

UNIVERSIDADE FEDERAL RURAL DO RIO DE JANEIRO

INSTITUTO TRÊS RIOS

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

CARINA DUQUE VALLE

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Três Rios

2017

CARINA DUQUE VALLE

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, campus Instituto Três Rios.

Orientador: Professor Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior

Três Rios

2017

CARINA DUQUE VALLE

A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO ADEQUADO À PACIFICAÇÃO SOCIAL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito, em curso de graduação oferecido pela Universidade Federal Rural do Estado do Rio de Janeiro, campus Instituto Três Rios.

Aprovado em: _____

Banca Examinadora:

Prof. Pós-Doutor Antônio Pereira Gaio Júnior – UFRRJ-ITR

Prof. Doutor Klever Paulo Leal Filpo – UFRRJ-ITR

Prof.^a Mestre Fernanda Gomes Ladeira Machado – Faculdade de Direito de Valença

Ao meu tio Eurico Valle.

(In memoriam)

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus. Sem ele, nada é possível.

Aos meus pais e irmãos, e todos os advogados da família que me incentivaram desde o início.

Ao Tio Eurico, que sei que olha por mim.

Aos mestres que não pouparam esforços nesses cinco anos de formação, em especial ao meu orientador Gaio Júnior, pela paciência e por todo conhecimento transmitido ao longo dessa caminhada.

Aos meus amigos que não me deixaram desistir. Ariane, Emídio, Fernando e Gino.

Ao meu namorado Vinícius que foi um grande apoio nessa reta final.

É impossível expressar em palavras minha eterna gratidão.

Obrigada!

“Disse a multidão:

*Não necessitamos de caridade, o que queremos é
uma Justiça que se cumpra e um direito que nos respeite.”*

- José Saramago

RESUMO

VALLE, Carina Duque. *A Mediação Como Instrumento Adequado à Pacificação Social*. 2017. 75f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

Conflitos são inerentes ao relacionamento humano, sendo expressão do envolvimento emocional presente nas relações sociais. A partir do momento que o Estado assume o papel de representante da soberania, passa a ser responsável pela manutenção do bem-estar de seu povo, trazendo para si a função jurisdicional como meio de eliminar os conflitos, através de um sistema processual que garante a apreciação judicial de lesões ou ameaças a direitos. Porém, isso não determina que todos os impasses devam ser submetidos ao Poder Judiciário para resolução. O sistema judicial de resolução de conflitos existente no Brasil é insuficiente para absorver a demanda, acarretando lentidão do Processo. Por outro lado, o processo de autocomposição deve promover maior aceitação, resultando em celeridade, menor custo e satisfação mútua. Diante disto, com base na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que trata dos institutos de mediação e conciliação, com a finalidade de normatizar os meios autocompositivos, a legislação brasileira editou o Novo Código de Processo Civil, que incorporou os mecanismos consensuais à prática processual judiciária e a Lei de Mediação. O legislador buscou através da normatização estimular o uso de meios consensuais de solução de litígios e promover a cultura da pacificação. O presente trabalho visa discorrer sobre os conflitos inerentes à vida em sociedade, tendo por escopo o instituto da mediação como meio propício para solução de conflitos, demonstrando que a judicialização não é a única e nem sempre é a melhor forma de resolver os impasses nas relações intersubjetivas.

Palavras-chave: Mediação, Processo Civil, Pacificação, Conflito, Mediador.

ABSTRACT

VALLE, Carina Duque. *Mediation as proper instrument for social pacification*. 2017. 75f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Três Rios, 2017.

Conflicts are inherent to the human relationship, being an expression of the emotional involvement present in social relations. If the State assumes the role of representative of sovereignty, it becomes responsible for the maintenance of the well-being of the population. That brings to itself the jurisdictional function which means of eliminating conflicts, using a procedural system that guarantees the Judicial assessment of damages or threats to rights. However, it does not mean that all impasses ought to be submitted to the court to be resolved. The Brazilian's judicial system is insufficient to absorb the demand, causing the slowness of the process. On the other hand, the process of self-composition promotes better acceptance generating in speed, less cost and mutual satisfaction. According to this and based on Resolution n.º 125/2010 of the National Council of Justice, which deals with mediation and conciliation institutes, with the purpose of regulating self-composed means, Brazilian law has issued the New Code of Civil Procedure, that incorporated The mechanisms consensual to judicial procedural practice and the Mediation Law. In the legislation, the legislator sought to stimulate the use of consensual matter of dispute settlement and promote the pacification's culture. This modification aims at discussing the conflicts inherent to life in society, having the scope of a mediation institute which means to solve conflicts, demonstrating that the judicialization is not the only one and is not always the best way to solve the impasses in intersubjective relationships.

Keywords: Mediation, Civil Procedure, Pacification, Conflict, Mediator.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil - 1988
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
ENFAM	Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados
IAD	Índice de atendimento à demanda
ICJBrasil	Índice de Confiança na Justiça
MS	Mandado de Segurança
NCPC	Novo Código de Processo Civil - 2015
PIB	Produto Interno Bruto
PL	Projeto de Lei
SIESPJ	Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário
STF	Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA GARANTIA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO	14
1.1. A Importância do Acesso à Justiça na obtenção de uma tutela efetiva	17
1.2. O Devido Processo Legal como Garantia do Processo Justo	21
1.3. Processo como Instrumento de Pacificação Social	23
2. CRISE DO PROCESSO E NECESSIDADE DE OUTRAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	29
2.1. Dificuldades Frente à Crise da Justiça	31
2.2. Necessidade de criação de outros meios de satisfação de conflitos	36
3. MEDIAÇÃO COMO MEIO PROPÍCIO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS	39
3.1. Conceito de Mediação	40
3.2. Evolução Legislativa	44
3.3. Lei N.º 13.140/2015 – Lei de Mediação	45
3.3.1. Princípios Norteadores da Mediação	46
3.3.2. O Mediador	50
3.3.3. Mediação Judicial e Extrajudicial	53
3.3.4. O Procedimento da Mediação	53
3.3.5. O Papel do Advogado na Mediação	57
4. O NOVO CPC E A MEDIAÇÃO JUDICIAL	59
4.1. Antinomias Aparentes e Controvérsias	61
4.1.1. Mediação Obrigatória	63

4.1.2. Escolha do Mediador	64
4.1.3. Impossibilidade de Advogar	65
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS	70

INTRODUÇÃO

Conflitos são inerentes ao relacionamento humano, sendo expressão do envolvimento emocional presente nas relações sociais. Algumas vezes, tais conflitos são resolvidos mediante negociação direta dentro do próprio contexto do desentendimento. Outras vezes, porém, a impossibilidade de um consenso pode levar o caso ao judiciário para solução.

Nas fases primitivas da civilização, aquele que pretendesse atingir uma pretensão e defrontasse com interesse contrário de outrem deveria usar de sua própria força para obter êxito. A partir do momento que o Estado assume o papel de representante da soberania, passa a ser responsável pela manutenção do bem-estar de seu povo. Para alcançar a paz social, o Estado traz para si a função jurisdicional como meio de eliminar os conflitos, através de um sistema processual.

O ordenamento jurídico pátrio garante expressamente que todo cidadão não terá excluída a apreciação de lesões ou ameaças de seus direitos pelo Poder Judiciário, conforme artigo 5º, XXXV, da CF/88, fundamentando o princípio da inafastabilidade jurisdicional.

Porém, isso não determina que todos os impasses inerentes à vida em sociedade devam ser submetidos à apreciação judiciária para resolução. Para que a satisfação da pretensão seja plena, a pretensão jurisdicional deve ser acionada em instância subsidiária, quando tiverem sido esgotados os demais meios para solucionar a lide.

O sistema judicial de resolução de conflitos existente no Brasil é insuficiente à satisfação da pretensão dos que o buscam, devido ao excesso de demanda em detrimento da estrutura judiciária disponibilizada. Por outro lado, a participação efetiva dos envolvidos em um conflito em um processo de autocomposição promove maior aceitação, resultando em celeridade, menor custo e satisfação mútua.

Diante disto, diversas alterações legislativas foram implementadas para inserir maior celeridade ao processo e disponibilizar mais mecanismos de solução dos conflitos. Com base na Resolução n.º 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que trata dos institutos de mediação e conciliação, com a finalidade de normatizar os meios autocompositivos para solução de conflitos, a legislação brasileira editou, no último ano, dois diplomas legais: o

Novo Código de Processo Civil, que incorporou os mecanismos consensuais à prática processual judiciária; e a Lei de Mediação, definindo os detalhes a respeito da prática desse instituto.

Muito se têm discutido sobre estas normas, suas possíveis deficiências e potencialidades. Em todo caso, o legislador buscou através da normatização estimular o uso de meios consensuais de solução de litígios, como uma forma de desafogar o sistema do Poder judiciário, que vem enfrentando dificuldades em absorver a crescente demanda de ações judiciais, acarretando congestionamento, morosidade, decisões desacertadas e insatisfação, e ao mesmo tempo promover a cultura da pacificação em detrimento à litigiosidade.

A presente pesquisa visa discorrer sobre os conflitos inerentes à vida em sociedade, tendo por escopo o instituto da mediação como meio propício para solução de conflitos, demonstrando que a judicialização não é a única e nem sempre é a melhor forma de resolver os impasses.

O primeiro capítulo traz à baila a jurisdição como o poder que o Estado avocou para si de dizer o direito, de fazer justiça, em substituição aos particulares. É através da sentença judicial coercitiva que o Estado Democrático de Direito se posiciona como garantidor dos direitos fundamentais.

O direito processual, instrumento inafastável do mecanismo de concretização do direito material, busca construir um processo de resultados capaz de concretizar, em um tempo razoável, a finalidade precípua da função jurisdicional, qual seja, a pacificação dos conflitos de interesses de forma justa. Entretanto, em uma constatação realista, por melhor que seja esse instrumento processual e a própria função jurisdicional do Estado, têm limites inerentes aos instrumentos jurídicos em geral e ao próprio Direito.¹

No segundo capítulo, faz-se análise detalhada da atual situação do Poder Judiciário. A partir dos dados levantados no relatório “*justiça em números*”, são apresentadas informações sobre estrutura, número de processos, taxa de congestionamento, produtividade e recorribilidade; acesso à justiça; prazo médio de duração do processo; entre outros. Esses

¹ PIMENTA, José Roberto Freire. *A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. Revista LTr, v. 65, n. 02, fevereiro de 2001, São Paulo, p.152.

dados apontam para um quadro de “crise da justiça”. A partir de então, ganham notoriedade os institutos de composição de litígios como meios alternativos para a solução de conflitos.

A seguir comentar-se-á sobre as disposições da Lei n. 13.140/15, a Lei de Mediação, que representa o Marco Legal da Mediação no Brasil. Apresentam-se os conceitos de mediação, bem como suas principais características. Define-se mediação como método propício de pacificação de conflitos mediante o qual um terceiro imparcial auxilia as partes a encontrarem uma solução que seja vantajosa a ambas através do diálogo. Sua finalidade é que os interessados assumam a responsabilidade por suas próprias escolhas a fim de que tomem uma decisão satisfatória e ponderada em relação aos seus interesses.²

Igualmente, detalham-se as características do procedimento, a figura do mediador, as formas judicial e extrajudicial de mediação e a participação do advogado como assessor de seu cliente na busca pelo acordo.

Por fim, traz-se à análise o Novo Código de Processo Civil, que priorizou os institutos da mediação e conciliação, contemplando os meios consensuais como norma fundamental do processo civil, assegurando, por meio de um modelo processual colaborativo, o princípio constitucional da inafastabilidade. Os meios consensuais deixam de ser vistos como “alternativos” ao processo judicial, passando a ser “integrados” a este.

Conclui-se que a mediação é meio propício para a solução dos conflitos, embora não o único, capaz de trazer a pacificação social. Destaca-se a importância do conhecimento do procedimento pelos operadores do direito, que, para além da atuação jurídica, devem ter comprometimento social.

A reflexão acerca da mediação deve servir de base para um rompimento de paradigmas, quebrando-se o padrão de litigiosidade, instaurando uma nova cultura de pacificação. A mediação de conflitos deve ser utilizada com o fim de intervir nas relações sociais resolvendo o conflito social, possibilitando a manutenção e/ou restauração dos vínculos, promovendo a paz, e não somente para amenizar a crise do Poder Judiciário.

² DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 85.

1. RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA GARANTIA DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO

O conjunto de garantias exigidas pelos cidadãos, as quais receberam o nome de direitos fundamentais,³ foi conquistado gradualmente ao longo dos tempos, tendo como importante marco a luta contra o absolutismo na França, que foi combatido com os ideais

³ Para melhor compreensão, mister se faz acostar o conceito de Direitos Fundamentais. A temática é ampla e a doutrina não atende a uma conceituação uníssona. A lição ensinada por Ferrajoli, defendida por Gaio Júnior, propõe uma definição teórica, puramente formal ou estrutural, defendendo que os direitos fundamentais são todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. (FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. p. 9. *Apud* GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; GAIO, André Moysés. *Juventude e Direitos Fundamentais: Breves Reflexões Para Além da Criminalidade*. Revista Jurídica Eletrônica Direito, Sociedade e Desenvolvimento, v. 3, p. 1-1, 2016). Os direitos fundamentais, em geral, são direitos inerentes à natureza humana e aos seus valores mais caros, que convergem no sentido de consagrar, proteger e efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. O jurista alemão Robert Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, apresenta os direitos fundamentais como direitos subjetivos, correspondendo a posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado, não podendo esse eliminar tais posições do titular do direito, para tanto estabelece uma tríplice divisão das posições, a saber: direito a algo, a liberdades e a competências. É importante ressaltar que são necessárias restrições, a fim de garantir os direitos fundamentais de terceiros, conforme ensina: “Direitos fundamentais têm certamente também o objetivo de garantir um estado global de liberdade, do qual todos se beneficiem. Nesse sentido, eles têm uma relação com a situação de outros titulares de direitos fundamentais. Seus próprios direitos fundamentais é que devem cumprir esse objetivo. Nesse sentido, há uma diferença fundamental entre normas de competência e direitos fundamentais de terceiros, e essa diferença justifica não examinar direitos fundamentais de terceiros no âmbito do controle de intervenções em direitos fundamentais.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5.ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.) Portanto, os direitos fundamentais objetivam assegurar a liberdade do indivíduo, o que só terá sucesso diante de uma sociedade livre, na qual os cidadãos estejam conscientes para participar das decisões acerca de seus interesses e da comunidade. Os direitos fundamentais se encontram em um contínuo processo de mutação, acompanhando as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica da sociedade, a fim de proteger efetivamente os valores mais caros da humanidade, nas mais diversas relações jurídicas. Em uma perspectiva histórica, costuma-se falar em três gerações dos direitos fundamentais. De forma resumida, segue trecho de uma decisão do Supremo Tribunal Federal que explica o conteúdo das três gerações de direitos fundamentais: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) — que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais — realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) — que se identifica com as liberdades positivas, reais ou concretas — acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, nota de uma essencial inexauribilidade.[...] Entretanto, importante é ressaltar que essas gerações não se sobrepõem. Os direitos de cada geração se mantêm válidos, embora se possa afirmar que os direitos de uma geração recebem uma nova compreensão na medida em que se somam com a geração posterior.” (MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995.)

liberais provenientes dos iluministas. A busca por esses direitos, contudo, é muito mais antiga.

Alexandre de Moraes ensina que eles (os direitos fundamentais) “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural”.⁴

Por óbvio todo o caminho percorrido na transformação dos direitos fundamentais foi dotado de muitos embates, e não apenas no campo filosófico. A luta pelos direitos que alicerçam inúmeras constituições e que protegem o cidadão não se restringiu aos debates, tendo assumido também contornos de violência. Esses direitos foram moldados pelas primeiras civilizações e, depois, lapidados pelas que se seguiram.

Os direitos fundamentais são frutos de anos de racionalização do homem, a qual foi possibilitada pelas constantes modificações de uma relação triangular entre indivíduo, sociedade e Estado. Essa relação, portanto, possibilitou que as garantias conquistadas fossem organizadas em um diploma legal dotado de força hierárquica superior às demais positivadas.⁵

Logo, percebe-se nos sistemas jurídicos que há uma preocupação marcante dos legisladores em assegurar os direitos fundamentais e em assegurar um “Estado Democrático”. Isto porque os direitos fundamentais funcionam de duas formas diferentes: obstaculizam o abuso estatal e garantem ao cidadão o exercício da busca do seu direito.

Visando garantir o cumprimento destes propósitos e limitar as arbitrariedades estatais, passou-se a impor a vontade soberana dos cidadãos a fim de que o Estado, renascido com o propósito de atender aos seus cidadãos, tomasse as medidas cabíveis para melhorar as condições sociais.⁶ Esse cenário só foi possível de alcançar diante da evolução racional do homem, do entendimento de que ele exerce um papel central para o desenvolvimento da sociedade e do Estado e da necessidade de proteger sua dignidade frente aos abusos e omissões do poder estatal.

Nos dizeres de Michelli Pfaffenseller:

⁴ MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p.178.

⁵ LEITE, Gisele. *Direitos humanos, direitos fundamentais e paradoxais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov 2012.

⁶ PFANFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 85, jun/jul 2007.

Assim, a fim de cumprir com a função de defesa da sociedade na forma de limitação normativa ao poder estatal, sobreveio um conjunto de valores, direitos e liberdades, consubstanciados nos Direitos Fundamentais. Outrossim, considerando a necessidade de concretizar tais garantias, elas foram positivadas em um instrumento que limitou atuação do Estado e, ao mesmo tempo, traçou os parâmetros fundamentais de todo o ordenamento jurídico interno: a Constituição.⁷

Portanto, avançando logo até a contemporaneidade, a Carta Constitucional de 1988 tem como base sólida o valor maior da igualdade, podendo-se identificar os fundamentos de uma ordem cidadã, a começar pelo art. 1.º, III, o qual estabelece como fundamento da República a dignidade da pessoa humana. A respeito de tal valor constitucional, ensina Paulo Bonavides:

[...] se converte no valor mais alto de todo sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais. Imprimindo assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores.

Neste contexto, há uma sobrelevação dos direitos e garantias fundamentais, ampliando consideravelmente o acesso à justiça, sendo a assistência judiciária gratuita, apenas uma de suas formas.⁸

Em complementariedade, Dalmo Dallari expõe que:

A nova Constituição promulgada em 5 de outubro de 1988, avançou muito no sentido do reconhecimento e da proteção da pessoa humana e de seus direitos fundamentais, criando vários instrumentos novos para que as camadas da população tradicionalmente discriminadas e marginalizadas também tenham reconhecidos e judicialmente protegidos seus direitos.⁹

Faz-se, pois, necessário a concepção de formas de resolução de conflitos inerentes à obtenção de uma tutela eficaz do Estado na garantia dos direitos dos indivíduos que a ele se submetem. Para tal realização, o ordenamento jurídico pátrio se apoia em três princípios¹⁰ que lhe dão as diretrizes para a realização dos direitos subjetivos e confirmação

⁷ PFANFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 85, jun/jul 2007.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 374.

⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea*. In PUCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 100.

¹⁰ Etimologicamente, o termo princípio origina-se do latim *principium*, trazendo a ideia de principal, primeiro, demonstrando origem de algo, de uma ação ou de um conhecimento, verdade primeira, que serve de fundamento, de base para algo. Em que pese os princípios estarem ligados à ideia de início, base e começo de tudo, há de se ressaltar que a doutrina conceitua os princípios de diversos modos, utilizando-se, para tanto, de inúmeros critérios, como o da fundamentalidade, hierarquia, abstração, generalidade etc. Sintetizando o que seria a ideia de princípio, Sérgio Pinto Martins, seguindo os ensinamentos de José Cretella Júnior afirma que: “São, portanto, princípios as proposições básicas que fundamentam as ciências, informando-as e orientando-as.

da ordem jurídica, que objetiva a resolução de litígios, almejando a satisfação, a paz social e segurança jurídica. São eles o devido processo legal; o acesso à justiça; e a instrumentalidade, analisados a seguir.¹¹

1.1 A IMPORTÂNCIA DO ACESSO À JUSTIÇA NA OBTENÇÃO DE UMA TUTELA EFETIVA

À satisfação das pretensões é essencial aos sujeitos de direito terem a possibilidade de recorrer ao poder judiciário em busca de resultados satisfativos da prestação almejada. Ou seja, no caso da parte a quem cabe o cumprimento do dever oferecer resistência, resta assegurado o acesso à justiça àquele que busca a satisfação de seu interesse.

O controle jurisdicional é direito constitucional fundamental, expresso no ordenamento jurídico pátrio em seu artigo 5º, inciso XXXV, segundo o qual, a lei não afastará da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direitos, assim fundamentando o princípio do acesso à justiça como cláusula pétrea, imutável, da República Federativa.

A expressão “acesso à justiça” vai além do simples ato de ingresso do indivíduo em juízo. Deve ser entendida em sentido amplo: ajuizamento da ação; instrumento de jurisdição para alcance do direito como fim; e instrumento ético para realização da justiça, envolvendo desde a criação das normas jurídicas, sua interpretação e aplicação justa em cada caso concreto.

O acesso à justiça se faz tópico importantíssimo na garantia de mecanismos de proteção aos demais direitos fundamentais, elevado ao topo da pirâmide dos direitos, conforme as palavras de Mauro Cappelletti:

O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que

São as proposições que se colocam na base da ciência, informando-a e orientando-a. Para o Direito, o princípio é o seu fundamento, a base que irá informar e inspirar as normas jurídicas” (MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 69).

¹¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 12-13.

pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos, essencial, pois, à dignidade da pessoa humana.¹²

[...]

O ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. Seu estudo pressupõe um alargamento e aprofundamento dos objetivos e métodos da moderna ciência jurídica.¹³

Sintetiza o autor em sua obra que o acesso à justiça trata-se de sistema pelo qual as pessoas têm a possibilidade de reivindicar seus direitos e resolver os litígios sob os auspícios do Estado, explicando de forma didática às ondas de acesso à justiça:

O recente despertar de interesse em torno do efetivo acesso à Justiça levou a três posições básicas, ao menos nos países do Mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em sequência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso - a primeira “onda” desse movimento novo foi a assistência judiciária; a segunda dizia respeito às reformas tendentes a proporcionar representação jurídica para os interesses “difusos”, especialmente nas áreas de proteção ambiental e do consumidor; e o terceiro - e mais recente - é que nos propomos a chamar simplesmente de “enfoque de acesso à Justiça” porque inclui os posicionamentos anteriores, mas vai muito além deles [...]. Esta última “onda”, denominada de “enfoque de acesso à Justiça”, visa à transformação da estrutura judicial, desburocratização de tribunais e procedimentos, reformas, inclusive, da mentalidade do operador do direito.¹⁴

Gomes Neto e Dinamarco coadunam com as ideias de Cappelletti, ao fazerem menção aos movimentos de reforma ocorridos no Brasil. Apontam os autores a garantia de gratuidade como referência à primeira onda, a qual se identifica com assistência jurídica integral e gratuita aos desafortunados, englobando o auxílio judicial e extrajudicial, consagrando esta norma como diretriz entre os direitos e garantias fundamentais do cidadão.¹⁵

A segunda onda diz respeito às reformas necessárias para a legitimação da tutela dos interesses difusos, especialmente os direitos dos consumidores e o direito ambiental, tutelados, na Constituição Brasileira, pela ação civil pública.

¹² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002. p. 9.

¹³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002. p. 12-13.

¹⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002. p. 31.

¹⁵ GOMES NETO, José Mário Wanderley. *O Acesso à Justiça*. Apud CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002. p. 73-74.

E, por fim, a terceira onda traduz-se em múltiplos dispositivos com intuítos diversos, entre os quais: a) procedimentos mais acessíveis, simples e racionais, mais econômicos, eficientes e adequados a certos tipos de conflitos; b) promoção de uma espécie de justiça coexistencial, baseada na conciliação e no critério de equidade social distributiva; c) criação de formas de justiça mais acessível e participativa, atraindo a ela os membros dos grupos sociais e buscando a superação da excessiva burocratização.¹⁶

Um processo justo compreende não só o direito de ação como meio de recorrer ao Poder Judiciário para a defesa dos direitos individuais, mas também para o estabelecimento de um verdadeiro direito material da justiça, que requer a remoção dos obstáculos econômicos e sociais que impedem o efetivo acesso à jurisdição. A Constituição Federal de 1988 trata do acesso à justiça como direito fundamental a todas as pessoas, conforme: “*art. 5º, LXXIV: O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*”, visando diminuir a distância entre a justiça e o povo, que se faz tendência universal na busca pelo valor igualdade.¹⁷

A busca por esse “valor igualdade” vem estampada na Constituição Federal no artigo 3º, incisos I, III e IV, e caput do artigo 5º, onde estabelece como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, promovendo o bem de todos e a igualdade sem preconceitos e discriminações:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

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, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]

¹⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 274.

¹⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 82.

Hodiernamente, a expressão “igualdade” passou a ser interpretado como igualdade de possibilidades, e não meramente igualdade de tratamento formal. A ideia atual de isonomia está atrelada ao entendimento de que o tratamento diferenciado é necessário para suprir as desigualdades, de modo a permitir algum tipo de nivelamento de oportunidades, no sentido de diminuir as diferenças. Mais atual que nunca, o sábio discurso de Ruy Barbosa expressa a essência do princípio da igualdade como o dever de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades, visando o real equilíbrio.¹⁸

Tendo em vista a moderna visão de igualdade, que busca o tratamento diferenciado às pessoas conforme suas reais necessidades, Paulo Bonavides trata da assistência jurídica pelo Estado como uma base sólida do quesito igualdade:

[...] se converte no valor mais alto de todo sistema constitucional, tornando-se o critério magno e imperativo de interpretação da Constituição em matéria de direitos sociais. Imprimindo assim, uma latitude sem precedentes aos direitos sociais básicos, dotados agora de uma substantividade nunca conhecida nas Constituições anteriores. Neste contexto, há uma sobrelevação dos direitos e garantias fundamentais, ampliando consideravelmente o acesso à justiça, sendo a assistência judiciária gratuita, apenas uma de suas formas.¹⁹

No que diz respeito ao Direito Processual, a isonomia abarca a necessidade de dar aos litigantes as mesmas oportunidades de atuação, permitindo a ambos a possibilidade de tentar convencer o juiz de suas razões. Em seu estudo sobre a efetividade do Processo Civil, Augusto Tavares Rosa Marcacini ensina que muitas vezes é preciso um tratamento desigual aos duelistas, visando a real isonomia:

Para conferir as mesmas possibilidades aos litigantes, muitas vezes se fará necessário dar-lhes tratamento formalmente desigual, para que as chances de obter um julgamento favorável em juízo possam ser as mesmas. Comparado o processo a um duelo, a isonomia processual é normalmente representada com a metafórica expressão “paridade de armas”: devem os duelistas estar munidos com as mesmas armas, pois, do contrário, o processo significaria apenas a legitimação da vitória do oponente mais forte, ou mais preparado.²⁰

¹⁸ Tal definição de igualdade é predominante na doutrina nacional, sendo decorrente do célebre discurso escrito por Ruy Barbosa (1849-1923) quando foi escolhido como paraninfo dos formandos da turma de 1920 da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, em São Paulo, intitulado *Oração aos Moços*, onde se lê: "A regra da igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. O mais são desvarios da inveja, do orgulho ou da loucura. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real". Impedido de comparecer por problemas de saúde, o discurso foi lido pelo professor Reinaldo Porchat. (BARBOSA, Ruy. *Oração aos moços*. Adriano da Gama Kury. 5.ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999).

