstenha de redigir acordo ilegal ou inexecutável²⁰⁰.

Imparcialidade

Ao lado do princípio da independência, há o princípio da imparcialidade.

O princípio da imparcialidade do mediador assume grande importância na mediação, na medida em que garante a credibilidade do procedimento perante os envolvidos e terceiros.

De acordo com Hale et. al., a imparcialidade implica o

dever de o mediador 'agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito'²⁰¹, a ele se impondo o dever de assegurar que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do seu trabalho, que compreenda a realidade dos envolvidos no conflito e que jamais aceite qualquer espécie de favor ou presente.²⁰²

¹⁹⁷ Cf. VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228., e HALE et. al., *op. cit.*, pp. 57 e 58.

¹⁹⁸ Adaptado de HALE et. al., *op. cit.*, p. 57.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 65.

²⁰⁰ Cf. *Ibidem*, p. 65.

²⁰¹ Esta é expressão utilizada pela Resolução n.º 125/2010 do CNJ na caracterização do princípio da imparcialidade.

²⁰² HALE et. al., *op. cit.*, p.55.

Muito embora diversas legislações alienígenas tratem indistintamente os termos imparcialidade e neutralidade, com alguns doutrinadores inclusive equiparando estes conceitos, como se vê nas obras de Jean-François Six²⁰³, Marinés Suares²⁰⁴ e Tânia Lobo Muniz²⁰⁵, sustentam Hale et. al. que se trata de ideias distintas, haja vista que:

o mediador sofre, na qualidade de ser humano, a inevitável influência da razão e da emoção em suas percepções pessoais, o que fatalmente compromete a sua neutralidade. No entanto, por força do princípio da imparcialidade, ao qual está sujeito, ele não deve permitir que isso afete o desempenho do seu ofício.²⁰⁶

Isto quer dizer que o mediador, na condição de ser humano que é, poderá formular juízos de valor sobre as questões objeto da mediação, sobre os argumentos e até mesmo sobre os próprios mediados. Contudo, tais formulações devem ser afastadas pelo profissional durante toda a sua atuação, em atenção ao princípio da imparcialidade.

Assim é que, o princípio da imparcialidade determina que “o mediador deve manter-se imparcial durante o procedimento, de modo a assegurar aos participantes tratamento equitativo, isento, neutro”²⁰⁷.

Além disso, o mediador deve se esforçar para compreender a realidade dos envolvidos no conflito, e assume o dever de conduzir o procedimento sem emanar preconceitos, favorecer ou dar preferência a uns em detrimento de outros, cuidando e certificando-se que seus valores, conceitos e crenças não interfiram no resultado daquele processo.²⁰⁸ Por fim, frise-se que o mediador jamais deve aceitar qualquer espécie de favor ou presente²⁰⁹ oferecido pelos envolvidos ou por terceiros interessados.

²⁰³ SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.295.

²⁰⁴ SUARES, Marinés. **Mediación: mediando en sistemas familiares**. Buenos Aires: Paidós, 2002.

²⁰⁵ MUNIZ, Tânia Lobo. **A ética na mediação**. In: CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p.111.

²⁰⁶ HALE et. al., *op. cit.*, p.55.

²⁰⁷ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228.

²⁰⁸ Adaptado de VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228., e HALE et. al., *op. cit.*, p.55, cujos comentários replicam o conteúdo do texto legal da Resolução n.125/2010 do CNJ (Anexo III, §3º, que trata do princípio da imparcialidade).

²⁰⁹ Conforme VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228., e HALE et. al., *op. cit.*, p.55., com base na Resolução n.125/2010 do CNJ (§3º de seu Anexo III).

Aptidão

O princípio da aptidão demonstra uma preocupação com a formação e capacitação dos profissionais que se habilitam para atuar como mediadores. De acordo com Vasconcelos, para concretizar este princípio, deve-se garantir que o mediador esteja “adequadamente capacitado a atuar em cada caso, com os necessários fundamentos teóricos e práticos definidos pelas instituições públicas ou privadas responsáveis pela administração do procedimento”²¹⁰.

Diligência

Complementando o princípio da aptidão, surge o princípio da diligência. Isto é, não basta que o mediador tenha adquirido uma adequada formação em uma instituição credenciada. Considerando-se que “as dinâmicas da mediação de conflitos dependem das particularidades das relações interpessoais e das questões trazidas pelas partes ou mediandos”²¹¹, incumbe ao mediador colocar-se aberto às novas situações e respeitar até o final os rumos que o procedimento tomar. Significa dizer que um mediador diligente será aquele que se predispõe a ouvir as partes e a respeitar eventuais mudanças decorrentes das negociações, até a conclusão do processo de mediação.

Empoderamento

Como decorrência do princípio da diligência, tem-se o princípio do empoderamento. Um mediador diligente deve estar comprometido com o empoderamento das partes, devendo estimular o seu engajamento no procedimento. Em outras palavras, o mediador deve facilitar a tomada de consciência das partes para o fato de que estarão mais habilitadas a melhor resolverem seus conflitos (presentes e futuros) em função da experiência de justiça vivenciada na autocomposição²¹².

²¹⁰ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228.

²¹¹ *Idem*, p. 228.

²¹² Conforme VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228.

Validação

Outro importante princípio é o da validação. Este princípio informa que o mediador deve “estimular os interessados a perceberem-se reciprocamente como seres humanos merecedores de atenção e respeito, independentemente das suas diferenças”²¹³. Acredita-se que concretização deste princípio pode contribuir em grande medida com a realização da busca do consenso. A validação do outro significa a compreensão dos motivos que levam as diferentes partes a adotarem determinadas posições e a sustentarem certos interesses. Entender que o outro possui interesses divergentes dos seus, sem por isso querer diminuí-lo ou aniquilá-lo é uma expressão de validação. Quando uma parte consegue se colocar no lugar da outra (exercendo a empatia) e é capaz de efetivamente compreender os seus motivos e interesses, torna-se mais fácil a chegada ao consenso.

Facilitação de Decisão Informada

Vasconcelos aponta, por fim, o princípio da facilitação de decisão informada, pelo qual seria dever do mediador “observar se as partes ou mediandos estão apropriados de informações suficientes à tomada de decisões conscientes e razoáveis”. Ou seja, é fundamental que o mediador se certifique de que as partes estão suficientemente bem informadas antes avançarem para a tomada de decisões importantes, até mesmo para garantir a isonomia²¹⁴ entre elas durante o procedimento.

Neste sentido, é da responsabilidade do mediador “suspender as sessões, caso preciso, para que as partes ou mediandos obtenham as informações técnicas necessárias à decisão informada”²¹⁵. O mediador deverá, ainda, assegurar que os mediandos obtenham informações

²¹³ *Idem*, p. 228.

²¹⁴ Como bem lembram HALE et al., *op. cit.*, p. 59., o acolhimento do princípio da isonomia significa entregar mais uma incumbência ao mediador, qual seja, a de “cuidar de prover iguais oportunidades de manifestação e escuta, além de condições equânimes para avaliação de eventuais ofertas de acordo”. O mediador deve atuar no sentido de “dar aos mediandos iguais espaço e voz, através do manejo adequado das técnicas e das ferramentas de mediação”, não podendo, todavia, “agir ativamente para suprir eventual desequilíbrio de poderes e informações, sob pena de comprometer a sua isenção”. Assim, caso verifique a existência de evidente desequilíbrio entre as partes, deve o mediador sugerir à parte hipossuficiente que busque auxílio de um advogado e suspender o procedimento até que todas estejam devidamente assistidas.

²¹⁵ VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 229.

suficientes, não apenas quanto aos seus direitos, mas também quanto ao contexto fático em que o objeto da controvérsia e os próprios mediandos estão inseridos.²¹⁶

Ainda com relação à mediação extrajudicial, deve-se registrar que tal modalidade foi regulamentada pela Lei nº 13.140/2015²¹⁷, que também explicitou os princípios da mediação em geral, em seu artigo 2º, incisos I a VIII, como os da imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, e boa-fé.

3.3.2.4. Visão esquemática da legislação regulamentadora e dos princípios orientadores da mediação propriamente dita ou extrajudicial no Brasil

Assim, de uma forma esquemática, pode-se dizer que, no Brasil, o instituto da mediação em geral – mais identificada com a mediação extrajudicial – bem como a conduta dos mediadores, são orientados pelos seguintes documentos de referência, e devem obedecer aos seguintes princípios:

²¹⁶ Adaptado de *Idem*, pp. 228, 229.

²¹⁷ A Lei nº 13.140/2015, muito embora trate da mediação extrajudicial e também da judicial, conferiu tratamento mais detalhado à primeira do que à segunda, certamente pelo fato de já existirem as normas da Resolução nº 125 do CNJ e do CPC/2015 regulamentando a modalidade judicial, enquanto a extrajudicial carecia de uma regulamentação própria.

Tabela 2: Legislação Regulamentadora e Princípios Orientadores da Mediação Propriamente Dita ou Extrajudicial no Brasil

BRASIL		
	Mediação em geral / Mediação extrajudicial	Mediadores
Documento de referência 1	Obra de Vasconcelos ²¹⁸	Obra de Vasconcelos ²¹⁹
Princípios	Autonomia Confidencialidade Oralidade Informalidade Consensualismo Boa-fé	Independência Imparcialidade Aptidão Diligência Empoderamento Validação Facilitação de decisão informada
Documento de referência 2	Lei de Mediação ²²⁰	Lei de Mediação ²²¹
Princípios	Imparcialidade do mediador Isonomia entre as partes Oralidade Informalidade Autonomia da vontade das partes Busca do consenso Confidencialidade Boa-fé (Art. 2º)	Busca do consenso (Art. 1º, § único c/c Art. 4º, § 1º) Confidencialidade (Art. 30, § 1º) Dentre outros princípios implícitos na redação da Lei de Mediação

²¹⁸ VASCONCELOS, *op. cit.*, pp. 227 e 228. Ainda que não seja um documento propriamente dito, incluímos uma obra de referência da doutrina, de publicação recente no Brasil, que dispensou atenção aos princípios norteadores da mediação em geral (que, como argumentado, mais se aproxima da modalidade extrajudicial), bem como explorou os princípios que devem reger a conduta dos mediadores. Esta inclusão serve mais a uma finalidade de reflexão e comparação com o texto da Lei de Mediação, do que a privilegiar um teórico em detrimento de outro – ou seja, poderia ter-se utilizado qualquer outro autor de referência no assunto para realizar este exercício reflexivo.

²¹⁹ *Idem*, pp. 228 e 229.

²²⁰ Lei nº 13.140/2015.

²²¹ *Idem*.

Uma vez expostos os princípios que regem a mediação em geral e/ou extrajudicial no Brasil, passemos agora a tratar dos princípios que regem a mediação judicial no país.

3.3.3. Mediação Judicial

3.3.3.1. A mediação judicial no Brasil e sua legislação regulamentadora: a Resolução nº 125/2010/CNJ, o CPC/2015 e a Lei de Mediação

No Brasil, a mediação judicial, por ocorrer dentro do processo judicial e/ou no âmbito do Poder Judiciário, segue uma legislação mais extensa²²², podendo-se apontar como principais normas: a Resolução nº 125/2010 do CNJ, o CPC/2015 e a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015). Todos estes diplomas mencionam os princípios que regem a mediação e a conduta dos mediadores no âmbito judicial.²²³ Vejamos cada um deles.

²²² Como dito, no Brasil, se comparada com a mediação extrajudicial, a mediação judicial está submetida a uma maior regulamentação, ou seja, há mais regras a serem observadas, o que torna o procedimento judicial mais restritivo e engessado em alguns aspectos, ainda que exista a cláusula de abertura do artigo 166, §4º do CPC.

²²³ Deve-se observar que, enquanto a Resolução n.º 125/2010/CNJ e o CPC/2015 tratam da mediação juntamente com a conciliação, a Lei nº 13.140/2015 regulamenta apenas e especificamente a mediação (extrajudicial e judicial).

A Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça

No Brasil, o primeiro documento de referência que regulamentou²²⁴ a mediação e a conciliação a se desenvolverem no âmbito judicial foi a Resolução nº 125/2010, aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça.²²⁵

O Conselho Nacional de Justiça, por meio de sua Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, instituiu a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário.

A referida Resolução é introduzida com uma série de *Considerandos*, em que o CNJ expõe os motivos pelos quais instituiu a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário em caráter nacional²²⁶.

²²⁴ A mediação e a conciliação judiciais já eram praticadas no Brasil. Como ressaltado por diversos autores, como HALE et al. e PINHO et al., neste trabalho referidos, as modalidades judiciais passaram a ser regulamentadas a partir destes diplomas recentes (isto é, a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, o CPC/2015 e a Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015)). Especificamente com relação à conciliação e à mediação judiciais, esta regulamentação pode ser lida como oficialização e institucionalização também, já que, com o primeiro diploma expedido (Resolução n.º 125/2010 do CNJ), tais modalidades foram, a um só tempo, oficializadas e trazidas para o âmbito do controle do Estado (exercido pelo CNJ e replicado no âmbito dos Tribunais, ou seja, um controle exercido diretamente pelo Judiciário).

Assim, a conciliação e a mediação judiciais foram institucionalizadas por meio de um diploma legal, “pelo alto”, já que sequer passou pela aprovação do Poder Legislativo: a Resolução n.º 125/2010 foi aprovada como política pública judiciária nacional diretamente pelo Conselho Nacional de Justiça.

É dizer, apenas o CPC/2015 e a Lei de Mediação é que passaram por processo legislativo, porém isto só ocorreu após a Resolução n.º 125/2010 do CNJ instituir estas modalidades como política pública.

O que se quer apontar é que a aprovação da Resolução n.º 125/2010 pelo CNJ teve como efeito a oficialização da conciliação e da mediação judiciais, e também a sua institucionalização ocorrida “pelo alto”, ou seja, do Estado para a sociedade - num movimento oposto do que ocorreu em outros países, como nos EUA e na Austrália, por exemplo.

A este respeito, veja-se HALE et. al., *op. cit.*, p.67. e PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **O Marco Legal da Mediação no Direito Brasileiro**. Texto atualizado até dezembro de 2013. Nova versão do artigo, atualizado até 2016, disponível em: <https://estacio-br.academia.edu/HumbertoPinho/Papers>. Acesso em: 17.11.2018.

²²⁵ Gastaremos mais linhas tratando da Resolução nº 125/2010 do CNJ em razão de seu significado, já que, como dito, foi o primeiro diploma a regulamentar, oficializando e institucionalizando a conciliação e a mediação no Brasil - o que será retomado adiante quando falarmos da questão do respeito à voluntariedade (em decorrência da autonomia da vontade, princípio essencial da mediação) no bojo da institucionalização do instituto da mediação no país.

²²⁶ Deve-se frisar a abrangência da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que se volta para a reorganização e a reorientação das práticas adotadas em todos os tribunais país, da justiça estadual, federal e trabalhista. Os resultados desta política nacional vêm sendo acompanhados por relatórios de monitoramento realizado pelo próprio CNJ. O Relatório Justiça em Números de 2018 aponta os índices de conciliação (leia-se, índices de acordos homologados em processos judiciais, seja pelo procedimento da conciliação ou da mediação) obtidos nestas três esferas da justiça, discriminadamente, bem como apresenta o índice consolidado de conciliações obtidas em todo o Poder Judiciário no ano de 2017. Dados estatísticos disponíveis nas pp. 137 a 141 do Relatório Justiça em Números 2018 do CNJ. Último acesso em 26.05.2019: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/8d9faee7812d35a58cee3d92d2df2f25.pdf>

Um destes *Considerandos* assevera que o direito de acesso à Justiça (previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal) implica no acesso à ordem jurídica justa, que deve ocorrer para além da vertente formal tradicionalmente operada através dos órgãos judiciários²²⁷.

O *Considerando* seguinte atribui ao Poder Judiciário a competência (leia-se, poder e responsabilidade) para estabelecer políticas públicas de tratamento adequado de conflitos.

A Resolução é introduzida por seu Capítulo I, intitulado "Da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses", e seus objetivos ficam bem claros já em seu artigo 1º e respectivo parágrafo único, pelos quais:

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. (grifou-se).

Assim, a Resolução nº 125, aprovada por um órgão administrativo ligado ao Poder Judiciário (CNJ), atribui a este mesmo poder, através de seus órgãos judiciários, a incumbência de *oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias*, principalmente os *consensuais*, como a *mediação* e a *conciliação*.

Esta redação oficialmente autoriza que tais mecanismos sejam oferecidos *pele* próprio Judiciário e *dentro* do seu âmbito de atuação, consagrando-se a partir de então a conciliação e mediação judiciais.²²⁸

²²⁷ Por “vertente formal tradicionalmente operada através dos órgãos judiciários”, entenda-se: “solução adjudicada mediante sentença”. Assim, o que este *Considerando* quer dizer é que o direito constitucional de acesso à Justiça implica o acesso à ordem jurídica justa, a qual deve se realizar também por outros mecanismos (os conciliatórios), que devem se somar ao sistema tradicional de obtenção de decisões (aquele que conta com uma solução dada por um juiz, através de sentença judicial).

²²⁸ Atualmente, no campo do direito, quando se fala em conciliação já se pressupõe que se trata de mecanismo que se dá dentro do Judiciário, portanto fala-se em “conciliação” tão somente, sem o adjetivo judicial. Entretanto, o mesmo não ocorre com a mediação, haja vista que, muito embora já se praticasse a mediação tanto fora quanto dentro do Judiciário, com a aprovação da Lei de Mediação²²⁸, ficaram mais bem delineadas as diferenças entre a mediação judicial e a extrajudicial, não havendo mais que se confundir as modalidades, nem sendo mais possível fundir tudo numa expressão só (“mediação”, simplesmente, sem adjetivação). Ou seja, após este marco legal – a Lei nº 13.140/2015 – o que se tem são modalidades distintas de mediação: a mediação judicial (regulamentada pela Resolução nº 125/2010/CNJ, pelo CPC/2015 e pela Lei de Mediação²²⁸) e a mediação extrajudicial (regulamentada pela Lei de Mediação, pelas normas das Câmaras Privadas de Mediação, e demais normas que sejam livremente ajustadas pelas partes envolvidas).

A Resolução nº 125/2010, se, por um lado, trouxe para o Estado a responsabilidade pelo estabelecimento de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesses – veja-se o título do seu Capítulo I – ²²⁹ por outro, não se descuidou do enunciar, um a um, os princípios que devem nortear a mediação. ²³⁰

Assim, em seu Anexo III, pode ser encontrado o Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais²³¹, que expõe, em seu artigo 1º, incisos I a VIII os princípios fundamentais que regem a atuação dos conciliadores e mediadores judiciais e, em seu artigo 2º, incisos I a V, as regras que regem os procedimentos da conciliação/mediação²³² propriamente ditos, no âmbito judicial. Confira-se o conteúdo destes dois artigos:

Dos princípios e garantias da conciliação e mediação judiciais

Artigo 1º - São princípios fundamentais que **regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais**: confidencialidade, competência, imparcialidade, neutralidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes.

§1º. *Confidencialidade* – Dever de manter sigilo sobre todas as informações obtidas na sessão, salvo autorização expressa das partes, violação à ordem pública ou às leis vigentes, não podendo ser testemunha do caso, nem atuar como advogado dos envolvidos, em qualquer hipótese;

§2º. *Competência* – Dever de possuir qualificação que o habilite à atuação judicial, com capacitação na forma desta Resolução, observada a reciclagem periódica obrigatória para formação continuada;

§3º. *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;

§4º. *Neutralidade* – Dever de manter equidistância das partes, respeitando seus pontos de vista, com atribuição de igual valor a cada um deles;

²²⁹ Fato este que levantou questionamentos acerca da institucionalização da mediação no contexto brasileiro, uma discussão empreendida pela doutrina do direito comparado, que abordaremos adiante.

²³⁰ Este pode ser considerado um mérito da Resolução nº 125/2010/CNJ, em que se demonstrou a atualidade do documento, seu estado-da-arte mesmo, haja vista que em outras experiências, como a europeia, já se havia recentemente discutido, por exemplo, a necessidade de estabelecer os princípios basilares da mediação (isto é, seus princípios mínimos e indispensáveis), a fim de garantir a qualidade do procedimento e, por que não, a sua credibilidade também. Tal preocupação foi tamanha que ensejou a aprovação, no contexto europeu, da Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 21 de maio de 2008, com o objetivo de estabelecer princípios fundamentais no domínio dos modos alternativos de solução de litígios, à qual nos referiremos novamente adiante.

²³¹ O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III da Resolução nº 125/2010/CNJ) traz como “Introdução” o seguinte texto: “O Conselho Nacional de Justiça, a fim de assegurar o desenvolvimento da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos e a qualidade dos serviços de conciliação e mediação enquanto instrumentos efetivos de pacificação social e de prevenção de litígios, institui o Código de Ética, norteados por princípios que formam a consciência dos terceiros facilitadores, como profissionais, e representam imperativos de sua conduta”.

²³² A redação deste artigo 2º do Anexo III, como explicado em nota anterior, sugere a característica de princípios, por isto, o incluímos também aqui.

§5º. *Independência e autonomia* - Dever de atuar com liberdade, sem sofrer qualquer pressão interna ou externa, sendo permitido recusar, suspender ou interromper a sessão se ausentes as condições necessárias para seu bom desenvolvimento, tampouco havendo obrigação de redigir acordo ilegal ou inexecutável;

§6º. *Respeito à ordem pública e às leis vigentes* – Dever de velar para que eventual acordo entre os envolvidos não viole a ordem pública, nem contrarie as leis vigentes.

Das regras que regem o procedimento de conciliação/mediação

Art. 2º. As regras que **regem o procedimento da conciliação/mediação** são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para seu bom desenvolvimento, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas:

§1º. *Informação* - Dever de esclarecer os envolvidos sobre o método de trabalho a ser empregado, apresentando-o de forma completa, clara e precisa, informando sobre os princípios deontológicos referidos no capítulo I, as regras de conduta e as etapas do processo.

§2º. *Autonomia da vontade* – Dever de respeitar os diferentes pontos de vista dos envolvidos, assegurando-lhes que cheguem a uma decisão voluntária e não coercitiva, com liberdade para tomar as próprias decisões durante ou ao final do processo, podendo inclusive interrompê-lo a qualquer momento.

§3º. *Ausência de obrigação de resultado* – Dever de não forçar um acordo e de não tomar decisões pelos envolvidos, podendo, quando muito, no caso da conciliação, criar opções, que podem ou não ser acolhidas por eles.

§4º. *Desvinculação da profissão de origem* – Dever de esclarecer aos envolvidos que atua desvinculado de sua profissão de origem, informando que, caso seja necessária orientação ou aconselhamento afetos a qualquer área do conhecimento poderá ser convocado para a sessão o profissional respectivo, desde que com o consentimento de todos.

§4º. *Teste de realidade* – Dever de assegurar que os envolvidos, ao chegarem a um acordo, compreendam perfeitamente suas disposições, que devem ser executáveis, gerando o comprometimento com seu cumprimento. (grifou-se)

Resumidamente, a Resolução nº 125/2010 do CNJ coloca a mediação e a conciliação como mecanismos de solução adequada de litígios sob a gestão do Poder Judiciário, isto é, como parte de uma política pública judiciária, liderada pelo CNJ e pelas administrações dos tribunais do país, determinando quando (em que situações), como (normatiza procedimentos), por quem (encaminhadas por mediadores que atendam aos requisitos para sua atuação), e onde deverão ocorrer (indica os locais onde ocorrerão, como nos CEJUSC's e nas unidades judiciárias, por exemplo), regulamentando²³³, oficializando e institucionalizando a conciliação e a mediação judiciais no Brasil.

²³³ Isto é, dando início ao processo de regulamentação oficial da conciliação e da mediação (com enfoque nas modalidades judiciais) no país.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)

Seguindo a linha de orientação desta Resolução, o Código de Processo Civil, aprovado em 2015²³⁴, reforça esta regulamentação inicial, leva para o âmbito do processo civil²³⁵ e reconhece a mediação como método de solução consensual de conflitos²³⁶, ao lado de outros meios adequados²³⁷; elenca seus princípios norteadores; traz disposições sobre o seu cabimento e sobre o papel dos mediadores²³⁸ e dos advogados, e a coloca como fase inicial (quase) obrigatória dos processos judiciais²³⁹, impondo, com isto, algumas condutas aos juízes responsáveis pela causa²⁴⁰ também.

²³⁴ E que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

²³⁵ E, com isto, “amplia o objeto da ciência processual”, como bem observado por HALE et. al., *op. cit.*, pp. 89-90.

²³⁶ Veja-se a redação do artigo 3º, §3º, CPC/2015.

²³⁷ Lembre-se que o CPC/2015 trata da mediação judicial sempre ao lado da conciliação judicial, entendendo-as como “meios autocompositivos”. Assim, o que for dito no CPC sobre métodos autocompositivos deve ser lido como se referindo à mediação e à conciliação judiciais. Será apenas em poucas situações que o CPC se referirá à conciliação separadamente da mediação judiciais, tal como ocorre nos §§2º e 3º do artigo 165, quando o CPC distingue o campo de atuação dos conciliadores e mediadores judiciais.

²³⁸ Veja-se a redação do artigo 165, §3º, CPC/2015.

²³⁹ Ao determinar a designação de audiência preliminar de conciliação e mediação de comparecimento obrigatório por ambas as partes (polo ativo e passivo) antes da abertura do prazo para apresentação da contestação (artigo 334, caput e § 4º), inclusive com previsão de imposição de multa para quem faltar a esta audiência sem justificativa (334, § 8º). Pode-se afirmar que esta audiência inicial de conciliação ou mediação é *quase* obrigatória, pois ela poderá não ocorrer *apenas caso ambas as partes revelem que não desejam dela participar* (artigo 334, § 4º, I), *ou quando o caso versar sobre direitos que não admitam autocomposição* (artigo 334, § 4º, II). A expressão “quase obrigatória”, referindo-se à audiência conciliação e mediação prevista no artigo 334, caput do CPC, foi utilizada por Ravi Peixoto, em seu artigo PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. p. 93. *In.: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 93. A expectativa do legislador, ao determinar a designação desta audiência preliminar era que a demanda pudesse se resolver em acordo antes mesmo de se desenvolver o processo judicial, de modo a evitar que as partes avançassem no procedimento formal dos processos judiciais. Há críticas no sentido de que a motivação do legislador ao prever os meios consensuais no âmbito judicial, com a mencionada regulamentação pelo CPC e, em especial, com a previsão desta audiência preliminar do artigo 334, teria se voltado mais para reduzir o contingente de processos judiciais do que para a finalidade de oferecer às partes realmente opções adequadas de solução de controvérsias. Vejam-se, por exemplo, as críticas tecidas nos trabalhos de HALE et. al., *op. cit.*, p. 46., e PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. p. 93. *In.: Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. Hermes Zaneti Jr. e Trícia Navarro Xavier Cabral. Salvador: Juspodivm, 2016. Ademais, e o que parece ser discussão mais relevante, a determinação legal para que seja designada uma audiência inicial obrigatória de mediação ou conciliação levanta a questão da afetação ou não do princípio basilar da mediação que é o da autonomia da vontade (sobre o qual se discorrerá mais detidamente adiante).

²⁴⁰ Isto é, àqueles atuantes no Juízo para o qual foi distribuída a demanda.

A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015)

Por fim, a Lei de Mediação traz, com relação à mediação judicial, dispositivos que dispõem sobre os requisitos e a capacitação dos mediadores judiciais²⁴¹; sobre o dever de os Tribunais manterem cadastros atualizados de mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediações judiciais²⁴²; e sobre a remuneração dos mediadores judiciais, que deverá ser fixada pelos tribunais e custeada pelas partes²⁴³.

Deve-se destacar que a Lei de Mediação traz, com relação à mediação judicial, tão somente disposições complementares, haja vista que a Resolução n.º 125/2010 do CNJ, confirmada no âmbito processual pelo CPC/2015, já havia disposto sobre os seus aspectos principais, tratando de sua implementação e detalhando aspectos de seu modo de aplicação.

3.3.3.2. Os princípios da mediação judicial

Os princípios da mediação judicial no Brasil podem ser encontrados no CPC, em seus artigos 166 *caput* e parágrafos; na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, em seu artigo 2º, incisos I a V de seu Anexo III²⁴⁴, assim como no artigo 2º, incisos I a VIII da Lei de Mediação (situado em suas disposições gerais).

²⁴¹ Art. 11 da Lei nº 13.140/2015.

²⁴² *Idem*, Art. 12.

²⁴³ *Ibidem*, Art. 13.

²⁴⁴ Apesar de o artigo 2º da Resolução n.º 125/2010 do CNJ se referir a “regras”, sua redação deixa clara a função de princípios que estas regras da mediação e conciliação cumprem, na medida em que representam normas de conduta a serem observadas pelos mediadores (ou conciliadores) na condução do procedimento. Veja-se: "Art. 2º As regras que regem o procedimento da conciliação/mediação são normas de conduta a serem observadas pelos conciliadores/mediadores para o bom desenvolvimento daquele, permitindo que haja o engajamento dos envolvidos, com vistas à sua pacificação e ao comprometimento com eventual acordo obtido, sendo elas: I – Informação, II – Autonomia da vontade, III – Ausência de obrigação de resultado, IV – Desvinculação da profissão de origem, e V – Compreensão quanto à conciliação e à mediação."

3.3.3.3. Os princípios orientadores da conduta dos mediadores na mediação judicial

Por sua vez, os princípios dos mediadores (e conciliadores) judiciais no Brasil, encontram-se elencados no CPC, em seus artigos 165, §3º; artigo 166, § 2º; artigo 167, § 1º; artigo 168, *caput* e §§; 170, *caput* e § único; 172, e 173, incisos I e II; na Resolução n.º 125/2010 do CNJ, em seu artigo 1º, incisos I a VIII, de seu Anexo III, assim como no artigo 4º *caput* e §1º da Lei de Mediação.

3.3.3.4. Visão esquemática da legislação regulamentadora e dos princípios orientadores da mediação judicial no Brasil

Assim, de uma forma esquemática, pode-se dizer que no Brasil o instituto da mediação judicial, bem como a conduta dos mediadores que atuam nos Tribunais, são regulamentados pelos seguintes documentos de referência, e devem obedecer aos seguintes princípios:

Tabela 3: Legislação Regulamentadora e Princípios Orientadores da Mediação Judicial no Brasil

BRASIL		
	Mediação Judicial	Mediadores Judiciais
Documento de referência 1	Resolução nº 125/2010/CNJ Anexo III – Artigo 2º	Resolução nº 125/2010/CNJ (Anexo III) – Artigo 1º
Princípios	§1º. Informação §2º. Autonomia da vontade §3º. Ausência de obrigação de resultado §4º. Desvinculação da profissão de origem §5º. Teste de realidade	§1º. Confidencialidade §2º. Competência §3º. Imparcialidade §4º. Neutralidade §5º. Independência e autonomia §6º. Respeito à ordem pública e às leis vigentes
Documento de referência 2	CPC/2015	CPC/2015
Princípios	Art. 5º - boa-fé Art.8º - dignidade da pessoa humana; Art. 166, caput - independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade, decisão informada; Art. 166, §4º, cláusula de abertura ²⁴⁵ .	Art. 165, §3º - Busca do consenso, Empoderamento; Dentre outros princípios implícitos na redação do CPC/2015 e da CRFB/1988.

²⁴⁵ O Art. 166, § 4º do CPC dispõe que “a mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”. Esta cláusula aberta deixada pelo referido dispositivo parece acolher os princípios da liberdade, da autodeterminação e da autonomia privada, tudo como uma derivação da “autonomia da vontade”, expressa no caput do mesmo artigo.

Documento de referência 3	Lei de Mediação ²⁴⁶	Lei de Mediação ²⁴⁷
Princípios	imparcialidade do mediador isonomia entre as partes oralidade informalidade autonomia da vontade das partes busca do consenso confidencialidade boa-fé (Art. 2º)	Busca do consenso (Art. 1º, § único c/c Art. 4º, §1º) Confidencialidade (Art. 30, §1º) Dentre outros princípios implícitos na redação da Lei de Mediação

3.4. Conclusões do mapeamento e das considerações sobre a função dos princípios na mediação (extrajudicial e judicial)

Após este mapeamento, o que se percebe é que muitos dos princípios se identificam e se repetem, tendo em vista que, seja na mediação extrajudicial seja na judicial, devem ser observados princípios e regras procedimentais básicos que estruturam o instituto. Isto também demonstra a existência de identidade entre os procedimentos, cujas regras dialogam entre si.

Em uma palavra, os princípios da mediação não cumprem apenas uma função hermenêutica ou integrativa, mas funcionam como os verdadeiros pilares do instituto.

Considerando que são os princípios da mediação que vão informar o seu *modus operandi*, ficando o debate do conteúdo a cargo das partes, a observância daqueles se torna importante para que, na prática, o instituto cumpra com a sua vocação.

²⁴⁶ Lei nº 13.140/2015. A referida lei representa o marco legal da mediação no Brasil, e trata da mediação em geral, seja a extrajudicial seja a judicial, como se depreende das suas Disposições Gerais situadas no Capítulo I da Lei (“Capítulo I – Da Mediação”). Assim, muito embora a Lei nº 13.140/2015 dedique mais dispositivos para tratar da mediação extrajudicial e do que da judicial, seu texto de abertura não faz esta distinção, ao se referir à “mediação *entre particulares* como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”. Com isto, só se pode concluir que os princípios elencados no artigo 2º da Lei de Mediação se aplicam *também* à mediação judicial, se somando aos dispostos na Resolução n.º 125 do CNJ e aos do CPC/2015, expostos nesta tabela.

²⁴⁷ Lei nº 13.140/2015.

Nas palavras de Tartuce, “a observância dos princípios da mediação é crucial para que sua prática seja realizada de forma adequada em favor das pessoas em crise”.²⁴⁸

A *contrario sensu*, a sua não observância poderia implicar em vícios no procedimento e no não atingimento de seus objetivos.

Nesta esteira, conclui-se que, em uma mediação, seja na extrajudicial, seja na judicial, tanto a doutrina, quanto os diplomas políticos e legais, recomendam fortemente a observância dos princípios, bem como se promovam esforços para que o procedimento ocorra de forma correta e justa, a fim de que seu resultado seja efetivo para as partes.

3.5. A autonomia da vontade e a imparcialidade como os princípios centrais da mediação

Muito embora todos os princípios da mediação devam ser observados, alguns autores²⁴⁹ reconhecem em dois deles a essencialidade da mediação, seus requisitos indispensáveis, que seriam os princípios da autonomia da vontade e da imparcialidade do mediador.

O princípio da autonomia da vontade representa a garantia do respeito à vontade e ao poder de autodeterminação das partes, do início ao fim do procedimento de mediação²⁵⁰. E o princípio da imparcialidade do mediador diz respeito à garantia de que as partes receberão tratamento equitativo, isento e neutro²⁵¹.

Como se pode perceber, a autonomia da vontade e a imparcialidade do mediador representam garantias fundamentais das partes em uma mediação, sendo, portanto, importantes para que o procedimento se desenvolva garantindo-se a liberdade das partes e sem vícios de parcialidade na sua condução.

²⁴⁸ E complementa a jurista tal afirmação tecendo uma contundente crítica: “jurisdicionados e advogados brasileiros padeceram de muitas mazelas ao longo dos anos por conta de práticas enviesadas que, apesar de denominadas conciliatórias, não respeitavam princípios nem técnicas, revelando uma perversa busca de extinção de processos judiciais a qualquer custo”. TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018., p. 201.

²⁴⁹ A exemplo de HALE et. al., *op. cit.*, e TARTUCE, *op. cit.*

²⁵⁰ Neste sentido, confira-se TARTUCE, *op. cit.*, pp.202-206.

²⁵¹ Conforme VASCONCELOS, *op. cit.*, p. 228.

Sendo assim, a violação destes princípios pode vir a prejudicar o andamento (ideal) do procedimento, trazendo consequências negativas, como a obtenção de um acordo eivado de vícios ou simplesmente a sua não obtenção.

3.6. A flexibilidade da mediação e o caráter não-absoluto de seus princípios

Há que se lembrar, entretanto, que a flexibilidade é uma das características mais marcantes da mediação, razão pela qual seus princípios, por mais esta razão, são considerados não-absolutos. A flexibilidade do instituto também se verifica na possibilidade de haver diversos modelos de mediação, adaptáveis aos mais diferentes tipos de controvérsias e matérias, e na autonomia que se confere às partes na definição de vários aspectos do procedimento.

Assim, embora os princípios da autonomia da vontade e da imparcialidade sejam considerados fundamentais para o desenvolvimento escorreito do procedimento, observa-se que também podem ser objeto de flexibilização.

As partes têm autonomia, inclusive, de, em comum acordo, dispensar protocolos que seriam naturalmente seguidos pelo mediador em observância a seu código de conduta e ética.

Por exemplo, em uma mediação extrajudicial, as partes podem, em conjunto, concordar em manter na condução do procedimento um mediador que, pelo princípio da imparcialidade, seria considerado impedido ou suspeito, pelos motivos que elas próprias considerarem válidos, como o elevado grau de experiência do profissional ou qualquer outro. Num caso como este, verifica-se que as partes se valem da sua autonomia de vontade para impor limites à imparcialidade.