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007. p. 374.

²⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil*, São Paulo, 2010. p. 66.

[...]

Dada à ausência de um julgador que detenha o dom da onisciência, e que, por isso, necessite conhecer dos fatos da causa para poder decidir, é inerente à ideia de um processo justo a necessidade de darmos a ambas as partes as mesmas oportunidades de manifestação. O processo, por isso, deve ser uma relação bilateral, orientada pelos princípios da isonomia e do contraditório. Tal proposição, aliás, não é nenhuma novidade...

Ousaria, porém, estender a isonomia processual para além da ideia de dar-se às partes de um mesmo processo as mesmas oportunidades. A isonomia deve ser encarada como um equilíbrio de todo o sistema processual e não apenas dos duelistas que se defrontam em razão de um dado caso concreto. Seria o caso de buscamos uma isonomia de caráter mais global.²¹

A igualdade de tratamento entre as partes constitui elemento básico da configuração do justo. Sendo signo fundamental da democracia, é entendido tradicionalmente como o tratamento igualitário a todas as pessoas perante a lei, “de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios e isenções pessoais e regalias de classe”.²²

Assim sendo, o acesso à justiça impende não só a provocação do poder judiciário frente a um litígio, como também anseia a resolução deste, de forma justa, rápida e eficaz. Para tal, faz-se necessário a disponibilização de meios diversos de resolução de conflitos, nos moldes compatíveis com o resultado almejado.

1.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO GARANTIA DO PROCESSO JUSTO

Conforme já visto no item anterior, convém afirmar que processo justo é entendido como garantidor do acesso a uma justiça imparcial, de forma que não só possibilite a participação efetiva, igualitária e adequada dos litigantes, como também permita a efetiva tutela dos direitos, produzindo resultados individual e socialmente aceitos, e em tempo relativamente hábil. O processo justo, mais do que somente o acesso à justiça, significa “acesso à ordem jurídica justa.”²³

Diferente das Constituições anteriores, a atual Constituição Federal assegura como garantia individual essencial o direito ao devido processo legal. Tal garantia, explícita

²¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil*, São Paulo, 2010. p.148-149

²² SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 196.

²³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 16-17

no texto do artigo 5º, inciso LIV, é inerente ao Estado Democrático de Direito brasileiro ao possibilitar que os conflitos oriundos do relacionamento humano sejam analisados por um terceiro, imparcial, capaz de buscar soluções justas.

Assim sendo, temos que não é possível separar o Estado Democrático de Direito da garantia constitucional do Devido Processo Legal, vez que esta é fundamento e garantidora daquele. O direito ao processo justo para resolução de conflitos é a manifestação de fato do Princípio do Devido Processo legal, base do Estado democrático de direito.

Afirma Nelson Nery Júnior que o devido processo legal é “o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais são espécies”, acrescentando que “bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *‘due process of law’* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa”.²⁴

A Emenda Constitucional nº45 acrescentou ao texto constitucional explicitamente que a garantia do devido processo legal, como processo justo, deve assegurar a razoável duração do processo e os meios que possibilitem a celeridade de sua tramitação, conforme inciso LXXVIII do artigo 5º. Neste âmbito, Theodoro Júnior explica que o *due process of law* funciona como um superprincípio, coordenando e delimitando os demais, fazendo prevalecer a harmonia de todos os princípios.²⁵

No mesmo sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco desdobram ainda mais a garantia do Devido Processo Legal, observando que seria formado por três princípios informativos, integrantes do processo: a isonomia, o contraditório e a ampla defesa, os quais asseguram os fundamentos processuais ao permitirem a participação direta das partes e a proporcional igualdade entre os envolvidos.²⁶

Humberto Theodoro Júnior afirma que o devido processo legal tem papel de garantidor da supremacia da Constituição Federal e da efetividade dos direitos fundamentais. Nas palavras do douto jurista:

²⁴ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 30.

²⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed, Rio de Janeiro: Forense, v. 1, 2002. p.27

²⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 50-51.

O devido processo legal, portanto, pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais [...] Há, de tal sorte, um aspecto procedimental do devido processo legal, que impõe a fiel observância, do contraditório e da ampla defesa, decorrência obrigatória da garantia constitucional do princípio da igualdade.²⁷

O devido processo legal é aquele que se apresenta em consonância com os valores de uma sociedade e de seu tempo. O adjetivo “legal” – de legalidade – determina a exigência de uma previsão legislativa, um roteiro uniforme a ser aplicado igualmente aos litigantes, tendo por finalidade permitir que as partes tenham prévio conhecimento do ritual que será desenvolvido em juízo, evitando surpresas no curso do processo que possam prejudicar a defesa de seus interesses.²⁸

Assim, o devido processo legal funciona como um meio de preservação das garantias e exigências do Estado Democrático de Direito, limitando o exercício do Judiciário ao proporcionar às partes o direito a todos os recursos próprios do contraditório e da ampla defesa, conforme colocação de Marcos Vinícius Rios Gonçalves.²⁹

Segundo Theodoro Júnior, o devido processo legal se encontra intimamente ligado à garantia de um processo justo, acrescentando que a garantia daquele abarca categorias fundamentais que vão além do contraditório e da ampla defesa, sendo princípio basal, assecuratório do valor igualdade, objetivo fundamental da República Federativa do Brasil.³⁰

1.3 PROCESSO COMO INSTRUMENTO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL

O surgimento de um conflito acontece quando a pretensão de uma pessoa encontra resistência de outra parte, com pretensão diversa, e, para eliminação do impasse, um dos sujeitos concorda em sacrificar total ou parcialmente ao próprio interesse, ou um dos sujeitos impõe o seu interesse através de força maior. Tais formas de resolução de conflitos são chamadas, respectivamente, de autocomposição e autotutela.

²⁷ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.29

²⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil*, São Paulo, 2010. p. 28

²⁹ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, 7. ed, v.1. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 36.

³⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 38. ed, v. 1, Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 23.

Conforme esclarece Gaio Júnior, a “autotutela”, “defesa própria” ou “defesa por si mesmo” trata-se da forma mais primitiva de resolução de conflitos, utilizada nos primórdios da sociedade, quando não existia a figura de uma autoridade superior para tomar decisões. O critério utilizado era a lei do mais forte. São exemplos da atualidade citados pelo autor a legítima defesa no âmbito penal; os casos de esbulho no âmbito do direito civil; e o direito de greve na esfera trabalhista.³¹

Observa o dito autor que assim como a autotutela, a autocomposição refere-se a um meio de resolução de conflitos interpartes, entretanto, não se trata de imposição da vontade de um sobre o outro, mas de um ato altruístico de renúncia de um em benefício do outro, podendo se dar pela desistência (renúncia à pretensão), submissão (reconhecimento à pretensão) ou transação (mediante concessões recíprocas).³²

Gaio Júnior explica que a autocomposição seria uma forma mais evoluída da autotutela, estando presente ainda no ordenamento jurídico atual, conforme:

[...] a Autocomposição permanece presente nos ordenamentos jurídicos modernos, sendo, inclusive, estimulada por vários momentos, dentre eles na esfera civil com a transação; no âmbito penal como perdão do ofendido, e mesmo nas esferas civil e trabalhista onde se opera um estímulo à conciliação.³³

A busca pela razão possibilitou à humanidade entender sua essência e transformá-la através das gerações, seja no campo social, político ou religioso. Mesmo com muitos percalços, a humanidade sempre seguiu progredindo, e, em decorrência de seu desenvolvimento, nasceram importantes conceitos, como o de Estado, o de sociedade, o de ética e de o direito, os quais possibilitaram à sociedade a chance de ultrapassar o direito natural e positivá-lo.

Nas palavras de Marcus Vinícius Rios Gonçalves:

Foi a partir do momento em que os Estados se estabeleceram e ganharam força que a solução dos conflitos de interesses deixou de ser dada pela autotutela. Até então, eram as próprias partes envolvidas que solucionavam os conflitos, com o emprego da força ou de outros meios. Quando havia uma

³¹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 28.

³² GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.29

³³ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 29

desavença, ou as partes conseguiam chegar a um acordo, ou uma delas se submetia a força aos interesses da outra.³⁴

Com o progressivo desenvolvimento dos Estados como força maior de tutela social, a autotutela foi sendo substituída pela figura do terceiro imparcial no desenlace dos conflitos, conforme prossegue Gonçalves:

Com o passar dos anos, à medida que os Estados foram se tornando mais fortes, percebeu-se que não convinha a solução dos conflitos pelos próprios interessados. E, por uma espécie de pacto social, convencionou-se que eles deveriam ser resolvidos por alguém que não participasse deles, e fosse mais forte do que os litigantes. Foi então que se atribuiu ao Estado a solução dos conflitos de interesse, em caráter exclusivo. Não podem mais aos envolvidos fazer valer os seus direitos por força, ou por qualquer outro meio indevido. A solução é atributo do Estado, a quem cumpre o poder-dever de solucionar tais conflitos.³⁵

Diante de uma desavença, ao particular somente é permitido pela lei provocar o Estado, que exerce com exclusividade o poder de processar e julgar, para que aprecie e solucione o problema. Neste sentido, Araujo Cintra, Grinover e Dinamarco expõem o conceito de jurisdição acerca do atributo estatal de solucionador de discórdias:

O Estado, já suficientemente fortalecido impõe-se sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritariamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.³⁶

Pelo exercício da jurisdição, o Estado substitui as vontades daqueles envolvidos em conflito. Trata-se, pois, a jurisdição de um poder-dever conferido ao Estado de manifestar-se sobre o direito incidente em determinado caso concreto trazido à sua apreciação, cabendo ainda ao Estado à efetivação da solução determinada, através da coerção, sendo manifestação do *imperium*, da soberania estatal, tendo como intento a realização do direito material.³⁷

A jurisdição, conforme explica André Gomma Azevedo, deve ser entendida como poder-dever do Estado de conferir a tutela jurisdicional, dizendo o direito e empregando os meios necessários para que sua aplicação:

³⁴ GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Novo curso de direito processual civil*, v.1. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2010, p.2

³⁵ GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p.29.

³⁷ DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. Revista LTr, v. 66, n. 6, jun. 2002. São Paulo, p. 665.

A jurisdição como função, poder e atividade do Estado por intermédio da qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação de determinado conflito por meio de critérios justos, impondo imperativamente determinadas decisões, [...].³⁸

Faz-se evidente que não é possível desvincular o processo da sociedade atual, visto que é através dele e da jurisdição que o Estado Moderno busca alcançar o objetivo, qual seja, alcançar a paz social. Cândido Rangel Dinamarco chama esses objetivos de “escopos” da jurisdição, dividindo-os em três categorias iniciais: sociais, políticos e jurídicos:

Fixar os escopos do processo equivale, ainda, a revelar o grau de sua utilidade. [...] em outras palavras: a perspectiva instrumentalista do processo e teleológica por definição e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos.³⁹

[...]

A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural); é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois o que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Ela tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do Estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito).⁴⁰

Os escopos sociais seriam aqueles dirigidos à efetiva pacificação social que se espera de um ordenamento jurídico. Ou seja, a eliminação dos conflitos pela utilização de critérios justos para solução das controvérsias, bem como o exercício da educação contínua, buscando a conscientização popular de seus direitos e deveres, aspirando à pacificação.

Já os chamados escopos políticos estão relacionados à função do ordenamento jurídico-processual entre as relações do Estado com os cidadãos, qual seja a dicotomia entre afirmação do poder de decisão imperativa estatal e limitação do poder estatal como forma de garantia ao exercício da liberdade e dignidade, através da participação dos cidadãos.

Por sua vez, os escopos jurídicos levam em conta a concreta letra da lei, atuando, pois, na efetivação do direito material, como explicam Soares e Massine:

O direito e o processo vivem em uma espécie de simbiose, primeiro, porque o processo é regido por normas de direito (normas estas que dizem como se dá à jurisdição e como se atinge o processo), segundo, porque o processo é

³⁸ AZEVEDO, André Gomma. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n. 24, março/2004, Brasília, p. 15.

³⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 149-150.

⁴⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.387.

ferramenta a serviço do direito, entendido, nesse caso, como o conjunto de normas e princípios.⁴¹

A partir do momento em que o Estado passa a exercer o poder de solucionar conflitos entre particulares fez-se necessário um instrumento ao escopo jurídico do Estado. Assim, surge a ideia do processo como instrumento de acesso à justiça através do qual se tornou possível aos litigantes solicitarem a intervenção do Estado, para, na pessoa do juiz, solucionar a questão divergente e resolver conflitos de forma justa, imparcial e equânime, valendo-se da legislação como parâmetro de conduta. Assim, o processo oferece a garantia de que a atividade jurisdicional será feita de modo limitado e disciplinado pelas normas processuais, estabelecendo limites à intervenção estatal na composição das lides, sendo vedada qualquer prática não prevista em lei.

Quanto à finalidade do processo, conforme elucida Moacyr Amaral Santos, a doutrina trata de três correntes distintas. A corrente subjetivista aponta que as normas processuais serviriam apenas à defesa dos interesses juridicamente protegidos pelo ordenamento. A corrente objetivista defende que, apesar de a jurisdição ser provocada pelo interesse privado, ao fazer atuar o direito subjetivo das partes, o processo estaria, na verdade, realizando o direito objetivo. Uma terceira corrente, por sua vez, busca conciliar as duas primeiras, afirmando que ao fazer atuar o direito objetivo, além de proteger o interesse público de observância da lei, o processo também está servindo de instrumento para tutela do interesse individual.⁴²

O Estado como representante da soberania de seu povo assume a responsabilidade pela manutenção do bem-estar de seus membros, incumbindo-se da função jurisdicional, utilizando um sistema processual para dirimir conflitos. Assim, o processo é o instrumento de atuação do Estado, através do qual impõe suas normas, fazendo valer as leis ditadas por seu ordenamento jurídico, buscando a proteção tanto do interesse público quanto particular, a serviço da paz social. Candido Rangel Dinamarco ensina que “o processo é instrumento predisposto ao exercício do poder e que este consiste na capacidade de decidir e impor decisões”.⁴³

⁴¹ MASSINE, Maiara Cristina Lima; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. *O processo como instrumento do estado democrático de direito*. Dir., Pol. Publ. e Mundial. Brasília: Prismas, v. 7, n. 2, p. 1-33, jul./dez. 2010. p. 23.

⁴² SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21-22

⁴³ DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 179.

Neste interim, o processo, em sua função pacificadora, deve assegurar a aplicação dos preceitos fundamentais, sendo matéria de direito público. Não basta, pois, apenas a realização do direito material, mas a busca pela realização do ideal de justiça. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira equacionando de maneira adequada direito e processo e processo e Constituição, afirma:

Nessa perspectiva, o processo é visto, para além da técnica, como fenômeno cultural, produto do homem e não da natureza. Nele os valores constitucionais, principalmente o da efetividade e o da segurança, dão lugar a direitos fundamentais, com características de normas principais. A técnica passa a segundo plano, consistindo em mero meio de atingir o valor. O fim último do processo já não é mais apenas a realização do direito material, mas a concretização da justiça material, segundo as peculiaridades do caso. A lógica é argumentativa, problemática, da racionalidade prática. O juiz, mais do que ativo, deve ser cooperativo, como exigido por um modelo de democracia participativa e a nova lógica que informa a discussão judicial, ideias essas inseridas em um novo conceito, o de cidadania processual.⁴⁴

O direito processual segue parâmetros e ditames do direito constitucional, aos quais chamamos de princípios. Regido pela Constituição Federal, o sistema processual deve abranger a garantia ao processo justo, bem como a garantia de acesso à justiça e devido processo legal, conforme artigo 5º, XXXV – “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”; e LIV – “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”; dentre outros princípios destes derivados.

Ademais, o texto constitucional apresenta diversos fundamentos assecuratórios da obtenção da tutela do Estado, dentre eles, acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45, o inciso LXXVIII ao art. 5.º da Constituição, segundo o qual “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”. Este inciso visa garantir não só o acesso à justiça, como também a prestação judicial em tempo razoável, o que é essencial para a realização do justo. Nas sábias palavras de Rui Barbosa: “*justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta*”.⁴⁵

⁴⁴ OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010 p. 23.

⁴⁵ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.

2. CRISE DO PROCESSO E NECESSIDADE DE OUTRAS FORMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante do exposto anteriormente, pode-se constatar que poucos não foram os esforços do legislador em proporcionar meios que assegurassem a resolução de lides de forma justa, imparcial e célere. Pode-se afirmar que a legislação brasileira contempla um processo dinâmico, apto a propiciar a todos um encurtamento da distância da efetiva justiça, seja no que tange à ampliação das vias para os menos favorecidos, seja pela abrangência de um número maior de beneficiados quando falamos de direitos difusos, e até mesmo pela simplificação dos aspectos procedimentais existentes e implantação de novos procedimentos, supostamente mais ligeiros, tal qual a instituição dos juizados especiais, cuja característica se funda na simplicidade do rito, almejando o binômio tempo-efetividade.⁴⁶

Não obstante a adoção de providências diversas para assegurar o acesso à justiça, uma grande insatisfação assola a sociedade que anseia por respostas imediatas aos conflitos. Embora o que se busque seja o alargamento das vias de acesso ao judiciário, a estrutura do Poder Judiciário não consegue absorver a demanda crescente. É necessário, pois, observar com acuidade essas medidas de acessibilidade, uma vez que podem esconder armadilhas capazes de emperrar o sistema, culminando em lentidão e decisões desacertadas.

Mauro Cappelletti propõe a seguinte reflexão:

[...] as mudanças tendentes a melhorar o acesso por um lado podem exacerbar barreiras por outro. Por exemplo, uma tentativa de reduzir custos é simplesmente eliminar a representação por advogados em certos procedimentos. Com certeza, no entanto, uma vez que litigantes de baixo nível econômico e educacional provavelmente não terão capacidade de apresentar seus próprios casos, de modo eficiente, eles serão mais prejudicados que beneficiados por tal “reforma”. Sem alguns fatores de compensação, tais como um juiz muito ativo ou outras formas de assistência jurídica, os autores indigentes poderiam agora intentar uma demanda, mas lhes faltaria uma espécie de auxílio que lhes pode ser essencial para que

⁴⁶ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.18.

sejam bem-sucedidos. Um estudo sério do acesso à Justiça não pode negligenciar o inter-relacionamento entre as barreiras existentes.⁴⁷

Deste modo, temos que não basta a exclusão da onerosidade do processo. O custo de buscar a resposta junto ao Poder Judiciário pode sair caro para a parte mais vulnerável, uma vez que nem sempre consegue suportar a morosidade do sistema, e nem sempre consegue dirimir suas dúvidas e ter conhecimento acerca de seus direitos. Segundo expõe Pasetti:

A demora na prestação da tutela acaba gerando uma prática que, infelizmente, vem se tornando costumeira na militância diária do foro; aqueles que têm algum direito violado por outrem e não possuem condições de esperar pela justiça, acabam realizando acordos muito mais favoráveis aos demandados (v. g. na Justiça do Trabalho, onde os reclamantes realizam acordos por valores quase que insignificantes, tendo em vista suas necessidades precípuas de sobrevivência, não poderem aguardar o desfecho das reclamações propostas).⁴⁸

A demora na prestação da tutela, sem dúvida, representa uma das principais ameaças da efetividade do processo. É reflexo da morosidade no desenlace das lides o aumento da angústia experimentada pelas partes. José Renato Nalini apronta que a própria demanda já abriga uma carga de aflição que lhe deu origem, e a perduração no tempo só faz prolongar a agonia, alimentada pela incerteza de qual será o desfecho da situação.⁴⁹

Outro embate a ser ressaltado diz respeito à função jurisdicional do Estado e ao processo que esbarram em limites inerentes ao próprio direito. Seria ingenuidade pensar que toda e qualquer situação exposta à apreciação de um juiz togado resultaria em total conformidade e aceitação das partes. Não existe uma solução absoluta, pronta e acabada para todo e qualquer conflito intersubjetivo de interesses, tão logo este se verifique. Neste sentido, as palavras de José Roberto Freire Pimenta traduzem esta inquietação:

A busca pela efetividade do direito processual, concebido como mecanismo de concretização do direito material do qual é ele o instrumento inafastável, tem trabalhado várias questões que são complementares. Em síntese, procura-se abandonar o tecnicismo e o formalismo excessivos para construir um processo de resultados, capaz de concretizar, na realidade prática e dentro de um tempo razoável, a finalidade precípua da função jurisdicional: a pacificação, com justiça, dos conflitos intersubjetivos de interesses. Isso se deve a uma constatação realista que é comum a todos os sistemas jurídicos mais avançados do mundo contemporâneo: a consciência de que esse

⁴⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002. p. 29.

⁴⁸ PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2002. p. 51-52.

⁴⁹ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 122.

instrumento processual, por melhor que seja, tem limitações óbvias e inevitáveis.⁵⁰

[...]

É preciso admitir, portanto, que é impossível à máquina judiciária estatal resolver todos os dissídios que lhe forem submetidos através de sentenças (as quais, em sua maioria, ainda precisarão ser executadas após o seu trânsito em julgado) – é que, se for preciso esgotar sempre todas as etapas e fases processuais necessárias para se chegar à efetiva satisfação dos direitos em definitivo reconhecidos como existentes, nunca haverá recursos públicos suficientes para montar e custear um aparato jurisdicional capaz de atender, em tempo razoável, a todos esses litígios. Diga-se expressamente: nenhum ramo do Poder Judiciário está preparado para instruir, julgar e, se necessário, executar as sentenças condenatórias proferidas em todos (ou quase todos) os processos que lhe forem ajuizados. As consequências desse quadro já são, aliás, de conhecimento geral e infelizmente estão presentes em vários setores do Judiciário brasileiro: uma Justiça assoberbada por um número excessivo de processos é inevitavelmente uma Justiça lenta e de baixa qualidade. Então, é de lógica e de bom senso trabalhar, estimular e explorar as múltiplas vertentes alternativas de solução dos conflitos de interesses.⁵¹

Além da delonga para a solução, muitas das vezes a sentença judicial não atende ao esperado, indo de encontro à expectativa das partes. Não raro autor e réu saem insatisfeitos, permanecendo latente a desavença e o ódio. Os aspectos psicológicos da discórdia permanecem inalterados, uma vez que o desenlace se dá apenas nos aspectos processuais. Fica comprometida a finalidade precípua da justiça. O Estado falha na promoção da paz social.

2.1 DIFICULDADES FRENTE À CRISE DA JUSTIÇA

A crescente judicialização das relações sociais tem levado aos tribunais os mais variados conflitos, que envolvem desde questões patrimoniais até questões de cunho religioso, moral e cultural. Trata-se de um fenômeno social: na medida em que as pessoas se tornam cientes de seus direitos, mais buscam a tutela do Estado. O fato é que a comunidade passou a demandar mais e o judiciário não conseguiu acompanhar esse crescimento.

⁵⁰ PIMENTA, José Roberto Freire. *A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. Revista LTr, v. 65, n. 02, fev. 2001, São Paulo, p.152.

⁵¹ PIMENTA, José Roberto Freire *apud* ALMEIDA, Selene Maria de. *O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça*. Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça, n.22, jul./set. 2003, Brasília, p. 20-24.

O sistema jurídico de resolução de conflitos utilizado no Brasil é insuficiente à satisfação da pretensão dos que o buscam, devido ao excesso de demanda em detrimento da estrutura judiciária disponibilizada. O trâmite processual se faz demorado e ineficaz, o que acarreta a insatisfação daqueles que buscam através dele o desempate das controvérsias.

A descrença da população em relação ao poder judiciário em geral é manifesta. A pesquisa Índice de Confiança na Justiça – ICJBrasil – realizada pela Fundação Getúlio Vargas, em 2016, analisou opinião da população sobre a Justiça e a forma como ela presta o serviço público.

Os resultados demonstram que apenas 29% das pessoas entrevistadas confiam no poder judiciário. Tal percentual encontra-se bastante abaixo de outras instituições como a Igreja Católica (57%) e as Forças Armadas (59%).⁵²

A pesquisa aponta ainda para outros problemas levantados pelos entrevistados:

- 50% consideram que a maioria dos juízes é honesta;
- 41% consideram que a maioria dos advogados são honestos;
- 75% acreditam que a decisão do juiz deve ser obedecida;
- 74% responderam que devem seguir à lei mesmo discordando dela;
- 76% acreditam que é fácil desobedecer à lei no Brasil;
- 59% acham que existem poucas razões para uma pessoa seguir a lei no Brasil.⁵³

Embora a legitimidade do poder judiciário e seus serviços venham sendo amplamente questionados, a mesma pesquisa revelou que a maioria dos entrevistados (89%)⁵⁴ “certamente” procuraria o Judiciário para resolver eventuais conflitos, apesar de todos os problemas afirmados. Há uma tendência no Brasil de que todos os conflitos devem ser dirimidos perante o sistema judiciário. Trata-se de uma cultura da judicialização.