Conforme registraram Hale et al.,

A nova lei de mediação reconhece como vícios de parcialidade do mediador as mesmas hipóteses de suspeição e impedimento a que estão sujeitos os juízes no curso do processo judicial (art. 5º). [...] O texto estabelece, ainda, a possibilidade de os mediandos recusarem o mediador, diante de qualquer fato ou circunstância que suscite dúvida em relação à sua imparcialidade (art. 5º, parágrafo único). É o caso, por exemplo, de o mediador haver atuado como advogado ou consultor de uma das partes, em matéria não-correlata à mediação.²⁵²

²⁵² HALE et al., *op. cit.*, pp. 56-57. Os autores lembram, ainda, que tanto o novo CPC quanto a Resolução CNJ n.º 125/2010 também já estabeleciam a extensão das mesmas hipóteses de vícios de parcialidade aos mediadores e conciliadores.

Contudo, diferentemente do que ocorre na mediação judicial,

na mediação extrajudicial, há que se admitir que os envolvidos, com base em sua livre e espontânea manifestação de vontade, possam concordar em manter o mediador a despeito da natureza do vício que supostamente inquina a sua parcialidade – por exemplo, ainda que ele seja parente de alguma das partes (caso legal de impedimento) ou tenha algum interesse financeiro na questão (hipótese legal de suspeição).²⁵³

Em casos como estes, na mediação extrajudicial, o mediador não precisa renunciar de imediato à função (tal como ocorreria na mediação judicial, por disposição do artigo 170, *caput* e § único, do CPC), mas caberá ao profissional informar às partes “as circunstâncias que podem comprometer a confiança em sua atuação, deixando à escolha dos envolvidos a alternativa de aceitá-lo a despeito daqueles fatos, ou de optar pela eleição de outro mediador”²⁵⁴ (por disposição supracitado artigo 5º, parágrafo único, da Lei de Mediação).

Outra evidência de que os princípios da mediação são flexibilizáveis está no fato de que, em diversos países, como será visto oportunamente, foram aprovadas leis determinando que as partes se submetessem, na fase inicial da demanda dirigida ao Judiciário, a uma tentativa de solução dos conflitos pela via consensual (conciliação ou mediação), antes de prosseguirem pela via adversarial (processos judiciais), mitigando-se, no caso da mediação, um de seus princípios centrais, que é o da autonomia.

O princípio da autonomia e a sua mitigação²⁵⁵ no âmbito da mediação judicial, através de leis e políticas públicas, serão tratadas no capítulo que se segue.

²⁵³ *Idem*, pp. 57-58.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 58.

²⁵⁵ Mitigação esta que, como veremos capítulo 4, se dará em maior ou menor grau, a depender das medidas adotadas pelos Tribunais que passaram a oferecer a mediação entre os seus serviços.

4. CAPÍTULO IV A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA NO PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO JUDICIAL. UMA ANÁLISE DO DEBATE E DOS ARGUMENTOS RECORRENTES ENTRE AUTORES BRASILEIROS, ITALIANOS E ESTADUNIDENSES

Conforme exposto nas linhas finais do capítulo anterior, os princípios da mediação são passíveis de flexibilização, podendo ser mitigados pelas partes, pela própria lei ou por políticas públicas dela decorrentes. E com o princípio da autonomia não ocorre de modo diverso. Em maior ou menor grau, também poderá ser mitigado por influência destes agentes.

Além disso, a doutrina civilista contemporânea brasileira consolidou posição no sentido de que a incidência de limitações é inerente à noção atual de autonomia, hoje chamada de autonomia privada.

A flexibilização do princípio da autonomia, entretanto, não deve ser despropositada; e, quando ocorre, normalmente está atrelada a alguma justificativa. Nos próximos tópicos, serão abordadas estas relativizações, por três agentes: pelas próprias partes envolvidas no procedimento, pela lei e/ou políticas públicas, e, ainda, por influência da doutrina.

A exposição tem a finalidade de demonstrar a existência destas possibilidades, sem formular sobre elas qualquer juízo de valor, ou seja, pretende tão somente demarcar algumas fronteiras de modo a facilitar debates futuros.

4.1. A mitigação da ideia de autonomia pela doutrina e a questão terminológica dela decorrente: da “autonomia da vontade” à “autonomia privada”

A possibilidade da limitação, não do princípio, mas da autonomia em si também já havia sido discutida pela doutrina civilista brasileira, razão pela qual torna-se válido, neste momento, tecer algumas considerações importantes sobre a terminologia.

A maior parte dos autores que escrevem sobre mediação, ao tratarem do princípio da autonomia, utilizam a locução “autonomia da vontade” das partes²⁵⁶, motivo pelo qual optou-

²⁵⁶ A exemplo de GRINOVER, Ada P. Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC. *In*: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). **Conciliação e Mediação, ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016., p. 18; TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4ª edição,

se por manter esta terminologia no texto, não obstante a doutrina civilista brasileira tenha atualmente convergido para o uso da expressão “autonomia privada”²⁵⁷.

De todo modo, é preciso consignar que as expressões carregam significados distintos, tendo sido a “autonomia privada” considerada uma evolução histórica da ideia de “autonomia da vontade”, que já se pode afirmar ultrapassada.

Isto porque, no âmbito dos contratos e de suas relações, como decorrência do movimento de constitucionalização do direito civil, a autonomia da vontade, tipicamente liberal, daria lugar à autonomia privada, que seria permeada por uma salutar interferência estatal, na medida em que consagraria a supremacia do interesse público sobre o particular e a esfera privada.

Muito embora os dois princípios venham sendo utilizados, na prática, como sinônimos, para expressar a ideia de “liberdade contratual, de acordo e nos limites da lei e da ordem pública”²⁵⁸, segundo Rodrigues Júnior, a doutrina teria se harmonizado em torno do conceito de “autonomia privada” pelos seguintes aspectos:

"a) a supremacia do interesse público e da ordem pública sobre o interesse particular e a esfera privada; b) a colocação do negócio jurídico como espécie normativa, de caráter subalterno, mas com caráter normativo; c) a autonomia privada revelando um poder normativo conferido pela lei aos indivíduos, que o exerceriam nos limites e em razão dessa última e de seus valores; d) a autonomia privada tida como um poder outorgado pelo Estado aos indivíduos."²⁵⁹

Assim, enquanto a autonomia da vontade revelaria um poder imanente do indivíduo, havendo o risco de ser interpretado como ilimitado, e traduzindo-se num insustentável individualismo, na autonomia privada, o indivíduo seria detentor de um poder outorgado pelo Estado, que poderia ser limitado em razão do interesse social.

revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018., p.202, dentre outros, além de ter sido esta a terminologia adotada pela Resolução n.º 125/2010/CNJ, em seu Anexo III, artigo 2º, inciso II; pelo CPC em seu artigo 166, e pela Lei de Mediação em seu artigo 2º, inciso V.

²⁵⁷ Conforme CAMARGO, Eduardo Martins de.; CARVALHO, Diógenes Faria de., e CHINI, Alexandre. A constitucionalização do direito civil e suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato. **Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**, Doutrina e Jurisprudência, nº 107, abr/mai/jun, 2016, Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 2016, (pp.29 - 46). p. 39.

²⁵⁸ *Idem*, p. 37.

²⁵⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. “Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação”. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 41, nº 163, jul./set. de 2004. (p.121). *apud* CAMARGO et. al., *op. cit.*, 2016, p. 39.

De acordo com Camargo et al., foi desta forma que se ergueu a justificativa para a intervenção estatal na disciplina contratual²⁶⁰ e se permitiu a imposição de limites à ideia da plena liberdade de acordo de vontade das partes. As liberdades individuais e o individualismo subsistem, mas passam a ser moderados pelo Estado, pela consagração da supremacia do interesse público sobre o particular e sobre a esfera privada.

Assim, a expressão autonomia privada representa a noção contemporânea entre os civilistas de que a autonomia e as liberdades individuais devem ser respeitadas, porém são passíveis de limitações, pelas normas estatais que protegem o interesse público. E, pelo fato de a ideia de autonomia da vontade representar a ideia ultrapassada de uma autonomia ou liberdade ilimitada dos desígnios individuais ou privados, a expressão já deveria ter sido deixada para trás.

Assim, quando se manteve a expressão autonomia da vontade no texto deste trabalho, a intenção foi tão somente a de se manter a fidedignidade à opção vocabular feita pelos autores aqui referidos, e também pelo fato de aquela ser comumente utilizada de forma intercambiável com a noção contemporânea de autonomia, a autonomia privada.

Para além desta ressalva quanto à terminologia, esta evolução histórica da noção de autonomia, de que ela pode sofrer limitações por normas que amparem o interesse público ou direitos de que não se pode abrir mão, como os indisponíveis, acaba contribuindo para a ideia de que o princípio da autonomia poderia ser também relativizado na mediação.

Considerando ser pacífico na doutrina civilista contemporânea que a autonomia é passível de restrições²⁶¹, o princípio da autonomia, não obstante pretenda garantir a autodeterminação e a liberdade das partes em uma mediação, deve naturalmente se submeter a esta lógica, e associar-se à ideia da autonomia privada, sob pena de se admitirem violações atualmente inaceitáveis sob a ótica do direito civil-constitucional.

²⁶⁰ Cf. CAMARGO et al., *op. cit.*, 2016, p. 40.

²⁶¹ Como dito, a fim de se garantir interesses superiores, como o público, ou de se proteger os direitos indisponíveis.

4.2. A mitigação do princípio da autonomia na mediação

Como dito, os princípios da mediação são passíveis de flexibilização, podendo ser relativizados por diversos agentes. Muito embora o princípio da autonomia seja um dos princípios centrais da mediação, também pode sofrer mitigação pela vontade ou decisão das partes envolvidas no procedimento, ou mesmo por leis ou políticas públicas decorrentes de leis. É o que se passa a abordar a seguir.

4.2.1. A mitigação do princípio da autonomia pelas partes na mediação extrajudicial

Conforme mencionado no capítulo 2, a mediação é um procedimento que se desenvolve por fases, podendo normalmente ser identificadas como principais: *a)* a fase preliminar ou de pré-mediação, *b)* o início e desenvolvimento do procedimento de mediação em si, através de suas sessões, e *c)* o encerramento do procedimento com a formalização ou não do acordo e eventual assinatura do termo final; ou o encerramento com o restabelecimento ou não do diálogo, quando este for o objeto.

E estas três fases principais do procedimento de mediação podem ser verificadas normalmente tanto na modalidade extrajudicial, quanto na judicial.²⁶²

Na mediação extrajudicial, contudo, em sua fase preliminar, pode-se identificar uma maior liberdade das partes quanto à adesão ao procedimento, se comparada à modalidade judicial.

Além disso, na mediação extrajudicial as partes possuem maior liberdade de negociação dos elementos considerados imprescindíveis ao procedimento. Tais decisões podem ser previamente acordadas pelas partes, que podem deixar os elementos indispensáveis ao procedimento consignados em cláusulas contratuais específicas.²⁶³

²⁶² Isto é, considerando-se o conceito básico e mais frequente de mediação encontrado na doutrina brasileira.

²⁶³ O artigo 2º, §1º da Lei de Mediação dispõe que: "na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação". O que a lei quis dizer em seu artigo 2º, §1º foi que, uma vez existente, a cláusula contratual de mediação vincula as partes, que deverão cumprir o combinado e comparecer à primeira reunião, ocasião que "permite às partes que se informem adequadamente sobre o método e decidam se têm ou não interesse em dele participar." Ver: HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016. p. 66. Segundo os mesmos autores, de acordo com o artigo 22 da Lei de Mediação, é recomendável que "a cláusula contenha elementos mínimos necessários para a instauração e realização da mediação, relativos à fixação de um limite temporal, às regras para a escolha do

Este é o exemplo clássico de mediação extrajudicial trazido pela doutrina, isto é, aquele em que as partes estabelecem, desde o início da relação, uma cláusula prevendo a possibilidade de se valerem da mediação, e sob qual formato esta ocorreria, na hipótese de surgimento de eventuais controvérsias entre elas. Em exemplos típicos de mediação extrajudicial como este, fica mais evidente a possibilidade de uma realização mais plena do princípio da autonomia das partes.

Contudo, conforme mencionado anteriormente, a mediação extrajudicial pode se dar em variados campos, envolvendo os mais diferentes atores, e o contexto ensejador de uma mediação pode vir a exigir algum grau de mitigação do princípio da autonomia, especialmente quando não prevista de antemão.

Veja-se, por exemplo, a diferença entre estas duas situações: uma mediação entre empresas, em que haja cláusula previamente estabelecida, e outra envolvendo acidente aéreo ou mesmo de trânsito, em que não haja previsão contratual anterior de eventual resolução de conflitos por mediação.

Na primeira situação, as partes já possuiriam uma relação anterior e haveria uma cláusula de mediação previamente estipulada. Na segunda, o acidente faria surgir novas obrigações entre as partes e eventuais terceiros²⁶⁴ e, muito embora não houvesse cláusula de mediação pré-estabelecida, ou relação anterior entre as partes, este método fosse visto como a via mais adequada para o caso.

Quanto à decisão sobre a adesão ou não ao procedimento, na primeira situação, a autonomia das partes poderia se manter praticamente incólume. Já na segunda, poderia ficar mitigada, para várias pessoas, em razão da gravidade do contexto (acidente com vítimas) e da necessidade-utilidade em participarem da mediação.²⁶⁵

mediador, ao local da primeira reunião e às consequências em caso de não comparecimento da parte convidada; ou que indique uma instituição para administrar a mediação, cujo regimento há de ser adotado.".

²⁶⁴ Acidentes podem envolver além das vítimas do acidente, a empresa de transporte e seus prepostos, órgãos e autoridades públicas, assim como outros motoristas, transeuntes e os familiares das vítimas.

²⁶⁵ No Brasil, utilizou-se a mediação extrajudicial para alguns casos envolvendo acidentes de transporte (aéreo ou terrestre), mesmo não havendo relação duradoura anterior, nem cláusula pré-estabelecida. Veja-se, por exemplo: TARTUCE, Fernanda. Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira. **Revista Lex Humana**, v. 4, n. 1, 2012, p. 32. Ver: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33771/1/LH4-1_artigo3.pdf?ln=pt-pt. (acesso em 30.05.2019); esta matéria jornalística veiculada no sítio eletrônico do G1 <https://g1.globo.com/minas-gerais/noticia/nucleo-de-mediacao-do-detran-resolve-questoes-de-transito-relativas-ao-dpvat.ghtml> (acesso em 30.05.2019), e, ainda, estudos que revelaram o uso da mediação em casos de acidente, na compilação GRINOVER, Ada Pellegrini., SADEK, Maria

Contudo, nada obstará que as mesmas partes que participassem de qualquer espécie de mediação extrajudicial fossem resolver demais pendências em novas sessões mediativas ou mesmo no Judiciário.

4.2.2. A mitigação do princípio da autonomia pelas partes na mediação judicial

Na mediação judicial as partes exercerão a sua autonomia, com base no princípio da autonomia da vontade que rege a justiça conciliativa (artigo 166, §4º, CPC), podendo inclusive estipular mudanças no procedimento e convencionar sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais (artigo 190, CPC)²⁶⁶, desde que respeitando as limitações existentes no ordenamento²⁶⁷.

Entretanto, no momento da adesão, o pleno exercício da autonomia pode acabar sendo afetado, conformado e, para muitos, ficando restringido, em razão de disposições legais e/ou da vontade estatal, expressada por meio de políticas públicas de acesso à justiça – em sua perspectiva ampliada, que combina o acesso à jurisdição tradicional e aos demais mecanismos de resolução de conflitos. Assim, na mediação judicial, em sua fase preambular, a liberdade das partes quanto à adesão ao procedimento pode vir a sofrer mitigações por força da lei e de políticas públicas dela decorrentes²⁶⁸.

Um exemplo de limitação da autonomia por disposição legal na mediação judicial, no Brasil, pode ser visto no fato de que, nesta modalidade, as partes não escolhem quem será o mediador judicial, sendo este designado apenas no momento de realização do ato, desde que não esteja impedido ou suspeito, ao contrário do que ocorre na mediação extrajudicial, em que as partes possuem liberdade para previamente convencionar a escolha do profissional.

Tereza., e WATANABE, Kazuo. (CEBEPEJ), GABBAY, Daniela Monteiro e CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP). (coord.) **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014. De todo modo, é preciso considerar a singularidade de cada caso. Neste sentido, para que se pudesse avaliar se ou em que proporção estaria a autonomia das partes sendo mitigada, e por quê, seria sempre preciso verificar em cada caso concreto como foi estipulada, acordada e organizada a forma de adesão, o desenvolvimento e a conclusão do procedimento.

²⁶⁶ GRINOVER, *op. cit.*, 2016, p. 18.

²⁶⁷ Refere-se aqui às limitações legais, presentes no CPC e na Lei de Mediação, dentre outras; e às limitações constitucionais, presentes no texto da Constituição Federal/1988.

²⁶⁸ Este será assunto debatido no próximo tópico. A mitigação do princípio da autonomia pela lei ou por políticas públicas na mediação judicial é tema controverso em vários dos países que vêm (ou vieram) empreendendo reformas em seus sistemas de Justiça.

Contudo, ainda que haja algum tipo ou grau de mitigação da autonomia das partes na fase inicial da mediação judicial, o que pode variar entre as legislações dos diferentes países, durante o desenvolvimento do procedimento as partes devem gozar de autonomia para negociar seus interesses.

E onde há maior autonomia para negociar interesses (fase do desenvolvimento), há também maior liberdade para as partes negociarem, se for o caso, a disposição de uma parcela da própria autonomia, em prol da satisfação de algum interesse comum.

Vale frisar, como dito, que nos métodos autocompositivos e, em especial, na mediação, as partes são efetivas protagonistas do procedimento, e diante disso, devem poder se valer não apenas da autonomia que lhes confere o artigo 166, §4º, CPC, mas também das faculdades conferidas pelo artigo 190, CPC, que trata da figura dos negócios processuais atípicos.

Neste sentido, destacam Mazzei e Chagas, que, no novo CPC, observou-se uma mudança de paradigma das partes em relação ao procedimento, haja vista a inserção dos negócios jurídicos processuais (convenções processuais), previstos no artigo 190 (cláusula geral dos negócios jurídicos atípicos)²⁶⁹, o que, a partir de então, lhes permitiria estabelecer, de forma acordada, mudanças no procedimento e convencionar uma série de questões processuais.

Assim, mesmo em uma mediação judicial, as partes gozam de substancial liberdade durante o procedimento, podendo, entre si, negociar, além dos interesses subjacentes ao conflito, também a mitigação do princípio da autonomia, caso lhes seja conveniente (tal como ocorre no formato clássico de mediação extrajudicial).

²⁶⁹ Cf. MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, B. S. R. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). **Negócios processuais**. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015, pp. 521-539.

4.2.3. A mitigação do princípio da autonomia pela lei ou por políticas públicas na mediação judicial

Quando a mediação é ofertada pelos Tribunais, ou seja, na mediação judicial²⁷⁰, o princípio da autonomia também pode vir a sofrer mitigações pela lei ou por políticas públicas dela decorrentes. A fim de compreender como isto chegou a ocorrer, passemos a um breve histórico.

Conforme observaram Cappelletti & Garth²⁷¹, diversos países empreenderam reformas em seus sistemas de justiça, de modo a enfrentar o problema do acesso. Não tardou para que se verificasse a importância de melhor gerenciar o funcionamento dos Tribunais e organizar a oferta para melhor atender à demanda pelos serviços prestados pelo Judiciário.

Assim, desde os anos 60 do século passado, observou-se que diversos países realizaram reformas de reestruturação de seus sistemas de justiça, como o objetivo de modernizá-los, torná-los mais eficientes e adequados às necessidades da sociedade.²⁷²

Tais reformas também fizeram incluir nos sistemas de justiça os meios adequados de resolução de conflitos (ADR's)²⁷³, que representariam novas vias de acesso à justiça e viriam a se somar à jurisdição tradicional.

²⁷⁰ A mediação ofertada pelos Tribunais, que, no Brasil, se costuma identificar por “mediação judicial”, será designada por outras expressões em outros países (na Itália, há a “court-annexed” mediation), dentre outros motivos, para marcar a diferença entre estes dois serviços comumente prestados pelo Judiciário contemporâneo: o da entrega da jurisdição/solução adjudicada e o da oferta da mediação/conciliação a partir de dentro dos Tribunais. A não-adoção da expressão “mediação judicial” também visaria evitar a ideia de que a mediação seria realizada por um juiz, o que não é uma regra. Esta última situação, apesar de não ser considerada a ideal em vários países, uma vez que poderia interferir no desenvolvimento da mediação, já vem ocorrendo, por exemplo, na Alemanha, desde o começo dos anos 2000, conforme relatado por ROMUALDI, Giuliana. Problem-Solving Justice and Alternative Dispute Resolution in the Italian Legal Context. *Utrecht Law Review*, Volume 14, Issue 3, 2018. Special Issue: Problem-Solving Justice: European Approaches. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334442. Acesso em: 20.05.2019. (nota 63, pp. 62-63): “In the early 2000s, all federal states of Germany introduced pilot projects dealing with mediation within courts, and after initial rejection and criticism by conservative lawyers and judges, mediation started to be integrated into the state system of courts. In the model of ‘integrated mediation’ the judge acts as a mediator during the mediation phase and in the role of judge during the decision phase. In the first phase he or she only applies the mediation techniques, without making any proposal, and only after parties fail to reach agreement will the same judge make a decision, see: A. Trossen, *Wege zur Kooperation: Die moderne Vergleichsverhandlung im streitigen Zivilgerichtsverfahren* (2009)”.

²⁷¹ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

²⁷² Os principais motivos ensejadores das reformas do acesso à justiça, verificadas em vários países da cultura ocidental, foram expostos no capítulo 1 do presente trabalho. Brasil, Itália e Estados Unidos são exemplos de países que passaram por reformas no sistema de justiça, a fim de melhorar e simplificar o acesso.

²⁷³ A conciliação, a mediação e a arbitragem são as três formas clássicas de ADR's, sendo as duas primeiras, meios consensuais de resolução de controvérsias. A conciliação ocorre tradicionalmente no âmbito dos Tribunais, e a

Muito embora a conciliação seja o método consensual mais disseminado como prática dentro dos Tribunais, a mediação judicial também veio ganhando espaço e importância nos sistemas de justiça de diversos países, a exemplo do Brasil²⁷⁴, da Itália²⁷⁵ e dos Estados Unidos²⁷⁶.

Paralelamente às reformas de reestruturação dos sistemas de justiça, houve também uma série de reformas legislativas no sentido de efetivamente incluir os meios adequados como partes integrantes do sistema multiportas de acesso à justiça (“justiça” entendida agora como sistema, não mais restrita à prestação jurisdicional, como vinha ocorrendo até então).

Em diversos países, estabeleceram-se também políticas focais de estímulo ao acesso, que deveria se dar através das vias mais adequadas à solução de cada conflito, aplicando-se a ideia, em geral bem aceita, do *multi-door courthouse system*, do Professor Frank Sander. Tratava-se de promover um acesso qualificado ao sistema de justiça, através de uma abordagem mais individualizada dos conflitos.²⁷⁷

A ideia de implementar a mediação como serviço a ser prestado a partir de dentro do Judiciário²⁷⁸ exigiu dos legisladores e dos Governos uma tomada de decisão acerca do modo pelo qual realizariam isto.

Ademais, era notório que, apesar da reconhecida importância do método,²⁷⁹ apto a trazer grandes vantagens e benefícios às partes, era baixa a taxa de adesão social à mediação. E, aos

mediação pode ocorrer fora ou dentro deles, recebendo a qualificação de extrajudicial ou judicial, respectivamente. Neste tópico o enfoque é tão somente na mediação judicial, ou seja, na mediação que ocorre no âmbito dos Tribunais.

²⁷⁴ Claro exemplo deste ganho de relevância da mediação judicial, no Brasil, pode ser visto no texto da Resolução n.º 125/2010/CNJ; em diversos dispositivos do CPC/2015, e, ainda, na aprovação recente da Lei de Mediação (Lei n.º 13.140/2015), conforme exposto no capítulo 3 deste trabalho. A disseminação do uso da mediação no Brasil veio também acompanhada da proliferação de trabalhos acadêmicos e pesquisas empíricas, como as que foram compiladas nesta publicação: GRINOVER et. al., *op. cit.*, 2014.

²⁷⁵ Neste sentido, ROMUALDI, *op. cit.*, 2018.

²⁷⁶ Cf. QUEK ANDERSON, Dorcas. Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program. **Cardozo Journal of Conflict Resolution**. Vol. 11.2 (Primavera, 2010) Disponível em: <https://cardozo.jcr.com/vol11no2/479-510.pdf>. Acesso em: 20.05.2019.

²⁷⁷ Sobre a ideia da abordagem individualizada dos conflitos, propiciada pelas ADR's e pelo modelo do Tribunal Multiportas norte-americano, ver MUNIZ, Tânia Lobo e SILVA, Marcos Claro da. O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., pp. 288-311, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em 15.05.2019.

²⁷⁸ A ser conduzido preferencialmente por um mediador.

²⁷⁹ Especialmente no meio técnico dos operadores do direito.

olhos dos agentes políticos ligados ao governo, o fato de haver taxas de adesão muito baixas era algo que precisava ser considerado. Outro fator levado em conta foi, em algumas regiões²⁸⁰, o elevado grau de litigância e o excesso de demandas dirigidas ao Judiciário, muitas das quais, consideradas desnecessárias ou inadequadas à via eleita.

Levando este histórico e tal realidade em consideração, observou-se que cada Estado passou a adotar diferentes iniciativas, surgindo uma série de diferentes respostas à pergunta “como implementar a mediação no âmbito do Judiciário e promover a sua utilização?”. Outra pergunta associada a esta era “como estimular o uso dos meios consensuais numa sociedade cuja cultura é a da litigância, e o é pela via tradicional da solução adjudicada?”

A partir da disseminação desta percepção, diferentes foram as respostas e as espécies de iniciativas / imposições que passariam a ser adotadas pelos países e/ou governos locais.

Entre os diferentes países que implementaram tais reformas, foram aprovadas legislações²⁸¹ e/ou instituídas políticas públicas prevendo ou executando medidas / imposições de variadas espécies às partes que se dirigiam com suas demandas aos Tribunais.²⁸²

O estabelecimento de medidas de estímulo ao uso da mediação judicial produziu diferentes efeitos nos diversos países onde tais iniciativas governamentais foram tomadas, motivo pelo qual não seria possível falar de um resultado único, nem mesmo uniforme destas medidas entre os diferentes países.

Os efeitos claramente variaram de acordo com os tipos de medidas impostas, da reação dos operadores e juristas locais, da adesão social à mediação, da cultura jurídica e da sua maior ou menor adaptabilidade às medidas implementadas etc.

Assim, a avaliação dos resultados de uma mudança legislativa ou de uma política pública exigiria a imersão em cada contexto onde as medidas foram implementadas. Os resultados de maior ou menor sucesso, e suas justificativas, só poderiam ser aferidos através de

²⁸⁰ Como no Brasil, conforme exposto no capítulo 1, e na Itália, conforme ROMUALDI, *op. cit.*, 2018.

²⁸¹ Legislações de variados tipos, podendo ser supranacionais (como o é a Diretiva nº 2008/52/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de maio de 2008, aplicável a quase todos os estados-membros da União Europeia), ou nacionais (a exemplo do novo Código de Processo Civil brasileiro, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016). Além disto, no caso da União Europeia, a legislação supranacional, por ter o intuito de uniformizar práticas no interior da comunidade europeia, ensejou a aprovação ou alteração das leis nacionais, como ocorreu na Itália, na Alemanha e em diversos outros estados-membros da comunidade.

²⁸² E isto obviamente afetaria também seus advogados, os julgadores, e operadores do direito em geral.

estudos empíricos associados à uma análise sociológica e antropológica, e historicamente contextualizada.

Assim, não se considera prudente comparar o estabelecimento de medidas diferentes, em sociedades de características e tradições jurídicas distintas, a fim de asseverar, por exemplo, que “se uma determinada medida não funciona lá, também não funcionará aqui”, ou formular inferências semelhantes, sem a devida contextualização.

E tal espécie de comparação se torna ainda mais arriscada quando se está diante de reformas sensíveis como o são as reformas do sistema de justiça, cujas alterações produzem implicações de caráter jurídico, político, social, econômico e cultural.

Contudo, isto não impede que se estudem as experiências dos diferentes países²⁸³, e que se busque compreender suas necessidades e seus processos de mudança, para que, a partir disso, se possa extrair algumas lições ou captar tendências de comportamento e de reações sociais a determinadas medidas de reforma em contextos específicos.

Assim, seguindo as orientações de Prado, a seguir, optou-se por investigar a “unidade do problema” (ponto de vista metodológico)²⁸⁴, que pode ser identificado nas recorrências dos

²⁸³ Maria Lígia Coelho Prado, professora do Departamento de História da FFLCH/USP, trabalha algumas importantes lições sobre metodologia da história comparada, em seu artigo: PRADO, Maria Lígia Coelho Repensando a história comparada da América Latina. **Revista de História n.º 153 (2º - 2005)**, pp. 11-33. Destacam-se alguns trechos: "A história comparada deve, portanto, fugir das justaposições e das classificações. Na minha perspectiva, também não deve estar comprometida com a busca de generalizações; a produção acadêmica latino-americana, das décadas de 1960 e 1970, foi claramente marcada por essa discutível visão generalizante"(p. 23); "Nos anos recentes, alguns historiadores aceitaram os desafios propostos pela história comparada e escaparam das armadilhas das generalizações e do eurocentrismo. Farei referência a dois livros bem-sucedidos, os de Maria Helena Capelato e de José Luis Bendicho Beired, escolhidos entre outros trabalhos."(p. 24), e, a título de conclusão, "Voltando a Marc Bloch, seria extremamente fecundo, com o rigor e os procedimentos metodológicos próprios do ofício do historiador, buscar “a unidade do problema” em duas ou mais sociedades latino-americanas e promover as devidas conexões globalizantes." (p.30). Disponível em: http://www.unifesp.br/campus/gua/lapha/images/Material_apoio/RepensandoaHistoriaComparadadaAmricaLatinaMariaLigiaCoelhoPrado.pdf. Acesso em: 20.06.2019.

²⁸⁴ PRADO, *idem*, 2005, pp. 18 e 30 destaca a relevância da metodologia de BLOCH, Marc. Une étude régionale: Géographie ou Histoire? **Annales d'Histoire Economique et Sociale, n.º 6, janeiro de 1934**, citado por SKOCPOL, Theda; SOMERS, Margaret. The uses of Comparative History in macrosocial inquiry, **Comparative Studies in Society and History, vol. 22, n.º 2, 1980**. p. 194.

argumentos acerca da controvérsia sobre a “mediação obrigatória”, na literatura acessada até então, a partir de textos de autores²⁸⁵ brasileiros, americanos e italianos.²⁸⁶

Entretanto, antes de abordar os argumentos mais recorrentes de crítica e de respostas a estas críticas (isto é, sua relativização), faz-se necessário abordar um problema identificado em torno da apropriação e do uso do termo “mediação obrigatória”.

Como visto, ao implementar a mediação no âmbito do Judiciário, diversas *legislações* previram *medidas de estímulo* ao uso do método às partes que se dirigiam com suas demandas aos Tribunais.

Conforme anotou Quek Anderson²⁸⁷, a noção de “mediação obrigatória” ou “mediação ordenada pelas cortes” tem sido utilizada de diversas maneiras na literatura. E tal variação é tanto maior quanto mais se utiliza o método como coadjuvante do processo civil (“civil proceedings”), e quanto mais tipos de programas de mediação surgem pelos Estados. Assim, o que a autora quis dizer é que o referido termo não possui um significado uniforme.

Ocorre que, ao tratar da questão da institucionalização do instituto, muitos autores²⁸⁸ tratam estas medidas de estímulo como imposições²⁸⁹, conferindo-se um destaque excessivo ao

²⁸⁵ Alguns dos autores pesquisados – como, por exemplo, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (<http://lattes.cnpq.br/>); Lília Maia de Moraes Sales (<http://lattes.cnpq.br/>); Giuseppe De Palo (https://www.adrcenter.it/mediatori_arbitri/de-palo-giuseppe/), e Dorcas Quek Anderson (https://law.smu.edu.sg/sites/law.smu.edu.sg/files/law/pdf/dorcasquek_1.pdf) – tiveram passagem pela escola de Harvard, o que indica a existência de um intercâmbio de ideias a partir de uma matriz comum, o que contribuiu para o tipo de análise aqui empreendida.

²⁸⁶ Para o futuro, interessante seria realizar estudos comparando-se sociedades latino-americanas, como sugerido por PRADO, *op. cit.*, 2005 e pelos autores referenciados em seu artigo, e, acrescenta-se, comparando-se sociedades de massa, marcadas pela desigualdade social, que vivam sob regimes democráticos em que se verifique *déficit* de cidadania, uma das principais causas do alto grau de litigação, assunto desenvolvido no capítulo 1 deste trabalho.

²⁸⁷ QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010. p. 480. A autora, neste trabalho, traça conclusões de pesquisa empírica com olhar comparativo sobre os países de língua inglesa, com enfoque nos Estados Unidos e em seus estados. Mais sobre a biografia e o curriculum de pesquisa da autora, pode ser encontrado em: <https://www.smu.edu.sg/faculty/profile/144806/QUEK-Anderson%2C-Dorcas> e em https://law.smu.edu.sg/sites/law.smu.edu.sg/files/law/pdf/dorcasquek_1.pdf. Acesso em: 20.05.2019.

²⁸⁸ Alguns autores parecem dar um enfoque excessivo à “mediação obrigatória” ao tratar da institucionalização do instituto (e das controvérsias surgidas em torno desta questão), a exemplo de PINHO, Humberto D. B. de; PAUMGARTTEN, Michele. Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça. In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda; Almeida, Diogo Assumpção. **Arbitragem e Mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em 08.05.2019; TARTUCE, *op. cit.*, 2018., pp. 314-324., dentre outros. Repita-se que aqui não se pretende fazer qualquer juízo de valor, mas tão somente situar o leitor acerca do problema interpretativo e, logo, de compreensão da controvérsia, que o destaque excessivo conferido à “mediação obrigatória” pode acarretar.

²⁸⁹ Isto é, tanto pelos seus críticos (aqueles que apontam a existência da obrigatoriedade, mas a rejeitam), quanto pelos que adotam posição de neutralidade, mas que realizam um esforço analítico maior. Quanto a estes últimos, não se sabe se entendem as imposições como sendo de fato imposições, ou se se valem do termo para se ater à

tipo “mediação obrigatória” e referindo-se à obrigatoriedade como se fosse “obrigatoriedade total” em oposição à uma “liberdade plena”, e, com isso, tratando-se a obrigatoriedade como algo que se deve rejeitar e combater em favor da proteção da voluntariedade, do respeito à vontade intocável das partes.

Tal construção leva a crer que a institucionalização da mediação no âmbito dos tribunais representaria automaticamente um risco à autonomia das partes na mediação. Outro problema neste tipo de apropriação, é que a mediação vem sendo tratada como um bloco, como um todo unitário, e não como ela realmente é: um procedimento que se desenvolve por fases – fases estas que são, inclusive, bastante distintas.

Contrariando esta visão, o que se observa na realidade empírica dos diferentes países é que estas imposições são, na verdade, de variadas espécies e graus de facultatividade ou obrigatoriedade.²⁹⁰ .

Quek Anderson, ao identificar as diferentes espécies de imposições entre os países, propôs, como instrumento de análise, um *continuum de obrigatoriedade*²⁹¹, que resumiu graficamente através de um diagrama contendo cinco categorias.

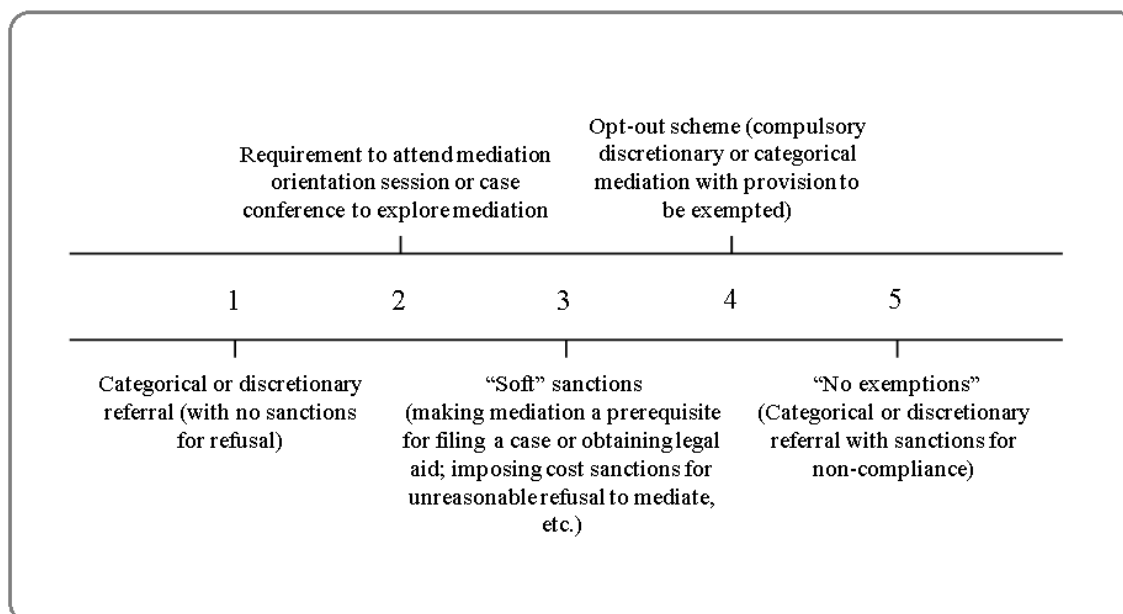
Tais categorias foram criadas com base nas características das imposições e representam os diferentes níveis de pressão (“levels of compulsion”) impostos às partes. Eis o diagrama:

linguagem utilizada pelos críticos, para então realizar análises “do que é o que” nesta discussão. Acredita-se que o trabalho de QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, seja um que ajude bastante na compreensão da discussão, e, já que logra separar “o joio do trigo”, ajudando a revelar o que está por trás da discussão em torno da “mediação obrigatória”.