Faz-se importante entender os principais motivos que arrebata a credibilidade de ação da justiça no Brasil, evidenciando os principais problemas. O conhecimento é requisito fundamental da boa gestão, por isso, mister se faz a análise dos dados do Poder Judiciário para fornecer subsídios à construção de soluções para o aperfeiçoamento dos

⁵² FGV. *Índice de Confiança na Justiça* (ICJBrasil), a. 8, mai/jun, 2016. p.15.

⁵³ FGV. *Índice de Confiança na Justiça* (ICJBrasil), a. 8, mai/jun, 2016. p.17-19

⁵⁴ Média aritmética do percentual encontrado para os “motivos que levariam o entrevistado a buscar o judiciário”, dos quais: direito do consumidor (92%); relações com o Poder Público (90%); direito de família (87%); relações de trabalho (91%); prestação de serviço (88%); e relações de vizinhança (87%). FGV. *Índice de Confiança na Justiça* (ICJBrasil), a. 8, mai/jun, 2016. p. 14.

serviços de justiça, possibilitando o implemento de novas estratégias capazes de superar os entraves encontrados.

O Conselho Nacional de Justiça – CNJ –, através do seu Departamento de Pesquisas Judiciárias, desde 2004, vem editando anualmente o relatório chamado “Justiça em Números”⁵⁵, o qual divulga dados consistentes a respeito da estrutura e litigiosidade dos tribunais, permitindo um conhecimento mais exato da realidade do Poder Judiciário no Brasil. A publicação demonstra como atuam os órgãos do Poder Judiciário, suas despesas e receitas, as estruturas orgânicas e como se formam e se decidem os litígios conduzidos ao Estado-juiz. Por este meio, o CNJ procura aproximar o cidadão da missão do judiciário, colocando-o a par dos detalhes desta gestão, em consonância com o direito fundamental à informação através de políticas de transparência.

O Relatório Justiça em Números é regido pela Resolução CNJ 76, de 12 de maio de 2009 (norma que tem norteado a coleta e a sistematização dos dados), e compõe o Sistema de Estatísticas do Poder Judiciário (SIESPJ). Os dados do SIESPJ devem ser obrigatoriamente informados pela Presidência dos Tribunais, os quais se regem pelos princípios da publicidade, eficiência, transparência, obrigatoriedade de informação dos dados estatísticos e presunção de veracidade.

O relatório mais recente, divulgado no ano de 2016, referente ao ano-base 2015, traz uma visão atual do real funcionamento do poder judiciário partir dos dados fornecidos por 90 tribunais, divididos em cinco segmentos: Justiça Estadual, Justiça Federal, Justiça do Trabalho, Justiça Militar, Justiça Eleitoral, além dos Tribunais Superiores (exceto Supremo Tribunal Federal).

Os indicadores estatísticos fundamentais apresentados são insumos, dotações e graus de utilização – receita, despesas e estrutura; litigiosidade – carga de trabalho, taxa de congestionamento, produtividade e recorribilidade; acesso à justiça; e, pela vez primeira, esta edição do relatório também contabiliza o prazo de duração do processo, permitindo comparações entre ramos do judiciário e os respectivos órgãos, esclarecendo o período de permanência e dinâmica do acervo e o período decorrido até a sentença e até a baixa definitiva do processo.

⁵⁵ Todos os dados estatísticos a respeito da análise do Poder Judiciário apresentados nos parágrafos que se seguem são referentes ao ano de 2015, colhidos do Relatório “Justiça em números”, publicado em 2016. (BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016).

Os dados levantados revelam o tamanho da estrutura do Poder Judiciário, que compreende aproximadamente 16 mil cartórios judiciais, divididos entre varas de competências específicas, juizados especiais, zonas eleitorais e auditorias militares, para atender a população brasileira distribuída em 5.570 municípios. Aproximadamente 65% das unidades judiciárias são integrantes da Justiça Estadual, 19% da Justiça Eleitoral, 10% da Justiça do Trabalho e 6% da Justiça Federal.

Apresentando uma síntese do panorama global dos dados levantados no ano de 2015, tem-se que as despesas totais do Poder Judiciário somaram aproximadamente R\$ 79,2 bilhões, o que representou um crescimento de 4,7% em relação ao ano anterior. Essa despesa equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, e a 2,6% dos gastos totais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios, equivalente ao custo de R\$ 387,56 por habitante. Há, por outro lado, a arrecadação em forma de receitas, que alcançou a cifra de R\$ 44,7 bilhões, o que correspondeu a um retorno da ordem de 56% das despesas efetuadas.

Quanto à força de trabalho, o Poder Judiciário contou com a atuação de 17.338 magistrados, dos quais 75 ministros de Tribunais Superiores (0,4%), 2.211 desembargadores (13%), 170 juízes substitutos de 2º grau (1%) e 14.882 juízes de primeiro grau (85,6%). Cumpre informar que existem 22.423 cargos de magistrados criados por lei, dos quais 1.161 pertencem a juízes afastados de suas funções e 5.085 estão vagos. Apesar da série histórica de 2011-2015 apontar para um aumento de 6% no número de cargos existentes, o número de cargos providos cresceu em apenas 3%.

O Judiciário contou também com uma equipe de 278.515 servidores, dos quais 78,8% estariam lotados na área jurídica e 21,2% na área administrativa.

Por fim, o Poder judiciário conta ainda com o apoio de 155.644 trabalhadores auxiliares, que se dividem entre terceirizados (47%), estagiários (42%), conciliadores (7%), juízes leigos (2%) e voluntários.

O Poder Judiciário finalizou o ano de 2015 com quase 74 milhões de processos em tramitação. Mesmo tendo baixado 1,2 milhão de processos a mais do que o quantitativo ingressado (índice de atendimento à demanda de 104%), o estoque aumentou em 1,9 milhão de processos (3%) em relação ao ano anterior.

A Justiça Estadual é o segmento responsável por 69,3% da demanda e 79,8% do acervo processual do Poder Judiciário. Em segundo lugar, por sua vez, está a Justiça Federal no que tange ao acervo (12,9% do total), e a Justiça do Trabalho (14,9% do total), no

que tange à demanda. A Justiça Federal foi a única que conseguiu reduzir o número de casos pendentes em 2015 (-3,7%), mesmo que sutilmente. No total, o crescimento dos casos pendentes foi de 2,6% no último ano e 21,8% no período 2009-2015. Os casos novos retraíram no último ano (-5,5%), fenômeno observado em todos segmentos de justiça, à exceção da Justiça do Trabalho (alta de 1,7%). Em 2015, ingressaram 1,6 milhão de processos a menos que em 2014.

Verifica-se que os indicadores de taxa de congestionamento, índice de atendimento à demanda e de processos eletrônicos cresceram no ano de 2015. O IAD foi de 104,4%; a taxa de congestionamento teve crescimento sutil em 0,5 ponto percentual e chegou a 72,2% e os processos eletrônicos, em intensa curva de crescimento, já representam mais da metade dos processos novos. Mais da metade dos processos ingressaram eletronicamente no Poder Judiciário em 2015, o que implica o universo de 13,6 milhões de processos.

Em 2015, o Poder Judiciário operou com um estoque de cerca de 100 milhões de processos, dos quais 27% correspondem a casos novos e 74% representam casos pendentes, e um total de processos baixados em torno de 28 milhões, atingindo Índice de Atendimento à Demanda de 104%, o que representa 5 pontos percentuais nos indicadores de produtividade. Estima-se, entretanto, uma Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário de 72% ao ano.

Na Justiça Estadual, além do acervo de 59 milhões de casos pendentes, ingressaram no ano de 2015 mais de 18 milhões de casos novos. A impossibilidade de dar vazão ao número de processos ingressados no período que contribuiu para o aumento no volume de processos pendentes (3% a mais que em 2014) e manutenção da alta taxa de congestionamento (75%). Já na Justiça Federal, o volume de casos novos é próximo de quatro milhões, no entanto, diante de sua especificidade, os casos pendentes representam o dobro do ingresso de novos feitos (8 milhões). A média da taxa de congestionamento desse ramo é de 72%.

Em relação ao tempo médio de tramitação dos processos, observa-se importante variação entre os tribunais e instâncias, devido às particularidades de cada um, não havendo como prover comparações. As maiores faixas de tempo estão concentradas no tempo do processo pendente, em específico na execução da Justiça Estadual (8 anos e 11 meses) e da Justiça Federal (7 anos e 9 meses). Destaca-se que a execução (4,3 anos) leva mais que o

dobro de tempo do conhecimento (1,5 ano) para receber uma sentença. O dado, contudo, é coerente com o observado na taxa de congestionamento.

Novo indicador apresentado na edição de 2016 é o índice de homologação de acordos, revelando o resultado das políticas de estímulo à conciliação e à mediação no Brasil. A conciliação e a mediação, a despeito de serem agendas antigas do CNJ, ainda não haviam seus números oficiais divulgados ampla e sistematicamente. No 1º grau a conciliação é de 13%; sendo a trabalhista, a justiça mais conciliadora, com 31,1% dos casos solucionados por meio de sentenças homologatórias de acordo. Nas rotinas de trabalho dos órgãos de 2º grau de jurisdição, são incomuns as providências de aproximação, conciliação ou mediação entre as partes de um recurso, atingindo o percentual ínfimo de menos de 1%.

As estatísticas levantadas pelo CNJ apontam para um diagnóstico de crise em virtude do congestionamento do Judiciário. Os indicadores de desempenho e produtividade dos magistrados e servidores demonstram uma grande desnivelamento entre os tribunais: Alguns com altíssima produtividade, outros com desempenho insuficiente.

A adoção das metas de produtividade pela Justiça é vista como positiva para a maioria dos magistrados.⁵⁶ A demarcação de metas a serem atingidas teria como objetivo assegurar que os processos tenham duração razoável, privilegiando a celeridade. Entretanto, há de se considerar que não basta agilidade de julgamento, mas qualidade de fundamentação para decisões acertadas.

2.2 NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE OUTROS MEIOS DE SATISFAÇÃO DE CONFLITOS

Muito se tem falado em crise da justiça: a sobrecarga de processos nos Tribunais, a morosidade do processo em fases decisivas, a difícil efetividade do direito reconhecido, a burocratização dos juízes, a complicação procedimental.⁵⁷ Neste cenário, a tentativa de atingir a celeridade privilegia a produtividade e as decisões rápidas, buscando alcançar “metas empresariais”. Essas decisões muitas vezes mostram-se insuficientes ou

⁵⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Censo do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2014.

⁵⁷ SENA, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007. p.101

equivocadas, acirrando os ânimos e falhando na função pacificadora, colhendo o desprestígio das decisões judiciais e, em *ultima ratio*, uma situação de descrédito às instituições democráticas.

Observa-se, pois, uma inversão de valores. Troca-se a qualidade pela quantidade. Adverte Luiz Fernando Ferreira de Souza Filho que “quanto melhores as condições da estrada, maior será o fluxo de veículos, e como tal, maior será o congestionamento”⁵⁸ do sistema de justiça. É comum a todos os sistemas jurídicos do mundo contemporâneo a consciência de que o instrumento processual, por melhor que seja, apresenta limitações óbvias e inevitáveis.

Impende destacar acerca do direito fundamental à duração razoável do processo, considerando eficácia e eficiência⁵⁹, os dizeres de Joaquim Domingos de Almeida Neto:

Dentro do conceito de “razoável duração do processo” e de acesso aos “meios que garantam a celeridade de sua tramitação” resta presente a noção de que não só está garantindo o acesso ao socorro judicial, mas ao socorro judicial em tempo oportuno à natureza do conflito e com o uso do meio mais adequado às suas características intrínsecas. A garantia trazida pela Emenda 45 não se limita à questão da eficiência. Vai além e exige eficácia da resposta fornecida pelo Estado Juiz.⁶⁰

Ao repensar o acesso à Justiça em um sentido mais amplo, torna-se imperativo buscar um sistema judiciário além do plano formal, uma vez que conflitos diversos comportam tratamentos também diversos. A partir de então, ganham notoriedade as formas de composição de litígios alternativas à administração e resolução dos conflitos sociais. Há uma busca por soluções que resolvam, ou ao menos amenizem o problema da crise instaurada, restaurando a credibilidade do poder judiciário.

Faz-se conveniente o estímulo à utilização de outras formas de resolução de conflitos, como a conciliação, a mediação e a arbitragem. Estas opções são passíveis de ampliar o acesso à Justiça, melhorar sua efetividade, auxiliar na redução do número de

⁵⁸ SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. *Pacificação/Administração de Conflitos Sociais e a Realização da Justiça*. Revista da EMERJ - v. 15 n. 59. Rio de Janeiro: 2012. p.25.

⁵⁹ Eficiência e eficácia dentro dos conceitos de Peter Drucker - eficiência consiste em fazer certas as coisas; eficácia, em fazer as coisas certas. *Apud*: ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos. *A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas*. TJRJ. Rio de Janeiro: 2011

⁶⁰ ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos. *A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas*. TJRJ. Rio de Janeiro: 2011

demandas que tramitam pelo Poder Judiciário e, por conseguinte, diminuir o tempo de resolução da lide, propiciando enfim, uma “saída” da Justiça.

Existem vantagens óbvias tanto para partes como para o sistema jurídico em se buscar a resolução de um conflito sem a necessidade de julgamento. Isso porque as soluções consensuais costumam ser mais rápidas e, por terem sido acordadas, são cumpridas com muito mais eficácia que aquelas impostas pelo Poder Judiciário.