²⁹⁰ Sobre a existência de diferentes graus de obrigatoriedade nos programas de mediação judicial, ver QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 488., e também DE PALO, Giuseppe. A Ten-Year-Long “EU Mediation Paradox”: When an EU Directive Needs To Be More... Directive. BRIEFING Requested by the JURI committee of the European Parliament. **European Union**, 2018, pp.6-7. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf). Acesso em 15.05.2019.

²⁹¹ O instrumento de análise apresentado por QUEK ANDERSON, o qual nomeou de "*continuum of mandatoriness*" (em tradução livre: *continuum de obrigatoriedade*), pode ser verificado em: *Idem*. p.488.

“Continuum of Mandatoriness” (Quek Anderson)²⁹²



Através deste instrumento de análise, a pesquisadora pode situar os diferentes países nesta linha gradativa de obrigatoriedade²⁹³. Assim sendo, situou na categoria ou nível 1, o “U.K. Automatic Referral to Mediation pilot scheme in Central London County Court” ocorrido entre 2004 e 2005; no nível 2, Queensland na Austrália e o estado norte-americano da Virgínia; no nível 3, o Reino Unido, e um programa implementado pelo “The 1991 New South Wales Supreme Court Policy and Planning Sub-Committee”; no nível 4, Ontário no Canadá, e, finalmente, no nível 5, situou alguns estados australianos, ao apontar que Tribunais no sul da Austrália, em Victoria e em New South Wales, são habilitados por legislação para encaminhar as partes para a mediação com ou sem o seu consentimento.

Como conclusão de sua análise, verificou-se que a extensão da coerção para ingresso na mediação pode variar drasticamente entre os diferentes países; que a mediação obrigatória só se torna um oxímoro no nível cinco do *continuum*, isto é, quando casos são encaminhados à

²⁹² O “*Continuum of Mandatoriness*”, proposto pela pesquisadora QUEK ANDERSON, pode ser verificado em seu artigo *op. cit.*, 2010, p. 488. Em nota de rodapé (nota 38, *op. cit.*, 2010), a pesquisadora informa que: “This *continuum* is adapted and modified from Tania Sourdin, Making People Mediate, Mandatory Mediations in Court-Connected Programmes In: SPENCER, D., & ALTOBELLI, T. (2005). *Dispute Resolution in Australia: Cases, Commentary and Materials*. n. 148, Lawbook Co: Sydney, Australia”. A respeito da referência a SPENCER e ALTOBELLI, ver o portal de pesquisas da Macquarie University – Sydney – Australia, acessível em: <https://researchers.mq.edu.au/en/publications/dispute-resolution-in-australia-cases-commentary-and-materials>. Acesso em 27.06.2019.

²⁹³ Ou seja, uma linha que parte do grau mais leve ao mais intenso de obrigatoriedade. Entende-se que pode ser lido também como uma linha gradativa dos modelos mais abertos aos mais fechados (isto é, em termos de possibilidade de recusa e/ou de previsão de sanções), lembrando que a forma exata pela qual isso se materializa deve ser verificada em cada país/local estudado.

mediação sem qualquer previsão de isenção e são acompanhados de sanções pelo não cumprimento da designação. Conclui-se que a mediação não é necessariamente uma contradição em termos em todos os tipos de programas de mediação obrigatória.²⁹⁴

Assim, muito embora a pesquisadora reconheça a existência de diversos tipos de “programas de mediação obrigatória”, pode também verificar que, apenas onde a obrigatoriedade é intensa (nível 5), é que surge de fato a propagada contradição entre a essência da mediação (centrada na autonomia das partes) e a interferência arbitrária por parte de alguns Estados / governos locais (através de leis e programas que interfiram de forma intensa na autonomia).²⁹⁵

Isto porque, nos casos que classificou como “nível 5”, foram identificadas interferências consideradas mais graves na autonomia das partes. Entretanto, conforme verificou em seus estudos, esta não foi a regra.

Diferentemente, Quek Anderson constatou que a maioria dos “programas de mediação obrigatória” preveem ou nenhuma ou apenas sanções brandas. E, a partir desta verificação, a pesquisadora concluiu:

In sum, it is submitted that mandatory mediation (falling under categories 1 to 4 of the continuum) does not necessarily contradict or undermine the nature of mediation as a voluntary and consensual process, *provided certain conditions are present.* (grifou-se)²⁹⁶

Esta parte final, “contanto que certas condições estejam presentes” aparece como ponto chave da sua pesquisa, e foi considerado de suma importância para a viabilização de programas de mediação judicial. Refere-se à condição de não haver severas interferências na autonomia das partes (em pontos sensíveis do procedimento), como não haver o encaminhamento arbitrário de casos à mediação (modelos em que há previsão de um rol de matérias a serem

²⁹⁴ Reproduz-se, no original, o trecho em que a autora traz suas conclusões à análise baseada neste *continuum of mandatoriness*: “This continuum demonstrates how the extent of coercion into mediation can vary drastically across different programs. It is this paper’s assertion that *mandatory mediation only becomes an oxymoron at level five of the mandatoriness continuum, i.e., when cases are referred for mediation without any provision for exemption and are accompanied by sanctions for non-compliance.* It is submitted that mediation is not necessarily a contradiction in terms in all other types of mandatory mediation programs. (grifo da autora). Ver QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 490.

²⁹⁵ *Idem*, p. 490 – 498.

²⁹⁶ QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 491.

encaminhadas à mediação); não haver o controle excessivo da participação das partes durante o procedimento (controles sobre o comportamento das partes, se mais ou menos colaborativo com a obtenção do acordo, etc.), e, por fim, não haver sanções excessivas em caso de descumprimento (das determinações legais ou dos programas implementados pelos Tribunais).

Assim, de acordo com a análise de Quek Anderson, havendo cuidado para que não haja severas interferências na autonomia das partes (ou seja, se houver equilíbrio), é possível compatibilizar “programas de mediação obrigatória” com a essência da mediação, preservando-se a autonomia das partes.

Por seu turno, De Palo²⁹⁷ também retrata a existência de variados graus de obrigatoriedade entre os programas de mediação obrigatória. Eis um trecho do parecer encaminhado ao Parlamento Europeu com o objetivo de auxiliar no prosseguimento das políticas públicas de estímulo à mediação na União Europeia.

But initially, in order to assess the then-current state of mediation use in the Member States and determine the best way to determine the balance, or lack thereof, in each Member State, the Briefing Note identified the various models of mediation being used in the Member States. *As opposed to the common misconception that mediation is either voluntary or mandatory, four distinct models were considered:*

- 1) *Full Voluntary Mediation*: the parties can engage a mediator to facilitate the resolution of any dispute that they have not been able to settle by themselves. In this case, a mediation legal framework is not even required.
- 2) *Voluntary Mediation with Incentives and Sanctions*: the parties are encouraged to have recourse to mediation, thus fostering the practice. This model requires a mediation law in place. This option, or variations on it, is sometimes referred to as the "opt-in" option.
- 3) *Required Initial Mediation Session*: the parties are required to attend an initial meeting with a mediator, free or at a moderate fee, to establish the suitability of mediation. This model, too, requires a mediation legal framework. This option, or variations on it, is sometimes referred to as the "opt-out" option.
- 4) *Full Mandatory Mediation*: the parties must attend and pay for a full mediation procedure as a prerequisite to going to court. The mandatory aspect applies only to attending the full procedure, while the decision to reach a settlement is always voluntary. (grifou-se).²⁹⁸

²⁹⁷ DE PALO, *op. cit.*, 2018.

²⁹⁸ *Idem.* pp. 06-07.

Assim, De Palo ressalta a necessidade de se superar o conceito equivocado de que a mediação seria ou voluntária ou obrigatória²⁹⁹, haja vista que a realidade das experiências nacionais demonstra a existência de nuances e de uma complexidade maior do que este dualismo simplório.

Neste sentido, pelo que se depreende das análises de Quek Anderson e De Palo, seria necessário e proveitoso superar a visão binária e redutora que atualmente rege a discussão e o tratamento do tema da “mediação obrigatória”.

Além disso, os mesmos autores, dentre outros, revelam que alguns países preveem sanções pelo descumprimento da lei ou das recomendações formuladas pelos Tribunais para que as partes ingressem ou tentem resolver suas controvérsias via mediação. Outros países não preveem este tipo de sanção.³⁰⁰

Coerentemente com este quadro não uniforme das medidas de estímulo, observou-se que, na literatura sobre o tema, as iniciativas governamentais aparecem regidas pelos verbos

²⁹⁹ *Ibidem*. pp. 06-07.

³⁰⁰ As aplicações destas sanções também têm sido interpretadas como parte da expressão do grau de obrigatoriedade da mediação em determinado local ou país. A respeito das sanções, ver QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010., pp. 488 – 491, que enfoca principalmente o contexto dos países de língua inglesa; DE PALO, *op. cit.*, 2018, que enfoca os países da comunidade europeia, com destaque para o caso da Itália, e ROMUALDI, *op. cit.*, 2018., que enfoca o caso italiano, mas comenta pontualmente outros modelos também.

forçar, obrigar³⁰¹, impor³⁰², mas também por formas mais brandas como pressionar³⁰³, ser levado a, induzir, conduzir³⁰⁴, estimular, encorajar, recomendar, sugerir³⁰⁵ e até “cutucar”³⁰⁶.

³⁰¹ Confira-se o uso dos verbos *compel* (*to force someone to do something*), obrigar, e *be forced* (forçar), respectivamente, em QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 480: “The courts’ increasing association with mediation programs begs the question of whether the courts should *compel* disputing parties to attempt mediation, especially in jurisdictions where mediation is not widely utilized.”; em PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n.º 11 (2013). Disponível em: <https://redp.com.br/>. Acesso em 01/06/2017. p. 11: “Pode parecer que exista algum benefício em *obrigar* as partes a ser reunidas e discutir a sua contenda. O melhor resultado poderia ser uma solução mutuamente satisfatória e voluntariamente acordada; o pior resultado seria, por outro lado, as partes não alcançarem êxito num acordo e o problema seguir para um Tribunal, traduzindo-se em descontentamento, custos adicionais e atrasos desnecessários;[...]”; em KUHNER, *op. cit.*, p.524: “Although parties may *be forced* by law to appear at the mediation session, they cannot - at least in theory - *be forced* to reach a resolution.”, dentre vários outros;

³⁰² Confira-se o uso do verbo impor, *impose* (*to officially force a rule, tax, punishment, etc. to be obeyed or received*), em PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, p. 16: “Já com a Resolução 125 do CNJ em vigor, diante das perspectivas de regramento da mediação judicial pelo Novo Código de Processo Civil que se descortina, e ainda, face a necessidade de tratar de questões concernentes à integração entre a adjudicação e as formas autocompositivas, em agosto de 2011, foi apresentado o Projeto de Lei do Senado que tomou o número 517, que trabalha com conceitos mais atuais e adaptados à realidade brasileira. No entanto, a questão mais relevante, a nosso sentir, está na clara opção da Comissão de Juristas pela forma facultativa, e não obrigatória de utilização da mediação. Importante enfatizar esta questão, eis que no passado houve grande controvérsia acerca deste ponto por conta de um dos aspectos mais polêmicos daquela proposta legislativa em 1998: a obrigatoriedade de realização desse procedimento em todos os processos de conhecimento, salvo algumas exceções ditas pelo projeto. Muito embora a ideia de se *impor* a mediação incidental em determinadas hipóteses seja bastante sedutora, pensamos que esta não é a melhor solução, e bem andou o projeto do novo Código de Processo Civil ao resistir aos falsos encantos de tal prática.”.

³⁰³ Confira-se o uso das palavras *compulsion* (*a force that makes you do something*) e *pressure*, em KUHNER, *op. cit.*, p. 541: “p. 541: “In the United States, only mild *pressures* toward settlement are exerted by mediators, but judges may influence the process through their relationship to parties and through the act of referring the case to mediation. If they do not settle in mediation, parties and their lawyers may feel that they are defying or disappointing the judge who assigned them to mediation, and, accordingly, that their odds of prevailing in litigation decline.”

³⁰⁴ Confira-se o uso da locução verbal *be led to* que traduz a ideia de levar, induzir, conduzir, em QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, p. 492: “Winston described the peculiar problem in mandatory mediation that the horse may *be led to* the water (i.e. ordered to participate in mediation) but cannot be forced to drink”. Nesta passagem, QUEK ANDERSON se refere ao trabalho de WINSTON, David S., *Participation Standards in Mandatory Mediation Statutes: “You Can Lead a Horse to Water. . .”, 11 Ohio St. J. On Disp. Resol. 187, 190–92 (1996)*. (ver p.193 deste). Confira-se o uso do verbo *persuade*, que pode ser traduzido como induzir, no mesmo trabalho de QUEK ANDERSON, *idem*, 2010, p. 501: “the U.K. Automatic Referral Program is illustrative of how a court-mandated mediation program may fail to reach its goal when the level of mandatoriness is set at too low a level.[...] Where one or more parties objected, a District Judge would review the case and convene a case conference to *persuade* the parties to attempt mediation. The ease of opting out of the mandatory mediation scheme resulted in a high rate of objections and the parties and attorneys often did not take the program seriously.”.

³⁰⁵ Confira-se o uso do verbo estimular, na redação do artigo 165 do CPC, ao dispor que “os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e *estimular* a autocomposição.” (grifou-se). Acredita-se que, no que afeta às políticas de implementação da mediação, o verbo estimular seja realmente o considerado mais adequado, haja vista que, mesmo que as partes, ao chegarem com suas demandas aos Tribunais, sejam levadas ao encontro da mediação, a possibilidade de nela não permanecer é uma constante em todos os modelos, de acordo com os autores pesquisados até então. Confira-se também o uso do verbo *encorajar*, em: DE PALO, *op. cit.*, 2018, p.08: “The findings of the Rebooting Study showed that, in the absence of public policy measures to strongly encourage or require parties to at least attempt mediation, low numbers of mediations will result.”. Os verbos recomendar e sugerir também aparecem em alguns textos.

Assim, diante desta exposição, sustenta-se que se houve um destaque desmesurado à ideia e aos efeitos da “mediação obrigatória”, mantendo-se na sombra uma realidade que agora se pretende tornar mais visível: a existência de variados graus de obrigatoriedade entre os diversos modelos.

Outra constatação foi a de que os programas que podem ser efetivamente considerados de mediação obrigatória (nível 5 ou de obrigatoriedade intensa) representam raras exceções entre as experiências dos países / estados que promoveram reformas no sistema de justiça no sentido de promover melhorias no acesso.

Ademais, acredita-se ter contribuído para desmistificar a ideia de que, uma vez incidindo, a obrigatoriedade seria total, ou tratada como o extremo oposto à plena liberdade e autodeterminação das partes, ou, ainda, como sempre se traduzindo em medidas extremamente gravosas à autonomia das partes. De modo contrário, verificou-se que na maioria dos sistemas, quando há algum tipo de obrigatoriedade, esta é tão branda que chega a se tornar inapropriado o uso desta palavra.

Adicionalmente, vale lembrar que as medidas de estímulo à mediação implementada pela maioria dos países decorreram de leis aprovadas segundo os critérios de representatividade democrática adotados em cada país (considerando que estamos tratando de pelo menos três democracias neste capítulo). Diante disso, parece importante questionar o que levou (e ainda leva) alguns setores da sociedade a perceberem tais medidas como impositivas, ainda que estas tenham sido aprovadas por meio de processo legislativo regular.

Duas possíveis respostas são: a) o processo de aprovação das medidas teve a sua legalidade ou legitimidade democrática questionada, tal como ocorreu na Itália³⁰⁷, ou b) houve reações sociais difusas (generalizadas na sociedade) ou mesmo pontuais (a partir de alguns setores sociais), que se mostraram resistentes às mudanças legislativas, o que se verificou também no caso italiano.³⁰⁸

³⁰⁶ Confira-se o uso do verbo *nudge* (*to gently push someone or something*), em português, dar uma cutucada ou cutucar, em DE PALO, *op. cit.*, 2018, p. 11. "Furthermore, the idea of "*nudging*" people to mediate more, by virtue of various mechanisms, and primarily via an opt-out mechanism, is not at all new in the alternative dispute resolution field.[...]". A ideia de “nudging” aparece em outras passagens e em referências feitas pelo autor no mesmo texto.

³⁰⁷ Ver ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 55 e, ainda, PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, pp. 10-12.

³⁰⁸ Ver ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 57.

Sejam quais forem os caminhos tomados pelos debates, é importante que tais fatores sejam sempre levados em consideração.

Pois bem. Ao estudar autores de diferentes países e consultarem-se as referências diretas às experiências de reforma aqui objeto de análise, percebeu-se que apareceram alguns tipos de argumentos:

Quanto à frequência: a) argumentos que se relacionavam a uma experiência histórica específica; e b) argumentos que se demonstraram mais recorrentes, isto é, que apareceram de forma repetida ao longo da pesquisa entre autores que falavam das diversas experiências nacionais, estaduais ou locais onde foram implementados “programas de mediação obrigatória”;

Quanto ao posicionamento: c) argumentos contrários ou críticos da mediação obrigatória; d) argumentos neutros, e e) argumentos favoráveis ou apoiadores³⁰⁹ daquela.

Os argumentos neutros, foram assim identificados, pois pareceram empreender mais um esforço descritivo-analítico (do que propriamente adotar uma posição ante a “mediação obrigatória”), para depois marcar as diferenças entre os modelos investigados, apresentando resultados fundamentados em pesquisas empíricas e, eventualmente, formulando sugestões moderadas ao final de seus trabalhos.

O cenário é sem dúvidas ainda bastante controverso.