No entanto, é necessário que ocorra uma mudança cultural, reconsiderando a visão que se tem de acesso à justiça no sentido de que toda demanda deve ser judicializada. Deve-se romper com a visão tradicional de que a prestação jurisdicional só pode ser dada pelo Juiz a partir da sentença, de uma ordem imposta às partes. Devem ser defendidas outras formas de desenvolver e promover a cultura voltada à paz social, escopo também da atividade judicial.

Incumbe-se aos órgãos do Poder Judiciário o dever de oferecer, além da solução determinada mediante sentença, outros mecanismos de solução de controvérsias, em especial os meios consensuais, como a mediação e a conciliação, assim como prestar atendimento e orientação ao cidadão. Estes meios têm se desenvolvido no Brasil através das recentes mudanças e novidades da legislação, mas, para que avancem ainda mais, é preciso que sejam mais difundidos, conhecidos, aceitos e utilizados.

Inegável é que o aumento contínuo de casos novos que demandam uma solução junto ao Poder Judiciário é um desafio que deve buscar soluções alternativas, tais como os empreendimentos de arbitragem, conciliação e mediação, consonante as orientações do Novo Código de Processo Civil.

3. MEDIAÇÃO COMO MEIO PROPÍCIO PARA A SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Diante dos problemas apresentados no capítulo anterior, observa-se que na busca de atenuar e ultrapassar os entraves do Poder Judiciário surge meios alternativos⁶¹ para solução de conflitos, que não se encontram necessariamente dentro do Poder Judiciário. Trata-se de meios reconhecidos pelo Estado que procuram satisfazer as controvérsias de forma descentralizada, funcionando como um apoio ao Poder Judiciário na obtenção do acesso à justiça com qualidade, agilidade e eficácia.⁶²

A Resolução CNJ 125/2010⁶³, que institui a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, representa iniciativa em busca de uma justiça com o protagonismo das partes, constituindo uma política de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos, como alternativa capaz de solucionar os litígios antes mesmo da instauração do processo.⁶⁴

⁶¹ Há divergência doutrinária quanto à nomenclatura utilizada. Alguns autores brasileiros utilizam a denominação “Meios Alternativos de Solução de Conflitos - MASC”; “Meios Extrajudiciais de Solução de Conflitos – MESC”; “Resolução Alternativa de Disputas - RAD”; ou ainda o termo em inglês “Alternative Dispute Resolution - ADR”. Alguns autores, entretanto, questionam o termo “alternativo”, ao entender que poderia gerar uma conotação de contrariedade ao Poder Judiciário, uma falsa ideia de exclusão, preferindo assim, utilizar o vocábulo “propício” ou “complementar.” DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: Direito Processual em Movimento. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.88

⁶² DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: Direito Processual em Movimento. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p 87-88

⁶³ Os institutos de mediação e conciliação fazem parte da Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesse, instituída pelo Conselho Nacional de Justiça por intermédio da Resolução 125 de 29 de novembro de 2010. Seus pressupostos visam estimular o aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de conflitos. A resolução 125/2010 do CNJ não faz distinção entre os institutos mediação e conciliação, tratando ambos como parte de uma política pública permanente de estímulo a soluções adequadas mesmo antes do ajuizamento das demandas, de forma preventiva. Com base nos considerandos e no primeiro capítulo da Resolução 125, observa-se o esforço do CNJ no sentido de mudança na forma com que o Poder Judiciário se apresenta, almejando não só à celeridade, mas a efetividade das soluções e estímulo à cultura da pacificação. (BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília/DF: CNJ, 2015. p.11-12).

⁶⁴ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. Coleção saberes do direito. v. 53. São Paulo: Saraiva, 2012. p.68.

Os meios alternativos de solução de conflitos mais conhecidos e utilizados no Brasil são a negociação, a mediação, a conciliação, e a arbitragem. Em síntese: a negociação é um processo de troca de informações entre as partes que buscam alcançar um acordo sem a intervenção de um terceiro; a mediação consiste em uma negociação assistida, onde um terceiro irá facilitar a comunicação entre as partes, para a composição de uma solução benéfica e satisfatória para ambas; já na conciliação, há a figura de um terceiro interventor, que irá exercer uma função interveniente, propondo e sugerindo soluções; e por fim, mais próxima das sentenças judiciais, a arbitragem é meio extrajudicial de solução de conflitos, considerado heterocompositivo, no qual o árbitro é escolhido pelas partes para decidir situações de litígio. A decisão arbitral não está sujeita a recurso e constitui título executivo judicial.⁶⁵

Ao examinar as formas alternativas de resolução de conflitos, Fátima Nancy Andriighi aclama a mediação pelos benefícios que esta pode proporcionar, devendo receber maciço investimento para sua aplicação adequada em determinados tipos de desavenças.⁶⁶

3.1 CONCEITO DE MEDIAÇÃO

Proveniente do verbete latino *mediare* o termo mediação significa dividir ao meio, repartir em partes iguais, ou então, *mediatio*, intervenção, intercessão, colocar-se entre dois pontos. Mediar traz a ideia de dividir igualmente perdas e ganhos, de maneira pacífica.⁶⁷

Pautada na autocomposição, o conceito mais usual de mediação trata o instituto como meio propício para resolução de conflitos, onde um terceiro é chamado para conduzir as partes a uma solução ou acordo.⁶⁸ Sendo objeto central desta pesquisa, cabe traçar a conceituação do instituto da mediação por diversos autores.

A começar pela definição de Gaio Júnior a mediação “é um meio alternativo e voluntário de resolução de conflitos, no qual o terceiro imparcial orienta as partes para a

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*. 2014.

⁶⁶ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação – um instrumento judicial para a paz social. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, set. 2006. p.136.

⁶⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.23.

⁶⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. P.28.

solução de controvérsias, sem sugerir. Na mediação, as partes se mantêm autoras de suas próprias soluções.”⁶⁹

No mesmo sentido, Adolfo Braga Neto explica:

...mediação é um método de resolução de conflitos em que um terceiro independente e imparcial coordena reuniões conjuntas ou separadas com as partes envolvidas em conflito. O objetivo deste terceiro, o mediador, entre outros, é o de estimular o diálogo cooperativo entre elas, para que alcancem a solução das controvérsias em que estão envolvidas.⁷⁰

E ainda nesta linha, Lília Maia de Moraes Sales conceitua como:

[...] procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoa imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória. O mediador é a pessoa que auxilia na construção desse diálogo.⁷¹

Segundo Maria de Nazareth Serpa, a mediação se trata de “um processo informal, voluntário, onde um terceiro interventor, neutro, assiste (a)os disputantes na resolução de suas questões”, conduzindo as partes às soluções, sem interferir na formação de opiniões.⁷²

Por sua vez, Amorim e Schabbel entendem que:

A mediação consiste em uma negociação assistida, caracterizada pela não-adversariedade, voluntariedade, imparcialidade, independência e sigilo, que envolve a intervenção solicitada e aceita de um terceiro.

As decisões permanecem sob a responsabilidade dos envolvidos no conflito, ou seja, o mecanismo ocorre por meio da participação de um especialista em comunicação e negociação, cuja função é facilitar a comunicação entre as pessoas em litígios e ajudá-las a alcançar uma solução de benefício e satisfação mútuos.⁷³

⁶⁹ GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p.29.

⁷⁰ BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos Relevantes sobre Mediação de Conflitos*. Revista da Arbitragem e Mediação. RArb. 15/85. Out. 2007. p.404.

⁷¹ SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC editora, 2007. p. 23

⁷² SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 90.

⁷³ AMORIM, Eliane Pelles Machado e SCHABBEL, Corinna Margarete Charlotte. *Mediação não é Conciliação: Uma reflexão acerca da especificidade desses dois meios de pacificação social*. In: Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem – coletânea de artigos./Carla Sahium Traboulsi (Org.) et al. Goiânia: Kelps, 2013.

O instituto da mediação é apresentado por Bacellar como uma técnica *lato sensu* destinada a aproximar as pessoas interessadas na resolução de um conflito a induzi-las a encontrar soluções criativas através da conversa, visando ganhos mútuos de modo a preservar o relacionamento entre elas.⁷⁴ Nas palavras do autor:

Como uma primeira noção de mediação, pode-se dizer que, além de processo, é arte e técnica de resolução de conflitos intermediada por um terceiro mediador (agente público ou privado) – que tem por objetivo solucionar pacificamente as divergências entre pessoas, fortalecendo suas relações (no mínimo, sem qualquer desgaste ou com o menor desgaste possível), preservando os laços de confiança e os compromissos recíprocos que os vinculam.⁷⁵

Na concepção de Luiz Alberto Warat, o que se busca é a alteridade, a recuperação do respeito e do reconhecimento do espaço do outro. A mediação é uma forma de resolução de conflitos sociais e jurídicos, na qual o intuito é a satisfação do desejo das partes de ver seu problema resolvido, através de um processo de construção e maturidade facilitado pelo mediador, substituindo a aplicação coercitiva de uma sentença.⁷⁶

Enfim, é possível sintetizar o instituto da mediação com as palavras de Cachapuz, que define:

A Mediação, como meio extrajudicial de resolução de conflitos, busca a figura de um terceiro (mediador) para levar as partes em desavença a alcançarem uma solução.

Ela tem por objetivo o reconhecimento do problema, gerador da controvérsia, com o intuito de elaborar juntamente com as partes, uma forma de solucionar ou transformar tal problema, sem que nenhum dos envolvidos se considere culpado.

[...]

A mediação pode ser considerada como o meio extrajudicial que visa a resolução do conflito, através de técnicas que levam os envolvidos a encontrarem suas próprias soluções.⁷⁷

Quanto ao conceito legal, a Lei nº 13.140/15, que será analisada adiante, define no parágrafo único do artigo primeiro:

⁷⁴ BACELLAR Roberto Portugal, *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, p. 174. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (Coord.). Acesso à justiça – Efetividade do Processo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷⁵ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. Coleção saberes do direito. v. 53. São Paulo: Saraiva, 2012. p.107.

⁷⁶ WARAT, Luiz Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação. Em nome do acordo*. 2. ed. Argentina: Almed, 1999. p.15.

⁷⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.34.

Art. 1º (...) Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Nancy explica que a ideia é que as partes depositem a confiança em um terceiro, que não o juiz, que irá orientá-las no sentido de entender e aceitar a posição do outro, atingindo um meio termo na satisfação do dissídio:

Sem adentrar na profícua discussão acerca do conceito de mediação, deve-se atentar apenas para a compreensão de que as partes estarão sendo orientadas por um profissional bem treinado, que tem a função precípua de ouvir os protagonistas e a habilidade de mostrar-lhes que nenhum deles é detentor da verdade total, mas que o outro, na maior parte das vezes, é o titular da parcela da verdade que pensa estar consigo.

Afastar o bloqueio gerado pela convicção da parte de que é absoluta titular da verdade constitui tarefa árdua e complexa que exige ser trabalhada por profissional plenamente qualificado, no qual as partes depositem a mesma confiança que conferem ao juiz.

Cabe ressaltar que a mediação, para além do desenlace de situações conflituosas, também se apresenta como um instrumento de recomposição das relações sociais, devendo ser aplicada a conflitos decorrentes de relacionamentos interpessoais continuados, como aqueles que envolvem cônjuges, familiares, sócios, vizinhos, entre outros. Isto é, deve ser utilizada em casos em que as relações entre as partes se mantêm, mesmo existindo controvérsias. Geralmente, tais conflitos envolvem sentimentos, tornando difícil a comunicação dos envolvidos, acarretando grande sofrimento.

A mediação é instituto adequado quando se trata de casos em que os envolvidos na disputa apresentam um vínculo anterior, que se rompeu pelo conflito, e que pode ser rearranjado pelo diálogo. Ensinam Cunha e Neto:

A mediação é medida mais adequada aos casos em que tiver havido vínculo anterior entre as partes, a exemplo do que ocorre em matéria societária e de direito de família. O mediador não sugere qualquer solução para o conflito. Sua função é a de auxiliar os interessados a compreender as questões e interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. Para tanto, o mediador vale-se de técnicas próprias, com diálogo, paciência, simplicidade e constante esclarecimento.⁷⁸

Através da mediação, busca-se demonstrar que o conflito não é algo negativo, mas elemento natural dos relacionamentos humanos e extremamente positivo quando bem

⁷⁸ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p. 387

administrado, uma vez que conduz as partes ao progresso, aprimorando as relações interpessoais e sociais.

3.2 EVOLUÇÃO LEGISLATIVA

Em que pese à mediação estar sendo apresentada como um instituto contemporâneo, sua existência como forma de solução de conflitos remete a longínquos momentos históricos, tendo sido utilizada desde os primórdios da humanidade, pelas culturas judaicas, cristãs, islâmicas, hinduístas, budistas, confucionistas e indígenas.⁷⁹ A mediação, em sua forma institucionalizada, é uma prática que vem sendo difundida mundialmente devido aos bons resultados que apresenta.