Contudo, de modo a contribuir com a compreensão do debate, optou-se por expor, inicialmente, as críticas mais recorrentes às medidas governamentais de estímulo à mediação, e, em segundo lugar, as respostas ou refutações a estas críticas, provenientes dos apoiadores

³⁰⁹ Dentre os apoiadores e entusiastas da “mediação obrigatória”, podemos citar, no Brasil, Thiago Rodovalho (ver: PEIXOTO, Ravi. Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015. In.: **Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos**. ZANETI Jr., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 136), e na Grécia e em âmbito internacional, Petros Zourdoumis, mediador e fundador da ODReurope (ver: "Who is opposing the Italian “opt-out” model in mediation and why?", notícia publicada em 30.01.2016, no site da ODReurope, autointitulada uma das principais entidades de ODR na Europa. <http://www.odreurope.com/news/articles/mediation/1202-who-is-opposing-the-italian-opt-out-model-in-meditation-and-why>). De acordo com o National Center for Technology and Dispute Resolution, Petros Zourdoumis é membro atuante da ODR Global Community, sendo atualmente Conselheiro dos Membros das Comissões Legislativas Parlamentares; Conselheiro Especial do Governo Local, nomeado Perito em Mediação no Tribunal de Primeira Instância, e Presidente da Associação dos Mediadores Gregos. Ver: <http://odr.info/petros-zourdoumis/>. Acesso em 15.06.2019.

destas medidas ou dos que fizeram comentários neutros a partir de um esforço descritivo-analítico.³¹⁰

As críticas mais recorrentes às medidas governamentais de estímulo à mediação foram as seguintes:

- a) a mediação obrigatória é incompatível ou contradiz a própria essência do procedimento mediativo³¹¹; a obrigatoriedade pode tornar a mediação ineficaz, já que interferiria diretamente no exercício da autonomia das partes, que deveria ser preservado para o bem do sucesso da mediação, isto é, para o alcance dos seus propósitos³¹², qual seja, o de as partes firmarem acordos ou restabelecerem o diálogo. Subentende-se nestes argumentos que, por tais motivos, todo o procedimento deveria ocorrer livre de quaisquer pressões provocadas pela lei ou por políticas estatais³¹³;

³¹⁰ Os argumentos que se relacionavam a uma experiência histórica específica foram descartados ou oportunamente comentados em nota de rodapé, ressaltando-se que esta foi apenas uma opção metodológica de exposição do debate, já que se procurou focar nos argumentos recorrentes dentre os autores que tratam do tema e lidos até o momento. Como exceção a esta opção metodológica, no final deste capítulo, decidiu-se trazer a opinião divergente de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto para o corpo do texto, dada a sua relevância para o debate acerca da aplicação da multa do §8º do artigo 334 do CPC.

³¹¹ Ver ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 57: “The key to a successful mediation lies in it being a voluntary proceeding, where parties have autonomy in the resolution of their dispute and there is the possibility to terminate it at any time. For this reason, mandatory mediation is incompatible with the very nature of the mediation process, and it affects the proceeding’s ability to achieve its specific purpose.”.

³¹² Veja-se TARTUCE, *op. cit.*, 2018, pp. 314- 315. “Há dúvidas quanto à eficácia da mediação compulsória: havendo obrigatoriedade, as partes não têm motivação suficiente para chegar a uma solução negociada, sendo a fase consensual apenas mais uma etapa a ser superada; por outro lado, a partir do momento em que há voluntariedade, as partes acham a mediação atrativa, por poderem controlar o procedimento e assumir a responsabilidade pessoal de resolver os próprios problemas.”.

³¹³ Cf. TARTUCE, *op. cit.*, 2018, p. 315: “A voluntariedade é nota essencial da mediação, já que conversações só podem ocorrer com a aceitação expressa dos participantes; eles devem escolher o caminho, aderindo com disposição à mediação do início ao fim do procedimento”. No mesmo sentido, PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, p. 08: “Na mediação procura-se fortalecer aqueles que são menos poderosos através de um balanceamento de poder, escuta mais ativa, gerando opções, criação de consciência sobre a disputa, negociação de soluções, retirando-se a máscara de demônio ou vítima criada pelo outro, permitindo que cada lado escolha a melhor alternativa para uma solução negociada, chegando enfim, a um consenso. Todo esse processo tem como essência ser voluntário, respeitando a autonomia da vontade das partes, admitindo-se até que seja incentivada a prática mediativa por um juiz, mas é descabida qualquer pretensão de torná-la obrigatória, prévia ou incidentalmente à demanda judicial.”; p. 17: “A mediação, por sua vez, impregnada pela função social que se exige dos institutos jurídicos, respalda o intento de acesso à justiça, e vem ocupando um lugar de destaque nos ordenamentos jurídicos. A par dessa evolução, não podemos concordar com a ideia de uma mediação obrigatória. É da essência desse procedimento a voluntariedade. Essa característica não pode ser jamais comprometida, mesmo que sob o argumento de que se trata de uma forma de educar o povo e implementar uma nova forma de política pública.”.

- b) a política estatal de estímulo à mediação está mais voltada para resolver os problemas de gestão dos Tribunais³¹⁴ do que para ajudar a resolver os problemas das partes relacionados ao acesso a uma justiça efetiva³¹⁵;
- c) como resultado dos itens acima, ficam negativamente afetadas a essência e a vocação do instituto, o que pode levar ao descrédito³¹⁶ de um método que tem enorme potencial para beneficiar as partes em conflito, e
- d) as medidas provocam efeitos processuais, gerando problemas ainda não efetivamente sanados ou pacificados, especialmente no início do procedimento³¹⁷; em consequência, as medidas podem gerar dispêndios desnecessários de energia³¹⁸,

³¹⁴ Confira-se o que registra KUHNER sobre a relação entre o uso da mediação e a redução do contingente de processos pendentes na Argentina e nos Estados Unidos. KUHNER, Timothy K. Court-Connected Mediation Compared: The Case Of Argentina And The United States. *ILSA Journal*. Vol. 11. Iss. 3 (2005)., p. 536: "With regard to preventing the supposedly impending collapse of the judicial system in Argentina, mediation proved capable of resolving roughly 40,000 cases and diverting even more that would otherwise have gone to court. Therefore, mediation did save some time for the courts and reduce the backlog that they are rumored to suffer. The same is evidently true for the United States districts since they have ad hoc control over their referral power. If they begin to experience backlog, they need only refer more cases to mediation. The mechanism is entirely self-regulating and discretionary." Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=ilsajournal>. Acesso em: 17.06.2019.

³¹⁵ PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, p. 07: "a forma como a mediação vem sendo introduzida em alguns ordenamentos desfigura o instituto e tem a finalidade de servir a propósitos meramente estatísticos, e que estão longe de atender às necessidades do cidadão".

³¹⁶ Referindo-se à ideia de se implementar a mediação como uma instância prévia e obrigatória, PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, p. 18, em crítica, se manifestam: "Por isso a importância de um reexame desta expressão a fim de que, sob o pretexto de garantir o acesso à justiça, a mediação não seja reduzida a mera oferta generalizada e incondicionada de um serviço, assim como tem ocorrido com a jurisdição. Corre-se o risco de criar um mercado de verdadeiros 'resolvedores de conflitos' e não mediadores, para atender a demanda que irá se formar.", dando a entender que, implementado daquela forma, o método se banalizaria.

³¹⁷ Sobre o assunto, ver a análise de: MENDES, Aluisio G. C.; HARTMANN, Guilherme K. A Audiência de Conciliação ou Mediação do Novo Código de Processo Civil. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Jus Podivm, 2017. (pp. 110-124). (Grandes Temas do Novo CPC).

³¹⁸ MENDES e HARTMANN, *op. cit.*, 2017, p. 119: "[...] um certo exemplo em que a audiência desperdiçará energia processual se dará quando o demandante afirmar na inicial a opção pelo ato conciliatório, mas o réu pretenda alegar ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado (art. 339, NCPC), o que não inibirá a realização da mesma. O problema é que o legislador tratou da alegação desta questão processual na contestação (arts. 337, XI; e 338, NCPC), o que se dá, em tese, após a realização da famigerada audiência. Convém que se dê uma exegese diversa, *in casu*, para que tal alegação prévia sirva para suspender a realização da audiência, em analogia do que se tem quanto à arguição de incompetência territorial (art. 340, parágrafo 3º, NCPC).".

tempo³¹⁹, dinheiro³²⁰, podendo levar maior tensão às partes já no começo do processo.

Como respostas mais frequentes a estas críticas, foram encontradas na literatura as seguintes respostas ou refutações:

- a) existem entre os países vários tipos de medidas de estímulo à mediação, dentre as quais, a maioria são medidas de intervenção branda; apenas as medidas de intervenção mais intensas podem ensejar a ideia de obrigatoriedade;³²¹
- b) tais constatações foram feitas com base em pesquisas empíricas, comparando-se os diferentes tipos de medidas adotadas pelos países, a partir do que se constatou a existência de diferentes graus de facultatividade / obrigatoriedade entre as medidas;³²²
- c) observou-se na literatura especializada o recurso à metodologia pela qual classificam-se as medidas segundo as suas similaridades e se as dispõe em um *continuum* de graus de obrigatoriedade, como instrumento de análise dos diferentes modelos e como ferramenta de auxílio a estudos de viabilidade e/ou de adequação das políticas públicas a serem implementadas ou aprimoradas;³²³
- d) observou-se que o número e as espécies de facultades conferidas às partes são muito maiores do que as medidas pontuais de estímulo à mediação colocadas pelas leis e

³¹⁹ ANDRADE, Juliana L. Magistratura & Mediação. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Jus Podivm, 2017.** (Grandes Temas do Novo CPC). (pp. 215 – 223). "Pode parecer contraditório, mas um dos receios comuns que algumas partes e advogados resistentes podem ter é justamente o atraso do processo em razão da tentativa de mediação, o que poderia significar uma perda de tempo.", pp. 219-220.

³²⁰ Mencionam-se normalmente gastos com o deslocamento das partes e advogados para o comparecimento à audiência inicial prevista no artigo 334 do CPC, o que, além de gastos vistos como desnecessários, provocaria desconforto às partes que não têm qualquer interesse na autocomposição. Por outro lado, como lembraram, MENDES e HARTMANN, *op. cit.*, 2017, p.124, o CPC previu "a possibilidade de realização da audiência de conciliação ou de mediação por meio eletrônico (art. 334, parágrafo 7º, NCPC), em referência ao ato praticado por videoconferência, cujo recurso tecnológico tem apoio na legislação do processo eletrônico (Lei nº 11.419/2006)". Assim, tal situação poderia ser amenizada, ao evitar o deslocamento da parte que resida em local distante de onde tramita o processo judicial.

³²¹ Confirma-se QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, pp. 491-492., ao constatar em seu estudo que a maioria dos "programas de mediação obrigatória" preveem ou nenhuma ou apenas sanções brandas.

³²² Confirmam-se o trabalho de QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, e, ainda, os estudos neste referidos.

³²³ Confirmam-se os trabalhos de QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010 e de DE PALO, *op. cit.*, 2018.

políticas públicas, se olhado todo o procedimento; e, quando há, se situam mais frequentemente na fase de pré-mediação ou na sua fase inicial;³²⁴

- e) a opção de deixar a mediação sem sofrer sanções é mais frequente do que a imposição de punições pelo mesmo motivo³²⁵;
- f) nos modelos considerados efetivamente de mediação obrigatória, onde há sanções mais graves, ainda nestes, as partes podem se retirar do procedimento,³²⁶ caso identifiquem a sua ineficácia para o deslinde da controvérsia;
- g) as reações às medidas variam bastante de sociedade para sociedade, o que normalmente está relacionado à cultura local, às tradições jurídicas, o grau de coesão da classe advocatícia, o grau de apego à tradição pelos julgadores, a maior ou menor aceitação social da figura ainda desconhecida do mediador e do seu papel;³²⁷

³²⁴ Conforme afirma Juan Carlos Vezzulla, “mesmo nos sistemas jurídicos nos quais se exige passar por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para a apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão: nesta, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem.” VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais**. Lisboa: Agora, 2001., p. 89, *apud* TARTUCE, *op. cit.*, 2018. p.315. Além disso, há estudos empíricos, cujos resultados indicam não ter ficado comprovado o nexo entre a coerção no ingresso e a coerção dentro ou na saída da mediação. Veja-se o trabalho de QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010.

³²⁵ O que se infere do fato de que a maioria dos “programas de mediação obrigatória” preveem ou nenhuma ou brandas sanções. Conforme exposto por QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010 e por DE PALO, *op. cit.*, 2018, há uma gradação de obrigatoriedade entre os diferentes programas. Quek Anderson verificou que raras são as hipóteses que se enquadram no nível 5, isto é, no nível mais severo. Ou seja, a contrário sensu, a maioria dos programas por ela pesquisados gravitam entre os níveis 1 a 4, cujas intervenções são brandas, não sendo aptas a violar a autonomia das partes. Um dos poucos casos em que se pode identificar sanções pelo descumprimento da designação à mediação é o caso italiano, em que o “réu”, caso recuse a participação no procedimento, pode vir a sofrer sanções futuramente no Tribunal. Sobre o assunto, ver: ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 55: “If the ‘defendant’ does not accept to participate to mediation, he or she may receive sanctions later in court”, e DE PALO, *op. cit.*, 2018, pp. 05-06.

³²⁶ Veja-se, como mencionado em nota anterior, por exemplo, o caso da Itália, em que as partes são obrigadas a comparecer a uma primeira reunião, mas têm a liberdade de recusar o ingresso efetivo no procedimento. Conforme registra ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 55: “In this phase, the mediator explains the aim and the few rules of the proceeding to the parties and their lawyers, in order to evaluate together whether to solve the dispute through mediation or not.”. Contudo, destaca DE PALO, *op. cit.*, 2018, que, neste caso, as partes terão apenas que pagar uma taxa nominal. “Under the new law, parties must participate at the first meeting with the mediator; if not, they can both face certain sanctions. However, at the first meeting, anybody can decide to stop mediation immediately, by paying only a nominal fee (from 40 to 80 Euros).”. Ou seja, nem nos modelos considerados de “mediação obrigatória”, a obrigatoriedade é total, irrefreável, como se parece afirmar.

³²⁷ Ver ROMUALDI, *op. cit.*, 2018, p. 57. “The limited success achieved in Italy by mandatory mediation can be explained by a few critical issues: the essence of mediation, the negative reaction of legal professionals and cultural resistance in the population.” A resistência parte de operadores do direito, como advogados (“Despite the fact that lawyers are mediators by law (Article 16), and despite the fact that they must advise their clients when mediation is voluntary or mandatory for their case and about the advantages of the proceeding (Article 4), lawyers are traditionally hostile to mediation. Lawyers are both worried about losing their role in the society and their work before the courts due to mediation (however statistics show that parties were assisted by lawyers in 80% of mediations)”; juizes (“judges are also skeptical of mediation, and their position still remains ambivalent. Some Italian courts have launched and promoted pilot projects on mediation, which have enjoyed success locally, but many judges still have reservations about the procedure”).

- h) as reações às medidas podem variar consideravelmente a depender da preparação social para as mudanças legislativas ou de políticas públicas; exemplo desta variação pode ser visto nas diferentes reações havidas na Itália³²⁸ e na Argentina, onde determinadas categorias de litígios são obrigatoriamente encaminhados à mediação, contudo, no caso argentino a aceitação da mudança foi melhor, pois teria havido um trabalho conscientização social anterior³²⁹.
- i) a mediação traz benefícios para as partes envolvidas, sendo esta a prioridade em se implementar programas de mediação junto aos tribunais; se, com isto, ocorre a redução do contingente de processos pendentes de julgamento, esta é uma decorrência daqueles programas, e não o seu objetivo.³³⁰

Assim, expostas as críticas mais recorrentes à implementação de programas de mediação obrigatória e as suas respostas, refutações e relativizações, a partir de especialistas no tema e, ainda, com base em pesquisas empíricas, alguns comentários se tornam válidos.

Uma observação que se reputa necessária é quanto ao excesso de valorização e à apropriação aparentemente inadequada do termo “mediação obrigatória”, que leva à ideia equivocada de que toda e qualquer medida de estímulo ao uso do método representa uma obrigatoriedade fechada, uma coerção irresistível imposta pelo Estado sobre as partes, forçando-as a se submeterem à mediação contra a própria vontade.

Há que se ter cautela com este tipo apropriação da língua, já que a literatura especializada no tema, isto é, seus pesquisadores, provavelmente conhecem e reconhecem a existência de uma multiplicidade de medidas governamentais, e que nem todas se traduzem na

³²⁸ *Idem.*

³²⁹ PINHO e PAUMGARTTEN, *op. cit.*, 2014, p. 16: “[...]a Argentina foi um dos países que promulgou um ordenamento estabelecendo claramente o caráter obrigatório da mediação prévia a processos judiciais, como requisito de admissibilidade da demanda. O que a nosso ver torna esse sistema diferenciado dos demais, é que durante cerca de dez anos previamente à publicação da lei, o tema da mediação esteve na pauta de discussão de toda sociedade; foi inserido no contexto da educação jurídica, teve propagação nas escolas, universidades e na mídia, atingindo não só a formação do profissional da área jurídica, mas também, estruturou a formação social do cidadão argentino. Provocou uma adesão social à prática antes mesmo de qualquer ordem imposta, confirmando a premissa de que a informação e a educação são as reais propulsoras da prática mediativa”.

³³⁰ Neste sentido, MUNIZ e SILVA, *op. cit.*, 2018, p. 295. “Essa, portanto, a premissa a ser seguida quando se pensa na estrutura dos mecanismos alternativos de solução de conflitos dentro de um sistema judicial: a busca pela solução adequada a partir da natureza do conflito e levando em conta a característica especial das partes envolvidas. Reduzir o número de processos é uma consequência espontânea dessa prática.”.

propagada obrigatoriedade. Aliás, a maioria das experiências nacionais, como demonstram alguns estudos, não podem ser tidas como exemplos de “mediação obrigatória”.³³¹

Diante desta constatação (e de que existem variados graus de obrigatoriedade e de que os modelos de obrigatoriedade intensa são os mais raros), entende-se temerária a interpretação que associa diretamente a implementação da mediação à ideia de obrigatoriedade e de violação da autonomia das partes, assim como a adoção da visão dualista, que coloca em contradição os extremos da obrigatoriedade e da voluntariedade. Acredita-se que tal interpretação mais dificulta do que contribui para a implementação ou aprimoramento dos programas de mediação ofertados a partir de dentro dos Tribunais à sociedade.

4.3. A controvérsia acerca da “mediação obrigatória” no Brasil

A fim de tratar da controvérsia acerca da mediação obrigatória no Brasil, vale retomar o primeiro argumento de crítica exposto anteriormente, ou seja, o argumento genérico pelo qual se afirma que *as medidas tornam a mediação obrigatória, e isto interfere diretamente no exercício da autonomia pelas partes, o que contradiz a própria essência do procedimento e compromete o resultado da mediação.*

³³¹ Isto é, no sentido de uma obrigatoriedade fechada ou total, como o termo dá a entender se utilizado de forma isolada e sem maiores detalhamentos ou explicações. Na verdade, a mediação obrigatória em si, não existe. O que existe são os raros casos de obrigatoriedade mais intensa, que pode vir a afetar a autonomia das partes no curso da mediação. Contudo, frise-se, estes são casos excepcionais. Ver QUEK ANDERSON, *op. cit.*, 2010, pp. 490-491, em que conclui que apenas no nível 5 é que a mediação obrigatória se torna um “oximoro” (na medida em que poderia afetar a autonomia das partes de forma mais intensa, devido ao seu maior potencial de coerção sobre as partes no interior do procedimento de mediação). Além disso, conforme afirma Juan Carlos Vezzulla, “mesmo nos sistemas jurídicos nos quais se exige passar por uma sessão de mediação (ou pré-mediação), como requisito para a apreciação da demanda, a obrigatoriedade não ultrapassa a primeira sessão: nesta, as partes podem manifestar sua negativa em iniciar a mediação ou optar por interrompê-la sempre que desejarem.” VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática. Guia para utilizadores e profissionais.** Lisboa: Agora, 2001., p. 89, *apud* TARTUCE, *op. cit.*, 2018. p.315.