No Brasil, a mediação começou a ganhar forma legislativa em 1998 com o Projeto de Lei nº 4.827, oriundo de proposta da Deputada Zulaiê Cobra, que estabelecia a definição e algumas disposições a respeito do instituto. Com a “Reforma do Judiciário” introduzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004 e a apresentação de diversos Projetos de Lei que modificavam o Código de Processo Civil de 1973, o PL inicial restou prejudicado, tendo sido reformulado e, em 2003, fundido com o Anteprojeto de lei de autoria de Ada Pellegrini, em representação ao Instituto Brasileiro de Direito Processual e Escola Nacional da Magistratura, permanecendo então paralisado por anos.⁸⁰

Por iniciativa do então presidente do Senado José Sarney, em 2009 iniciou-se um processo para modernização do Código de Processo Civil. Presidida pelo Ministro do Superior Tribunal de Justiça Luiz Fux, foi convocada Comissão de Juristas com o objetivo de elaborar um Novo Código de Processo Civil, a qual apresentou importante preocupação com os institutos da conciliação e da mediação.

Em dezembro de 2012, o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução nº 125, que implementou a política pública para a solução de conflitos, trazendo diversas

⁷⁹ MENDONÇA, Angela Hara Bunomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 142-153, set./dez. 2004, p. 143.

⁸⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. p.2.

regras aplicáveis à mediação, estabelecendo uma metodologia para resolução de conflitos de forma não litigiosa.⁸¹

Após uma série de debates, e aprovação pelo Congresso Nacional em dezembro de 2014, foi somente em 16 de março de 2015 que a então Presidente Dilma Rousseff sancionou a Lei nº 13.105 – Novo Código de Processo Civil – que veio a entrar em vigor em março de 2016, trazendo consigo significativas mudanças.

O NCPC incorporou as normas da Resolução nº 125/2010 do CNJ, codificando tais disposições, criando um sistema integrado de resolução de disputas. O foco deixa de estar apenas no julgamento e passa para a solução do conflito de fato, através do mecanismo mais adequado em cada caso.⁸²

Tratados como normas fundamentais do processo civil, os meios consensuais foram consolidados no artigo 3º, §3º, do NCPC, que determina que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.”

Finalmente, o Marco Legal da Mediação se deu com a edição da Lei nº 13.140, em 26 de junho de 2015, que disciplina o instituto da mediação no direito brasileiro. A lei específica vai além do regulamento mínimo necessário, procurando preencher as lacunas deixadas pelo NCPC. A Nova Lei de Mediação surge em decorrência lógica do movimento de instauração de um novo paradigma, representando um significativo avanço para a promoção da cultura da pacificação.⁸³

3.3 LEI 13140/2015 – LEI DE MEDIAÇÃO

Vivencia-se hoje no Brasil o momento do Marco Legal da Mediação, com a produção de bases normativas voltadas para a regulamentação do processo de mediação,

⁸¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. p.3.

⁸² CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

⁸³ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo*. Agência CNJ de Notícias. 30/06/2015

objetivando oferecer maior segurança jurídica aos casos mediados, estabelecendo diretrizes capazes de estabilizar uma política pública de dispersão no Poder Judiciário, fomentando a utilização do instituto em diferentes espaços, públicos e privados, para tratar pacificamente diversos tipos de conflitos.⁸⁴

A Lei n.º 13.140 de 2015 dispõe sobre a mediação entre particulares, por via judicial ou extrajudicial, como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. A proposta, elaborada com a participação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), tem como uma das principais finalidades resolver conflitos de forma simplificada e rápida para ambas as partes e, com isso, reduzir a entrada de novos processos no Poder Judiciário.

Determina o artigo terceiro da lei os conflitos que podem ser objeto de mediação: aqueles que envolvam direitos disponíveis ou aqueles indisponíveis que admitam transação, desde que homologados em juízo após oitiva do Ministério Público. A mediação pode ainda tratar do conflito como um todo ou apenas partes dele que atenda aos requisitos.

A Lei de Mediação assegura aspectos importantes à prática do instituto, buscando consolidar um ambiente propício para o desenvolvimento de uma verdadeira cultura de pacificação. Assim, a lei disciplina princípios norteadores expressos, a prática da mediação judicial e extrajudicial, e ainda a possibilidade de mediação em conflitos envolvendo a administração pública. E como não poderia faltar, em seu artigo 1º, parágrafo único, apresenta o conceito legal do termo:

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

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

3.3.1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA MEDIAÇÃO

A Lei de Mediação consagra em suas disposições gerais de forma expressa os princípios que devem nortear todo o processo da mediação. São eles, conforme artigo 2º: “I -

⁸⁴ CARVALHO FARIAS, Juliana Guanaes Silva de. *Panorama Da Mediação No Brasil: Avanços E Fatores Críticos Diante Do Marco Legal*. Revista Direito UNIFACS. n. 188, Bahia, 2016. p.14

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”.

Prevê ainda, no parágrafo primeiro do mesmo artigo, que: *“Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação”,* o que se justifica pela busca de soluções pacíficas, almejando que a mediação, em sua utilização prévia ao processo judicial, contribua para a mudança cultural que se almeja no Brasil.

Também no artigo 2º, o parágrafo segundo assegura que *“ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”*, o que se entende por coadunar com a autonomia da vontade das partes e o direito inviolável de liberdade, assegurado pela Constituição Federal, afastando o entendimento de inconstitucionalidade da mediação obrigatória (que será objeto de análise adiante neste trabalho).

Isso posto, cabe breve análise dos princípios norteadores do instituto.

O princípio da imparcialidade do mediador implica na figura de um terceiro imparcial diante dos envolvidos no conflito a ser mediado, de forma a evitar qualquer tipo de favorecimento a alguma das partes no desenrolar do procedimento. É imprescindível que o mediador zele por um processo justo e imparcial em todo o seu trâmite, tratando as partes com igualdade.⁸⁵

Estando relacionado diretamente ao primeiro, o princípio da isonomia entre as partes pressupõe que os envolvidos devem ter possibilidades iguais para analisar todas as consequências do possível acordo, até a decisão final sobre a composição da lide.⁸⁶ Atentando-se para este princípio, o legislador entendeu oportuno que, embora a presença de advogado não seja obrigatória, caso uma das partes compareça acompanhada de patrono, o mediador deverá suspender o procedimento até que todos sejam devidamente assistidos, conforme:

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

⁸⁵ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007, p.61

⁸⁶ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007, p.61

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Prosseguindo, o princípio da confidencialidade determina que o mediador deva ser uma pessoa em que as partes confiem e sintam-se a vontade para expor seus sentimentos e expectativas, sem receio de que a outra parte possa ficar sabendo daquilo que pretendia manter em segredo.⁸⁷ É fundamental que as partes possam revelar ao mediador, de maneira mais ampla possível, a sua percepção real sobre o conflito em questão.

Buscando atender a este princípio, o sigilo das informações é declarado como dever do mediador (e de toda sua equipe), não podendo atuar como árbitro, representar qualquer uma das partes ou depor em juízo como testemunha, em processo arbitral ou judicial, sobre fatos que lhe foram confiados durante o procedimento de escuta da mediação, conforme expresso nos artigos 6º e 7º da Lei 13.140:

Art. 6º O mediador fica impedido, pelo prazo de um ano, contado do término da última audiência em que atuou, de assessorar, representar ou patrocinar qualquer das partes.

Art. 7º O mediador não poderá atuar como árbitro nem funcionar como testemunha em processos judiciais ou arbitrais pertinentes a conflito em que tenha atuado como mediador.

Tamanha importância desse princípio, o dever de confidencialidade também é expresso na seção IV do capítulo I da Lei, que trata especificamente do tema. O artigo 30 prevê que toda informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente autorizarem, ou quando sua divulgação for necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Ensina Cachapuz que:

O sigilo permite aos mediados ter segurança em saber que tudo a ser resolvido na mediação não poderá ser divulgado. Os envolvidos em um processo de mediação, tanto as partes como o mediador, assistentes e advogados, ficam proibidos de divulgar qualquer ocorrência advinda no desenlace do conflito, inclusive, os seus testemunhos são proibidos em qualquer juízo. [...] o sigilo propiciado na mediação poderá despertar maior interesse, no sentido de proteção da exposição do problema, possibilitando a sua transformação, sem que ninguém fique sabendo.⁸⁸

⁸⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p.388.

⁸⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.38.

Importante destacar que o dever de confidencialidade não atinge somente o mediador, mas também “às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação”, conforme expresso no parágrafo 1º do artigo 30.

Contudo, cabe advertir que a confidência deve ser entendida de forma mitigada.⁸⁹ Em exceção à regra, não estão sujeitos à confidencialidade informações relacionadas com a ocorrência de crime de ação pública.

A natureza jurídica da mediação é contratual uma vez que é firmada na soberania da vontade das partes, orientadas para um fim comum, qual seja de produzir consequência jurídica, criando, extinguindo, ou modificando direitos. Como tal, tem seu fundamento nos princípios da boa-fé e autonomia da vontade.⁹⁰ Assim, assegurada a autonomia da vontade das partes, que agem como autores, entende-se que a solução do seu conflito deve ser construída em conjunto – ou até mesmo em parceria. E é pela boa-fé que se espera haver maior conscientização pelas partes da necessidade de cumprimento do que for acordado.⁹¹

A mediação vai ao encontro dos aspectos de constituição de um contrato, que pode ser classificado como: plurilateral – por se tratar de duas ou mais pessoas voltadas para a solução de um conflito; consensual – uma vez que o acordo só se dará pela aceitação de todos; oneroso – devendo ser o mediador um profissional remunerado; e informal – visto que não há regras rígidas para o desenvolvimento do procedimento.⁹²

O princípio da informalidade rege a mediação no que tange à flexibilidade das regras para atingir o acordo. Embora o mediador – na forma da Lei – direcione todo o procedimento, não há burocracia nem exigências meramente protelatórias. A ênfase deve ser dada à rapidez e qualidade do serviço, porém, sem definir um prazo para o seu término.⁹³

⁸⁹ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011.p.102.

⁹⁰ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.35.

⁹¹ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p.389.

⁹² BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos Relevantes sobre Mediação de Conflitos*. Revista da Arbitragem e Mediação. RArb. 15/85. Out. 2007. p.407.

⁹³ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.39

A informalidade contribui também na disposição do espaço, que deve ser leve, transmitindo conforto e confiança. O ambiente propício ao processo de mediação é aquele capaz de tranquilizar os litigantes. O que se procura é a construção de um espaço dialético, que estimule a conversa livre e espontânea, propiciando momentos de criatividade para que as partes possam criar opções face à controvérsia. Ademais, a Lei admite a possibilidade de a mediação ser realizada por meio digital, dilatando o acesso ao instituto mesmo à distância, sedimentando tal princípio.

Em decorrência, o princípio da oralidade transmite a ideia de diálogo entre todos os envolvidos, a ser trabalhado com linguagem simples e de fácil compreensão. Ao passo que os litigantes conseguem se colocar no lugar do outro através da escuta e compreensão, o acordo passa a ser uma consequência lógica de um trabalho de cooperação.⁹⁴

3.3.2 O MEDIADOR

A credibilidade da mediação como processo eficaz para solução de conflitos depende diretamente do trabalho técnico do mediador, que deve ser de qualidade, embasado nos mais rígidos princípios éticos.

Como já visto, o mediador é um terceiro imparcial que atua no procedimento, de forma independente e imparcial, orientando, viabilizando e aperfeiçoando o diálogo entre as partes. É o mediador que irá auxiliar as partes na identificação dos conflitos e interesses, e na construção de alternativas, por elas próprias, para atingir um consenso.

O mediador deve ser capaz de detectar o conflito e caminhar junto às partes. Deve estar preparado para evitar mal-entendidos, clarificando a verdadeira intenção e sentimentos intrínsecos em cada conduta, para que não haja interpretações erradas pela parte adversa. É papel do mediador estimular os mediados a exporem seus sentimentos, tornando viáveis as discussões para reconhecimento de uma nova visão do aspecto gerador do conflito.⁹⁵

Segundo Buitoni, quanto ao seu papel, o mediador:

⁹⁴ BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos Relevantes sobre Mediação de Conflitos*. Revista da Arbitragem e Mediação. RArb. 15/85. Out. 2007. p.404.

⁹⁵ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.p.51

...diferentemente do Juiz, não dá sentença, diferentemente do árbitro não decide, diferentemente do Conciliador não estimula, nem faz propostas para chegar a um acordo. O Mediador fica no meio, não está nem de um lado e nem de outro, não adere a nenhuma das partes. As partes é que encontram a solução para seus problemas, se autocompondo.[...] O Mediador é um terceiro mesmo, uma terceira parte, quebrando o sistema binário do litígio jurídico tradicional. Ajuda a buscar livremente soluções, indo além dos limites do litígio, a partir da controvérsia mediada.⁹⁶

No mesmo sentido, descreve Braga Neto sobre o papel do mediador quanto à preocupação com a relação futura dos mediandos:

O mediador, em sua intervenção, coordena um processo de positivação do conflito, que nada mais é do que fruto da estrutura relacional existente entre eles no passado e presente, com a conscientização de que o futuro está em suas próprias mãos. [...] A atuação do mediador, portanto, é, na vertente do auxílio na administração do conflito, a fim de promover como resultado a responsabilidade, não somente gerada na inter-relação existente ou que existia, mas, sobretudo, no que poderá ser construído no futuro a partir dele.⁹⁷

Em relação ao perfil que se espera do mediador, observa-se a necessidade da interdisciplinaridade nos cursos de formação, uma vez que o mediador deve estar apto para lidar com aspectos emocionais, culturais, negociais, legais, entre outros. Deve ter conhecimento jurídico e de técnicas de manejo comportamental.⁹⁸

O mediador deve estar apto a ouvir, perceber e promover a harmonia. A estabilidade emocional desse profissional deve ser especialmente avaliada durante os cursos de formação, pois se o mediador não estiver em perfeitas condições psicológicas poderá influenciar de forma equivocada o processo. Nesse sentido, explica Moraes que:

...recomenda-se, devido à seriedade e cientificidade do instituto, que o mediador seja alguém preparado para exercer tais funções e que possua o conhecimento jurídico e técnico necessário para o bom desenvolvimento do processo. Ressalta-se, então, que profissional preparado para exercer a função de mediador utiliza-se de técnicas de manejo comportamental previamente programada a fim de estimular as partes a participar efetiva e proveitosamente das atividades do processo objetivando obter uma decisão que realmente pacifique a discordância.⁹⁹

⁹⁶ BUITONI, Ademir. *Mediar e conciliar: as diferenças básicas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 15, n. 2707, 29 nov. 2010.