4.3.1. A medida de estímulo à mediação judicial adotada no Brasil: a audiência do artigo 334 do CPC

No caso brasileiro, a medida governamental de estímulo à mediação judicial adotada foi a previsão, pelo CPC (artigo 334), da audiência preambular obrigatória. Vejamos como ela acontece.

No Brasil, alguns tribunais já oferecem a opção de as partes realizarem uma mediação pré-processual³³², ou seja, sem que precisem ajuizar uma ação judicial para terem acesso ao procedimento de mediação (a ser realizado pelos CEJUSC's).

Dispõe a lei processual (artigo 334, CPC) que, proposta a ação, e, verificado o preenchimento dos requisitos essenciais da petição inicial, e, sendo admissível a autocomposição quanto às questões objeto da lide (artigo 334, §4º, II, CPC), e, ainda, apreciada eventual tutela de urgência ou de evidência, e, finalmente, feita uma *triagem* a fim de determinar o método mais adequado, caso a parte autora não tenha proposto nenhum mecanismo específico, o juiz *designará a data* da audiência preambular de mediação, se este for o caso³³³.

Caso o autor deseje, poderá manifestar, desde a petição inicial, o seu *interesse* na tentativa de autocomposição – o que, neste caso, já seria o procedimento adotado pelo Judiciário de qualquer maneira, haja vista as novas disposições da lei processual, de que se deve tentar levar às partes a dialogarem, a cooperarem entre si na resolução de suas controvérsias.

Por outro lado, caso o autor deseje manifestar desde o início o seu *desinteresse* na autocomposição, ainda assim o juiz designará a audiência de tentativa de autocomposição. Conforme observam Almeida e Pantoja,

“vale notar que a manifestação previa, pelo autor, de desinteresse na tentativa de autocomposição não impede que seja fixada a data da sessão de mediação, quando o juiz considerar que as particularidades do litígio sugerem o emprego de tal método.”³³⁴

³³² Como é o caso do TJRJ, veja-se: <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/institucional/mediacao/pre-processual>, e do TRT da 15ª Região (Campinas- SP), que oferece a Mediação Pré-processual em Conflitos Coletivos, veja-se: <https://portal.trt15.jus.br/mediacao-pre-processual-em-conflitos-coletivos>.

³³³ Isto é, se não for o caso de tentativa de conciliação.

³³⁴ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de Mediação no Novo Código de Processo Civil. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. **A Mediação no Novo Código de Processo Civil**. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2016. p. 147.

E complementam os autores,

“isso porque, para *afastar a sua realização*, é preciso que também o réu, em petição apresentada com antecedência mínima de 10 dias da data designada, expresse a sua falta de vontade em submeter-se ao procedimento (artigo 334, §4º, I, CPC). Em outras palavras, a demonstração unilateral de desinteresse não exime a parte da obrigação de comparecer à primeira sessão de mediação”.³³⁵

Assim, a audiência só não seria realizada, caso ambos, autor e réu, demonstrassem o desinteresse na tentativa de autocomposição.

Após verificada a petição inicial, e designada a audiência de tentativa de autocomposição, o juiz mandará citar o réu para comparecer ao ato.

A controvérsia sobre a mediação obrigatória no Brasil gira em torno do comando do artigo 334 do CPC, pelo qual o juiz designará data para audiência de tentativa de autocomposição, independentemente de eventual manifestação prévia de desinteresse na autocomposição pelo autor (ou mesmo pelo réu, que poderia fazê-lo posteriormente à citação, mas antes da realização da audiência).

Tal medida, de fato, força às partes a comparecerem a uma primeira audiência, de modo que possam tentar uma saída consensuada para o conflito, ainda que cada uma delas, isoladamente, manifeste seu desinteresse na autocomposição.

Contudo, o fato de qualquer das partes demonstrar o seu desinteresse na mediação, mas ainda assim a audiência ser designada, impelindo-as a comparecer, não as obriga a aderir ao método autocompositivo, ou a firmar acordos naquele ato.

E, caso venham a aderir ao procedimento, não ficam sequer obrigadas a nele prosseguir. Mesmo porque, dispõe expressamente o §2º do artigo 2º da Lei nº 13.140/2015 que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”, o que significa dizer que este pode ser deixado de lado a qualquer momento, caso as partes não desejem nele prosseguir, ou caso se verifique a sua ineficácia para o deslinde da controvérsia.

³³⁵ *Idem*, p. 147-148.

4.3.2. O sentido da multa do parágrafo 8º do artigo 334 do CPC

Inicialmente, importa retomar o texto do *caput* do artigo 334 do CPC e de seu parágrafo 8º:

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.

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa de até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. (grifou-se).

Dentre os autores que discutem o sentido da multa do §8º do artigo 334 do CPC, muitos entendem ou tratam da expressão "audiência de conciliação" presente em sua redação como se referindo a ambas: "audiência de mediação ou conciliação".³³⁶

Grinover, ao analisar especificamente a redação do §8º do artigo 334 do CPC, o que faz visivelmente sob um olhar sistemático, afirma que esta é:

Mais uma regra que incentiva a autocomposição, prevendo sanções para o não comparecimento injustificado do autor e do réu à audiência de mediação/conciliação (é evidente a irrelevância da omissão à palavra "mediação" no dispositivo).³³⁷

A jurista complementa, elucidando a questão da obrigatoriedade, e lembrando da possibilidade de as partes se fazerem representar por seus procuradores na referida audiência:

A autocomposição não é obrigatória, dependendo exclusivamente da vontade das partes, mas o é a tentativa, nas condições supra indicadas. No entanto, nos termos do §10, autor e réu podem fazer-se representar por procurador com mandato específico, contendo os poderes para negociar e transigir.³³⁸

³³⁶ Neste sentido, GRINOVER, *op. cit.*, 2016, p.19., e ALMEIDA e PANTOJA, *op. cit.*, 2016, p. 148., dentre outros.

³³⁷ Neste sentido, GRINOVER, *op. cit.*, 2016, p.19.

³³⁸ *Idem*, p. 19.

Almeida e Pantoja lembram que a demonstração unilateral de desinteresse não exime a parte da obrigação de comparecer à primeira sessão de mediação, e ressaltam que

em caso de não comparecimento injustificado, o autor ou o réu que faltou à sessão será multado por ato atentatório à dignidade da jurisdição, em montante equivalente a até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, a ser revertido em favor da União ou do Estado (artigo 334, §8º, do CPC).³³⁹

De acordo com Almeida e Pantoja, que também se valem da interpretação sistemática da legislação, “essa norma é aplicável tanto aos casos de conciliação quanto de mediação, embora o legislador, por um evidente descuido, tenha deixado de referir-se expressamente à mediação”³⁴⁰

Assim, na interpretação destes autores³⁴¹, a ausência de menção à mediação na redação do §8º do artigo 334 do CPC, se deveu ao mero descuido ou imprecisão na escolha vocabular por parte do legislador ao redigir o texto, devendo-se fazer uma interpretação sistemática do dispositivo, que envolva o *caput* e o referido parágrafo.

Uma outra interpretação que se sugere seria a de que, uma vez que o *caput* do artigo 334 do CPC já havia previsto a designação da audiência de mediação ou conciliação, os seus parágrafos deveriam ser interpretados conforme o *caput*, de forma sistemática. E que, além disto, a expressão audiência de conciliação no §8º do artigo 334 do CPC estaria se referindo às duas formas de conciliação³⁴² mencionadas no *caput*, isto é, à conciliação e à mediação, e, neste

³³⁹ ALMEIDA e PANTOJA, *op. cit.*, 2016, p. 148.

³⁴⁰ *Idem*, 2016, p. 148. Os autores lembram que Eduardo Cambi segue a mesma linha de interpretação, indicando em nota o trabalho deste autor: CAMBI, Eduardo. Audiência de conciliação e mediação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Coord.) **Breves Comentários ao novo Código de Processo Civil**. São Paulo: RT, 2015, p.886. Vale registrar, adicionalmente, que, na interpretação de Almeida e Pantoja, (*Idem*, 2016, p.148), ao adotar este formato, o legislador brasileiro teria instituído um “sistema de semicompulsoriedade de submissão à mediação, eis que apenas a rejeição de ambas as partes as desobriga de se apresentarem perante o mediador”.

³⁴¹ GRINOVER, *op. cit.*, 2016, p.19., e ALMEIDA e PANTOJA, *op. cit.*, 2016, p. 148.

³⁴² Nesta esteira, vale verificar os significados do vocábulo *conciliação*, apresentados em dicionário da língua portuguesa: “*Conciliação* Ação ou efeito de conciliar; ação ou efeito de agir de maneira pacificadora com, reconciliação; ação ou efeito de fazer com que alguém (que esteja em desacordo com outra pessoa) entre em acordo com; harmonizar ou harmonizar-se. [Jurídico] Acordo feito entre as partes que estão num litígio. Ação ou efeito de combinar e/ou harmonizar coisas (pessoas, textos, ideologias etc.) que se opõem ou se apresentam de maneira distinta e incompatível.” O dicionário também apresenta alguns “Sinônimos de Conciliação: entendimento, concordância, acordo, conformidade, harmonia, concórdia, congraçamento, consonância, reconciliação”. Ver: <https://www.dicio.com.br/conciliacao/>. Acesso em 20.06.2019.

Também adota esta interpretação de que conciliação pode se referir semanticamente aos métodos autocompositivos, Teresa Arruda Wambier, o que se depreende de sua declaração de que "hoje se utilizam os termos mediação e conciliação como significantes de processos que levam à realização do acordo. (...) Ao juiz remanesce o poder/dever de tentar a conciliação, tal como tradicionalmente concebida.". Veja-se em WAMBIER,

sentido, não haveria contradição entre o *caput* e o §8º do artigo 334 do CPC. Logo, não se deveria entender pela isenção à multa para aquele que se ausentasse injustificadamente à audiência de mediação.

4.3.3. A opinião divergente de Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto

Contudo, verificou-se uma opinião divergente. Fabiana Marion Spengler e Theobaldo Spengler Neto³⁴³ entendem que a multa prevista no §8º do artigo 334 do CPC não deveria alcançar a mediação, isto é, não se aplicaria à hipótese de não comparecimento das partes à audiência de mediação designada pelo juiz, por força do *caput* do artigo 334 do CPC.

Retomando a redação do §8º do artigo 334 do CPC, argumentam: “de plano se lê que o artigo trata exclusivamente da audiência de conciliação, apenas. Não inclui a sessão de mediação, o que exclui a possibilidade de aplicação da multa, porque ausente imposição legal.”³⁴⁴.

E complementam, lembrando da previsão constitucional, segundo a qual “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (inciso II, do art. 5º, da CF)”³⁴⁵, para defender a impossibilidade da aplicação daquela multa pelo não comparecimento à audiência de mediação, na medida em que não haveria previsão legal para tanto.

Sustentam, ainda, que haveria um sentido na ausência da menção à mediação neste parágrafo 8º, o que estaria em harmonia com a proposta de autocomposição, que somente ocorreria quando as partes estivessem prontas a ouvir e a serem ouvidas. E concluem que

esse desprendimento somente ocorrerá quando a participação não for imposta, em especial para fins de realização de sessões de mediação. Exatamente nessa linha de interpretação é que o parágrafo oitavo do art. 334, do CPC, omitiu a mediação da pena de multa (mantendo apenas a conciliação no seu texto). Porque somente será eficaz a

Teresa A. A., et al. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil – artigo por artigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. *apud* SPENGLER, Fabiana Marion. e NETO, Theobaldo Spengler. A audiência de conciliação e de mediação do artigo 334 do CPC: questões controvertidas no código de processo civil de 2015 – CPC. *Revista Juris Poiesis*, Vol. 20 - n° 24, Rio de Janeiro 2017. (pp. 41 - 63), p.61. Artigo disponibilizado em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/4468/2053>. Acesso em 08.06.2019.

³⁴³ Neste sentido, SPENGLER e NETO, *op. cit.*, 2017. Conforme anotam os autores, o artigo teve como objetivo específico "analisar a aplicabilidade da penalização (artigo 334, parágrafo 8º, do CPC) às partes que não comparecerem à sessão de mediação designada e a caracterização de ato atentatório à dignidade da justiça, na medida em que não referida expressamente no texto legal". *Idem*, 2017, p.01.

³⁴⁴ *Idem*, p.59.

³⁴⁵ *Ibidem*, p.59.

mediação com espontaneidade, com liberdade, com a participação das partes (e não de procuradores) e de mediadores capacitados para tal.³⁴⁶

Assim, na interpretação dos autores, teria havido uma omissão proposital do legislador, ao deixar de incluir a palavra mediação naquele parágrafo. A intenção teria sido realmente excluir a mediação da previsão de punição pelo não comparecimento, justamente pelo fato de se tratar de método que depende da plena consciência e vontade das partes em participar o procedimento. Ademais, em sua visão, “o simples fato de impor o comparecimento sob pena de multa acarreta na quebra de um dos aspectos fundamentais para um bom resultado.”³⁴⁷

Para os autores, o prejuízo teria origem na afronta à principal característica do procedimento, que depende da espontaneidade, da liberdade, e do respeito à vontade das partes em participarem da mediação.

Neste sentido, tanto em razão da ausência da palavra mediação no §8º do artigo 334 do CPC, quanto pela própria natureza do procedimento, entendem os autores que a aludida multa se restringiria aos casos de designação de audiência de conciliação, e que o legislador a teria propositalmente omitido a mediação do parágrafo que prevê a sanção pelo não comparecimento das partes à audiência (artigo 334, caput, do CPC).

Assim, em suma, para os autores, a multa prevista no caput do artigo 334 só deveria ser aplicada como sanção pelo não comparecimento à audiência conciliação e não à de mediação.

4.3.4. Considerações sobre o sentido da multa do §8º do artigo 334 à luz do artigo 6º do CPC (dever de cooperação)

Pois bem. Considerando-se que, de acordo com o entendimento aqui defendido, a multa do §8º do artigo 334, se refere a ambas, "audiência de mediação ou conciliação", tal como disposto no *caput* do dispositivo, que rege os seus parágrafos, cumpre voltar à discussão sobre o sentido da sanção ali disposta.

Trazendo o dispositivo (§8º do artigo 334, CPC) para a discussão em torno da “mediação obrigatória”, deve-se lembrar que, como ressaltado anteriormente, sanções desta espécie têm

³⁴⁶ *Ibidem*, p.62.

³⁴⁷ SPENGLER e NETO, *op. cit.*, 2017, p.59.

sido interpretadas, principalmente pelos seus críticos, como parte integrante da expressão do grau de obrigatoriedade da mediação em determinado local ou país.

Entretanto, há que se ter cautela, pois esta pode ser uma inferência questionável. Numa leitura superficial, a impressão inicial pode parecer esta, mas nem sempre a imposição de determinadas sanções, ainda que situada dentro do mesmo dispositivo, tal como ocorre *in casu*, deve ser lida automaticamente como sendo expressão da obrigatoriedade da mediação em determinado local.

Veja-se, por exemplo, o caso do Brasil, onde a mediação não é obrigatória (à exceção do regramento especial das causas de família), mas há previsão de imposição da multa sancionatória (§8º do artigo 334, CPC) pela ausência injustificada à audiência de mediação (prevista no *caput* do mesmo artigo).

Ora, deve-se lembrar que esta é audiência preambular³⁴⁸, cujo comparecimento foi valorizado pelo novo diploma processual civil, que se filia abertamente à ideia de processo colaborativo³⁴⁹. O não comparecimento injustificado representa claro desprezo da parte ao comando do artigo 6º, colocado entre as normas fundamentais do novo diploma processual, justificando-se, com isto, a sanção pela falta com o dever de cooperação.

Assim, sustenta-se que a multa do §8º do artigo 334 do CPC tem mais a intenção de repreender a parte que falta com o dever de cooperação – diante da sua ausência injustificada ao ato – do que propriamente querer impor a mediação às partes. Ademais, não há qualquer previsão de punições pela recusa em participar do procedimento no restante da legislação que atualmente rege a mediação judicial no Brasil.

Ainda que se diga que a multa tivesse a finalidade de pressionar as partes, já que estão em vigor políticas de estímulo à mediação no país (às formas autocompositivas em geral), não se pode afirmar que estimular ou incentivar tenha o mesmo significado que impor ou obrigar as partes à autocomposição. Assim é que, para que nenhuma das partes sofra a sanção prevista no §8º do artigo 334 do CPC, basta que justifiquem o seu não comparecimento ao ato. No mais,

³⁴⁸ Em que as partes irão se informar para que, só então, tenham condições de afirmar se desejam ou não aderir e dar prosseguimento ao procedimento de mediação. Ou seja, trata-se de uma audiência preambular de caráter informativo, e cuja decisão ou não de prosseguir, frise-se, foi entregue inteiramente nas mãos das partes.

³⁴⁹ Veja-se a redação do artigo 6º do CPC: “Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.”

caso não desejem participar da mediação, só terão de comparecer ao ato e afirmá-lo perante o mediador e os demais envolvidos.

Não obstante a estas possibilidades, o novo código de processo civil adotou claramente uma nova política, que é a de estimular a auto composição, o diálogo, o negócio processual, o processo colaborativo entre as partes, mas também cooperativo com os propósitos de uma justiça mais eficiente e mais justa para todos os usuários. Para tanto, adotou-se o necessário olhar sistêmico, e procurou-se reorganizar o sistema de justiça de modo a implementar uma ordem jurídica (mais) justa para toda a sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

A discussão do problema do acesso à justiça veio mobilizando juristas e intelectuais de diversas partes do mundo, especialmente o ocidental, desde os anos 60.

Tal período coincidiu com o fim dos regimes autoritários, em diversas partes do mundo; com a introdução de novos direitos em decorrência dos processos de redemocratização; com significativas mudanças na economia; com a complexificação das relações sociais e o aumento da litigiosidade entre os atores sociais; com o descrédito no executivo e no legislativo etc., tudo isto concorrendo para o aumento da procura pelo Judiciário.

Como bem observou Santos, estas mudanças foram percebidas em diversos países ocidentais, ainda que, em cada um, tal processo tenha se dado em momentos diferentes. O aumento da litigiosidade e da procura por serviços judiciários foram fenômenos sociais que se traduziram na sobredemanda dirigida aos Tribunais, que rapidamente se viram incapacitados de absorvê-la.

Assim, em diversos países, verificava-se que os sistemas de justiça se encontravam sobrecarregados de demandas por soluções judiciais, chegando-se a falar em crise – como ocorreu no Brasil, a partir dos anos 1990 – na medida em que os sistemas não mais davam conta de atender em tempo razoável todas as demandas a ele dirigidas. Fato é que, desde a mais ou menos a segunda metade do século passado, o problema do acesso à justiça se tornou um desafio a ser enfrentado por várias democracias contemporâneas.

A demora em atender e solucionar diversos tipos de demanda passou a ser lida como “não-prestação” ou “prestação insatisfatória da jurisdição”, emergindo daí a percepção de que um sistema estatal lento de prestação jurisdicional representava um sistema ineficiente, ineficaz e inefetivo, na medida em que não lograva cumprir com o seu objetivo^{350, 351}.

³⁵⁰ Visto como sendo o de, no mínimo, entregar-se a prestação jurisdicional num tempo adequado, para evitar que os direitos perecessem pelo prolongado tempo de duração das ações, dentre outras deficiências identificadas no cumprimento dos objetivos da prestação jurisdicional.

³⁵¹ O problema se tornava mais complexo quando se levava em conta que a efetivação na prestação jurisdicional, vista como a entrega da prestação jurisdicional num tempo adequado – conferindo-se às partes um título (sentença) – era, embora importante, apenas um primeiro passo no sentido da efetivação dos direitos das partes. Isto porque, não raro, as sentenças eram expedidas, mas não cumpridas por quem assim o ficava obrigado. Em outras palavras, percebeu-se que não bastava apenas que o Judiciário expedisse sentenças, mas que as decisões fossem efetivadas, mediante o seu cumprimento pelas partes, o que nem sempre ocorria espontaneamente; nestes casos, as partes precisavam continuar demandando no judiciário para que fossem expedidas novas decisões, aptas a forçar o

O problema do acesso à justiça não derivou, contudo, da percepção de que os processos judiciais são demorados, pois isto já era sabido. O ritmo mais lento do processo judicial é compatível com o seu procedimento, com o número de fases a percorrer, com as garantias que não se podem dispensar, com a quantidade de atores que o processam, varia de acordo com a maior ou menor colaboração entre as partes, dentre outros fatores.

Portanto, o problema do acesso não poderia ser atribuído, isoladamente, aos processos judiciais e ao seu tempo de processamento em si, naturalmente lento. Tal leitura seria simplificadora da realidade, que é de todo bem mais complexa.

Entretanto, no caso brasileiro, ainda que o diagnóstico da crise pudesse servir a interesses específicos, a percepção de que os tribunais já não conseguiam atender satisfatoriamente as demandas, dos mais diferentes tipos e num tempo adequado, tinha fundamento de verdade, tendo sido inclusive comprovada por pesquisas de produtividade e de percepção dos usuários e operadores.

Diante disto, não tardou para que os métodos alternativos de resolução de conflitos (ADR's) ingressassem e se desenvolvessem no Brasil.

Todo este estado-de-coisas levou a que, com o tempo, passassem a ser reconhecidas outras formas de resolução de conflitos como válidas e legítimas, entendidas como sendo tão efetivas quanto ou, muitas vezes, mais efetivas que a solução jurisdicional.

Isto porque, nos métodos consensuais a vontade das partes é o elemento que sobressai – na medida em que, pela própria característica destes métodos, a autonomia privada assume maior relevância –, diferentemente do que ocorre no método adversarial estatal, em que a disputa de interesses das partes vai se submeter à vontade / autoridade da lei, veiculada através de decisão imposta pelo Estado-juiz.

Neste sentido, diante de diversas ordens de conflitos, a solução construída pelas partes poderia ser mais adequada e efetiva para os próprios envolvidos do que a solução imposta pelo juiz, que aplicaria a lei ao caso concreto (limitando-se aos pedidos formulados etc.)

cumprimento e a execução de seus títulos. Isto também contribuiu para a percepção de que era preciso tentar aproximar as partes da solução efetiva das suas controvérsias.

Assim, entendeu-se que era preciso fazer conviver, de um lado, a solução privada, construída pelas próprias partes, e, de outro, a solução estatal, a ser conferida por um juiz, ao aplicar a lei aos casos concretos.

É neste contexto que sobressaem as ADR's, e a ideia do *Multidoor Courthouse*, atribuída ao Professor Frank Sander encontra terreno fértil nos sistemas de justiça de vários países (que passavam por situação semelhante). Por sua vez, dentre os meios adequados, a mediação é método que se destaca pela capacidade de viabilizar maiores benefícios às partes.

Contudo, inicialmente, verificou-se ser muito baixa a adesão social (isto é, dos usuários do sistema de justiça) ao método.

Diante disso, os Estados passaram a pensar em soluções para o problema do acesso.³⁵² Foram aprovadas leis determinando que os Tribunais oferecessem a mediação e a conciliação como parte dos seus serviços.³⁵³ Ocorre que a implementação, por lei ou por políticas públicas, de medidas de estímulo ao uso da mediação gerou controvérsias.

Assim, foi em razão da implementação destas medidas que, precisamente no âmbito da mediação judicial, surgiu a controvérsia em torno da “mediação obrigatória”.

Alguns estudiosos enxergam tais medidas como barreiras ao acesso à justiça, (aqui vista como o Judiciário e a prestação jurisdicional tradicional, ou seja, como um obstáculo no acesso à via tradicional da solução adjudicada.

Os críticos destas medidas enxergam-nas como imposições equivocadas ou ilegítimas, no sentido de que estariam forçando as partes a se submeterem a um método que se funda na autodeterminação e na autonomia das partes, o que representaria uma contradição com a essência da mediação. Assim, para alguns, a mediação obrigatória representaria um oxímoro.

³⁵² Assim como, por seu lado, também o fizeram as empresas, indivíduos e instituições, na busca de soluções para suas controvérsias particulares no âmbito privado; daí, por exemplo, o surgimento de negociações e de câmaras privadas voltadas para a solução de conflitos nas mais diferentes áreas da esfera privada, e, principalmente, na área comercial. Veja-se, neste sentido, a busca pela arbitragem.

³⁵³ Exemplos disto podem ser vistos nas orientações constantes da Diretiva n.º 2008/52/CE para os estados-membros da comunidade europeia, e da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, aplicada aos tribunais de todos os estados brasileiros.

Outros estudiosos verificaram que medidas brandas de estímulo à mediação, por parte de leis e políticas estatais, não são aptas a desconstituir a autonomia das partes nem quanto à adesão, nem quanto à permanência, e nem mesmo na conclusão do procedimento.

Entre os sistemas dos vários países e regiões em que há programas de mediação conectada com os Tribunais, verificou-se haver a adoção de graus de obrigatoriedade distintos, sendo raros os casos de mediação obrigatória.

E apenas os programas mais invasivos é que seriam capazes de ofender a autonomia das partes, e fazer surgir uma real contradição entre a essência do método (que deve preservar a autonomia) e a forma como ele é implementado (nos casos de obrigatoriedade mais intensa).

Sobre este debate, cumpre observar, primeiramente, que os Tribunais ainda estão se adaptando ao novo modelo de Justiça Multiportas, no Brasil já implementado através da Resolução n.º 125/2010 do CNJ, do CPC/15 e da Lei de Mediação.

Em segundo lugar, cumpre lembrar que as medidas de estímulo à mediação e à conciliação (métodos autocompositivos) são produto de inovação legislativa, isto é, de leis aprovadas dentro da regularidade do processo legislativo e respeitando-se a representatividade democrática. Ademais, no caso do Brasil, parece ter havido suficientes debates, especialmente entre os especialistas, acerca destas inovações no processo civil.

Não obstante a isto, reconhece-se que as mudanças podem gerar reações em segmentos sociais mais apegados à tradição, como setores da advocacia e da magistratura, por exemplo.

Em terceiro e último lugar, cumpre ressaltar que a nova lei processual civil brasileira claramente adotou a perspectiva da Justiça Multiportas (artigo 3º e §§, CPC). Neste cenário, entende-se que a medida adotada pela lei brasileira para estimular o uso da mediação e da conciliação pode ser identificada no artigo 334 do CPC, pelo qual o juiz deverá designar a audiência conciliatória para propiciar que as partes, em contato com os métodos autocompositivos, possam tentar uma solução consensual para as suas controvérsias. Nesta audiência inicial, caso uma ou ambas as partes optem por não seguir pela via autocompositiva, a tentativa de conciliação se considera frustrada, e o processo judicial prossegue.

Por fim, importa destacar que este foi o espírito do novo Código: o de estimular a autocomposição; o empoderamento das partes na solução de seus conflitos e controvérsias; a

autonomia e a flexibilidade para negociar o que for possível, dentro dos limites da lei; o processo colaborativo e cooperativo entre os sujeitos do processo, dentre outras inovações voltadas para viabilizar a obtenção de decisões e/ou soluções mais efetivas para as partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina. Técnicas e procedimento de mediação no novo Código de Processo Civil. **A mediação no novo Código de Processo Civil**, v. 2, 2015.

ALMEIDA, Rafael; PANTOJA, Fernanda. **Os métodos “alternativos” de solução de conflitos** (ADRs). In: ALMEIDA, Tania; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Coord.). *Mediação de Conflitos para Iniciantes, Praticantes e Docentes*. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

ANDRADE, Juliana L. **Magistratura & Mediação**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: JusPodivm, 2017.

ARANTES, R. B.; SADEK, M. T. **A crise do Judiciário e a visão dos juízes**. Revista USP, v. 21, São Paulo: Editora USP, mar./mai., 1994. Texto completo disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/26934>. Acesso em: 20.06.2018.

BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). **Conciliação e Mediação, ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016a.

BAHIA, Flavia. **Constitucional – Prática – OAB 2ª Fase**. Editora Juspodivm, 10ª edição, Salvador, 2018.

BLOCH, Marc. Une étude régionale: Géographie ou Histoire? In: **Annales d'histoire économique et sociale**. Cambridge University Press, 1934.

BRASIL. Presidência da República. Constituição (1988). **Emenda constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm. Acesso em: 20.06.2018.

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

CAMARGO, Eduardo Martins de.; CARVALHO, Diógenes Faria de., e CHINI, Alexandre. **A constitucionalização do direito civil e suas consequências para a liberdade relacionada ao contrato**. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, Doutrina e Jurisprudência, nº 107, abr/mai/jun, 2016, Rio de Janeiro, Tribunal de Justiça, 2016, (pp.29 - 46).

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Os Métodos Alternativos de solução de conflito no quadro do movimento de acesso à justiça**. In: Revista de Processo, São Paulo, n. 74, 1994.

COMISSÃO EUROPEIA. **Código Deontológico Europeu dos Mediadores**. Disponível em: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf>. (versão em português: <http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_pt.pdf>). Acesso em: 02.06.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário**. Brasília: CNJ. Disponíveis em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metlas>. Acesso em: 05.05.2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório das Metas Nacionais do Poder Judiciário 2009-2012**. Brasília: CNJ, março, 2013. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/dge/relatorios/metlas_nacionais_do_poder_judiciario_2009_2012.pdf. Acesso em: 20.06.2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016162839.pdf. Acesso em: 05.05.2019.

DE PALO, Giuseppe. **A ten-year-long “EU Mediation Paradox”: when an EU Directive needs to be more... directive**. Briefing, European Parliament. European Union, 2018. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI\(2018\)608847_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2018/608847/IPOL_BRI(2018)608847_EN.pdf). Acesso em: 15.05.2019.

FALCÃO, J. **Democratização e serviços legais**. In: FARIA, José Eduardo. (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1989.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GRINOVER, Ada P. **A crise do Poder Judiciário**. In.: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 34, dez. 1990.

GRINOVER, Ada P. **Os métodos consensuais de solução de conflitos no novo CPC**. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LAGRASTA, Valeria Ferioli (org.). *Conciliação e Mediação, ensino em construção*. São Paulo: IPAM, 2016a.

GRINOVER, Ada Pellegrini., SADEK, Maria Tereza., e WATANABE, Kazuo. (CEBEPEJ), GABBAY, Daniela Monteiro e CUNHA, Luciana Gross (FGV Direito SP). (coord.) **Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

HALE, Durval; PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). **O marco legal da mediação no Brasil: comentários à Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. São Paulo: Atlas, 2016.

KUHNER, Timothy K. **Court-connected mediation compared: the case of Argentina and the United States**. *ILSA Journal*. Vol. 11. Iss. 3 (2005), p. 536: Disponível em: <https://nsuworks.nova.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1502&context=ilsajournal>. Acesso em: 17.06.2019.

MAKIYAMA, Tânia Takezawa. (Advogada da União). **Legitimidade ativa para propositura de ações de controle de constitucionalidade**. <https://jus.com.br/artigos/22326/legitimidade-ativa-para-propositura-de-acoes-de-controle-de-constitucionalidade>. Acesso em: 06.11.2018.

MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, B. S. R. **Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem**. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1ª edição. Salvador: Juspodivm, 2015.

MENDES, Aluisio G. C.; HARTMANN, Guilherme K. **A Audiência de Conciliação ou Mediação do Novo Código de Processo Civil**. In: ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (Org.). *Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de direito constitucional**. Editora Saraiva, 12ª edição, São Paulo, 2017.

MERRYMAN, John Henry e PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Sergio Antonio Fabris, 2009.

MUNIZ, Tânia Lobo e SILVA, Marcos Claro da. **O modelo de tribunal multiportas americano e o sistema brasileiro de solução de conflitos**. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*. Porto Alegre, n. 39, vol. esp., pp. 288-311, dez. 2018. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/view/77524>. Acesso em: 15.05.2019.

MUNIZ, Tânia Lobo. **A ética na mediação**. In: CASSELLA, Paulo Borba; SOUZA, Luciane Moessa de. *Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MUÑOZ, Helena S. **La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso español**. *Revista Eletrônica de Direito Processual Civil*. vol. III, jan-jun. 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. Volume único. 10 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

OLIVEIRA, F. L. de. **Justiça em foco: estudos empíricos**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de.; AOYAMA, Pâmela Tieme Barbosa. **O Conselho Nacional de Justiça e a Academia**. *Revista CNJ - V.2*, 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/revista-cnj#Revista-CNJ---V.2-2017>>. Acesso em: 10.06.2018.

PEIXOTO, Ravi. **Os "Princípios" da Mediação e da Conciliação: uma Análise da Res. n.º 125/2010 do CNJ, do CPC/2015 e da Lei 13.140/2015**. In.: *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada para conflitos*. ZANETI Jr., Hermes e CABRAL, Trícia Navarro Xavier. Salvador: Juspodivm, 2017.

PINHO, Humberto D. B. de; PAUMGARTTEN, Michele. **Mediação obrigatória: um oxímoro jurídico e mero placebo para a crise do acesso à justiça**. In: Soares, Fabiane Verçosa; Muniz, Joaquim Paiva; Pantoja, Fernanda; Almeida, Diogo Assumpção. Arbitragem e Mediação: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=82b8a3434904411a>. Acesso em: 08.05.2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos**. In: Acesso à justiça: efetividade do processo, (org. Geraldo Prado), Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa. **Os efeitos colaterais da crescente tendência à judicialização da mediação**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 11, n.º 11, 2013. Disponível em: <https://redp.com.br/>. Acesso em 01.06.2018.

PRADO, Maria Ligia Coelho. **Repensando a história comparada da América Latina**. Revista de História, n.º 153 (2º - 2005) Disponível em: http://www.unifesp.br/campus/gua/lapha/images/Material_apoio/RepensandoaHistriaComparadadaAmricaLatinaMariaLigiaCoelhoPrado.pdf. Acesso em: 20.06.2019.

QUEK ANDERSON, Dorcas. **Mandatory mediation: an oxymoron? Examining the feasibility of implementing a court-mandated mediation program**. Cardozo Journal of Conflict Resolution. Vol. 11.2, (Primavera, 2010). Disponível em: <https://cardozojcr.com/vol11no2/479-510.pdf>. Acesso em: 20.05.2019.

RICOEUR, P. (2001). **Prefácio a Antoine Garapon**. In: GARAPON, A. O juiz e a democracia. O guardião das promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. **“Autonomia da vontade, autonomia privada e autodeterminação”**. Notas sobre a evolução de um conceito na Modernidade e na Pós-modernidade. Revista de Informação Legislativa. Brasília, a. 41, n.º 163, jul./set. de 2004.

ROMUALDI, Giuliana. **Problem-solving justice and alternative dispute resolution in the Italian legal context**. Utrecht Law Review, Volume 14, Issue 3, 2018. Special Issue: Problem-Solving Justice: European Approaches. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3334442. Acesso em: 20.05.2019.

SADEK, M. T. **Poder Judiciário: perspectivas de reforma**. Opinião Pública (UNICAMP), Campinas, v. 10, n. 1, 2004, pp. 01-62. Disponível em: <https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/op/article/view/8641138> >. Acesso em: 20.06.2018.

SADEK, Maria Tereza Aina (Ed.). **Acesso à justiça**. Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lilia M. de Moraes. **A evolução da mediação através dos anos – aprimoramentos das discussões conceituais**. In: Aspectos atuais sobre a mediação e outros métodos extra e judiciais de resolução de conflitos. BRAGA NETO, Adolfo; SALES, Lilia M. de Moraes. GZ Editora, Rio de Janeiro: 2012.

SANDER, Frank. **Varieties of dispute processing**. Minnesota: West Publishing, 1979.

SANTOS, B. S. et al. **Os tribunais nas sociedades contemporâneas**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. São Paulo, Anpocs, 1996.

SARDINHA, Flavia C.; D'ARAÚJO, Maria Celina. **O Conselho Nacional de Justiça e as políticas de qualidade nos tribunais de justiça do Brasil: um diálogo entre administração judiciária e o tema do acesso à Justiça**. Dissertação de Mestrado. PUC-Rio, 2013.

SIX, Jean-François. **Dinâmica da Mediação**. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth e Gisele Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SPENCER, D; ALTOBELLI, T. **Dispute resolution in Australia: cases, commentary and materials**. n. 148, Lawbook Co: Sydney, Australia. 2005.

SUARES, Marinés. **Mediación: mediando en sistemas familiares**. Buenos Aires: Paidós, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação extrajudicial e indenização por acidente aéreo: relato de uma experiência brasileira**. Revista Lex Humana, v. 4, n. 1, 2012, p. 32. Disponível em: https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/33771/1/LH4-1_artigo3.pdf?ln=pt-pt. Acesso em: 30.05.2019.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Civis**. 4ª edição, revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2018.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Ed. Método, 2017.

VEZZULLA, Juan Carlos. **Mediação: teoria e prática**. Guia para utilizadores e profissionais. Lisboa: Agora, 2001.

VIANNA, L. W. et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIANNA, L. W. **O terceiro poder na Carta de 1988 e a tradição republicana: mudança e conservação**. In: Ruben G. Oliven, Marcelo Ridenti, Gildo Marçal Brandão (Orgs.). A Constituição de 1988 na Vida Brasileira. São Paulo: Editora Hucitec, 2008.

WATANABE, Kazuo. **Cultura da sentença e cultura da pacificação**. In: Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>. Acesso em: 10.06.2018.

ZANETI JUNIOR, Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. **Justiça Multiportas: Mediação, Conciliação, Arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos**. Salvador: Juspodivm, 2017.