⁹⁷ BRAGA NETO, Adolfo. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense 2008. p.78-79.

⁹⁸ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.53-54

⁹⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p.152.

O CNJ, através do Código de Ética de Mediadores¹⁰⁰, impõe aos mediadores uma conduta pautada em princípios fundamentais que são: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

Observados esses princípios, o mediador extrajudicial poderá ser qualquer pessoa civilmente capaz em que as partes confiem, e que tenha aptidão para desenvolver o procedimento. Já a mediação judicial exige do mediador, além da capacidade civil, pelo menos dois anos de graduado em curso superior reconhecido pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

A Lei de Mediação determina que o mediador seja designado pelo tribunal, que deverá manter um cadastro atualizado dos mediadores habilitados, ou escolhido pelas partes, respeitadas as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição que se aplicam aos juízes, sendo ainda equiparados a servidores públicos para fins penais.

A remuneração dos mediadores será estabelecida por cada tribunal, observados os critérios apontados pelo CNJ, e será custeada pelas partes, exceto no caso de comprovada insuficiência de recursos, quando será concedida a gratuidade.

De acordo com a complexidade do caso, havendo anuência das partes, é admitido mais de um mediador. A doutrina chama esse segundo de “comediador”, que deve ser um profissional especializado em área de conhecimento distinta do primeiro, e atinente à singularidade do conflito. A lei admite que as partes ou o próprio mediador requeiram a participação desse profissional auxiliar, o que será analisado pela necessidade de cada caso.¹⁰¹

¹⁰⁰ O Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais é parte anexa da Resolução 125 do CNJ, com redação dada pela Emenda nº2, de 08 de março de 2016. 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.

¹⁰¹ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: Direito Processual em Movimento. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.101

3.3.3 MEDIAÇÃO JUDICIAL E EXTRAJUDICIAL

Embora no PL original os termos mediação judicial e mediação extrajudicial fossem usados para distinguir a mediação exercida por um mediador advogado ou não advogado¹⁰², a Lei 13.140 diferencia os termos no que diz respeito ao procedimento em si e ao momento em que este acontece.

Assim, temos que a mediação extrajudicial é aquela que ocorre quando as partes optam por tentar resolver o conflito por meio da mediação antes de ingressarem na via judicial. Já a mediação judicial se dá após a ação já ter sido proposta, quando, então, as partes tentam um acordo facilitado pelo mediador.

A mediação extrajudicial é disciplinada como contrato, pautado na autonomia da vontade das partes. O legislador estabelece requisitos mínimos da previsão contratual para preservação do instituto, permitindo que as partes compactuem para melhor atender às especificidades do caso concreto. Há liberdade de escolha da pessoa do mediador e do local que acontecerão as reuniões. Salvo medidas de urgência, as partes comprometem-se a não iniciar processo arbitral ou judicial pelo prazo previamente acordado.

A mediação judicial, por outro lado, é entendida como aquela que será realizada em fase pré-processual ou no curso do processo judicial. O procedimento deve acontecer nos centros judiciários de solução consensual de conflitos criados pelos tribunais com essa finalidade. Neste caso, os mediadores não estarão sujeitos à aceitação prévia pelas partes, uma vez que serão escolhidos a partir do banco de mediadores cadastrados, e estas deverão estar acompanhadas de advogado ou defensor público obrigatoriamente.

3.3.4 O PROCEDIMENTO DA MEDIAÇÃO

Em relação ao procedimento a ser seguido, o legislador disciplina primeiramente os aspectos comuns da mediação extrajudicial e judicial, e em seguida, cada um deles separadamente.

¹⁰² DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: Direito Processual em Movimento. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.99

Quanto aos aspectos comuns, o artigo 14 e seguintes determinam as orientações a serem seguidas em ambos os procedimentos. Buscando privilegiar o meio pacífico de solução de controvérsias, o legislador possibilitou às partes optarem pela mediação mesmo que já haja um processo arbitral ou judicial em curso, hipótese em que o juiz ou árbitro suspenderá o processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio, salvo as medidas de urgência. Pelo mesmo período, ficará suspensa a prescrição.

O procedimento terá início na data estipulada para a primeira reunião e seu término se dá com a lavratura do termo final, pela celebração do acordo ou pelo encerramento a pedido do mediador ou das partes caso julguem ser em vão os esforços para compor o litígio. Havendo acordo, lavra-se o termo final, que constitui título executivo extrajudicial ou título executivo judicial se homologado pelo juiz.

Expressamente, a lei autoriza ao mediador realizar reuniões privadas com cada parte, ou em conjunto, conforme julgar necessário. O sigilo recebe destaque ao disciplinar que as informações reveladas pelas partes durante as sessões privadas não podem ser reveladas à parte contrária, salvo expressa permissão, o que confere segurança às partes para revelarem detalhes e os sentimentos mais íntimos. Conforme:

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

[...]

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

[...]

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

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

Isso posto, cabe descrever como funciona o procedimento na prática, em suas etapas a serem desenvolvidas pelo mediador em vista de alcançar o sucesso da pacificação. Embora não haja regras rígidas, a doutrina descreve técnicas de mediação que giram em torno

dos aspectos subjetivos da relação; da estrutura do conflito; e das questões objetivas em discussão.¹⁰³

Primeiramente, em uma fase que a doutrina chama de “abertura” ou “pré-mediação”, o mediador recebe as partes, que irão se identificar como os “mediandos”, e estabelece as regras básicas de tratamento a serem observadas durante todo o procedimento. Os mediados devem receber esclarecimentos acerca da mediação, do dever de sigilo e imparcialidade do mediador, da necessidade de comportamento pautado na boa-fé e respeito mútuo, exaurindo qualquer dúvida que tenham.¹⁰⁴ Também neste momento prévio, devem ser estipulados os honorários do mediador e formalizar a concordância do método de composição de conflitos.¹⁰⁵

O processo de mediação de fato se inicia com uma investigação voltada para a compreensão da natureza do conflito. Estimulando os mediados a exporem sua versão dos fatos acerca do conflito, o mediador deve desenvolver uma escuta atenta e neutra, a fim de compreender as razões da desavença e traçar um diagnóstico prévio¹⁰⁶.

No terceiro estágio, deve-se fazer uma delimitação dos interesses e das necessidades de cada mediando. Através da formulação de perguntas, o mediador possibilita às partes exporem seus anseios e aflições de maneira mais confortável.¹⁰⁷ Neste momento, devem ser exploradas técnicas diversas, em sessões privadas se necessário, formulando perguntas abertas – solicitando às partes que falam livremente sobre um tema determinado; circulares e reflexivas – estimulando as partes a fantasiarem e se colocarem no lugar da outra; e fechadas – a fim de esclarecer questões pontuais.¹⁰⁸

¹⁰³ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007. p.55.

¹⁰⁴ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007. p.59.

¹⁰⁵ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.99.

¹⁰⁶ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003. p.48

¹⁰⁷ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.99.

¹⁰⁸ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007. p.61

Esclarecidos os interesses e necessidades dos mediandos, segue-se para o estágio seguinte, denominado “*brainstorming*”¹⁰⁹, no qual o mediador incita as partes participarem ativamente da indicação de possíveis soluções. Neste momento fala-se apenas em possibilidades, abrindo espaço para criação de opções. Aquelas que forem visivelmente inviáveis devem ser descartadas.¹¹⁰

No estágio seguinte, o objetivo é a negociação das possibilidades, almejando a obtenção do acordo. O mediador deve reafirmar a imprescindibilidade da cooperação dos mediandos, que devem apresentar propostas e contrapropostas que atendam aos interesses de ambos os lados.¹¹¹

Obtendo um acordo total, parcial, ou permanecendo o impasse, segue-se para a etapa final, que é a formalização do que foi acordado através da elaboração do termo de mediação. O acordo deve ser redigido de forma clara e completa, em conjunto com as partes, que deverá ser assinado pelas partes e reconhecido pelo Estado.¹¹²

Ressalta-se que, uma vez firmado o acordo, este terá a mesma força de uma sentença judicial, com efeito vinculante. Desde que observados todos os requisitos legais necessários à sua existência e validade, aplica-se o princípio contratual *pacta sunt servanda*. Entretanto, a mera aceitação em participar do procedimento de mediação não tem efeito vinculante, podendo qualquer uma das partes desistir a qualquer momento. Os mediandos não devem ser coagidos a permanecer em mediação e não são obrigados a celebrar o acordo se não acharem conveniente.¹¹³

Importante ainda esclarecer que essas etapas são apenas referências técnicas. Apesar de ser útil ter um roteiro para seguir, o procedimento admite flexibilidade. O mediador tem a faculdade de adaptar o método de acordo com a resposta das partes, podendo

¹⁰⁹ *Brainstorming* é um termo da língua inglesa, cunhado pelo publicitário Alex Osborn em 1953, que significa em português ‘tempestade de ideias’. Trata-se de uma técnica que utiliza uma base quantitativa, baseada no princípio ‘quanto mais ideias, melhor’. (BAXTER, Mike. *Projeto de produto: Guia prático para o design de novos produtos*. São Paulo: Edgard Blucher, 2008. p.68).

¹¹⁰ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.98.

¹¹¹ DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.99.

¹¹² DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011. p.99.

¹¹³ DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pellegrine Grinover (org.) SP: Atlas, 2007. p.61.

desenvolver seu próprio estilo de atuação. Em suma, o sucesso da mediação não requer apenas a utilização de técnicas pré-determinadas, mas de uma incorporação dessas pelo mediador, que deve ser capacitado para adaptá-las para atender às necessidades das partes em conflito.¹¹⁴

3.3.5 O PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

A participação dos advogados no procedimento da mediação é um ponto relevante, uma vez que é obrigatória na mediação judicial, e pode o ser na mediação extrajudicial caso uma das partes opte pela presença deste, caso em que ambas deverão ser acompanhadas por advogado ou defensor público.

Para que a mediação seja bem sucedida, é fundamental que o advogado coopere com o mediador, mantendo a tranquilidade, apresentando-se “desarmado”. Ao advogado compete tranquilizar e conscientizar seu cliente acerca da autocomposição, incentivando o diálogo. Caso contrário, poderá frustrar a busca pela pacificação naquele momento e até prejudicar um possível acordo.

De acordo com o Manual desenvolvido pela OAB, é essencial ao trabalho do advogado saber avaliar se a mediação é adequada para resolver o problema do seu cliente, conhecendo as vantagens e desvantagens do procedimento no caso concreto; saber escolher o mediador mais adequado para o caso, e aproveitar ao máximo a presença desse terceiro no processo de negociação; utilizar a presença do mediador para alcançarem os melhores resultados para seus clientes; preparar o cliente para a sessão de mediação; definir os objetivos, traçando as melhores estratégias e alternativas para alcança-los.¹¹⁵

O papel do advogado na mediação é considerar as opções passíveis de aceitação tanto para seu cliente quanto para a outra parte, no sentido de agilizar a solução do conflito, reduzir o custo, e satisfazer ambas as partes. O advogado, durante a mediação, será o assessor de seu cliente.

¹¹⁴ AZEVEDO, André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Conselho Nacional de Justiça. 6ed. Brasília/DF:CNJ: 2016.p.147.

¹¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*. 2014.

Entretanto, muitos advogados ainda mantêm ao extremo a cultura do litígio, não estando preparados para atuar de forma colaborativa na mediação. Historicamente, os cursos de Direito no Brasil treinam advogados para enfrentar a lide através do processo. Poucas faculdades contemplam em seus currículos disciplinas voltadas para as formas de composição de litígios alternativas. Novamente se fala na necessidade de uma mudança cultural desde a formação, objetivando a pacificação, não só em relação às partes em conflito, mas também quanto aos profissionais envolvidos.

4 O NOVO CPC E A MEDIAÇÃO JUDICIAL

O Novo Código de Processo Civil incorporou as normas contidas na Resolução nº125 do CNJ, codificando suas disposições, vislumbrando um sistema integrado de resolução de disputas, no qual o foco deixa de ser apenas o julgamento, passando para a efetiva resolução dos conflitos. Os meios consensuais não são mais vistos como “alternativos” ao processo judicial, mas “integrados” a este.¹¹⁶

O NCPC cria um modelo processual cooperativo, contemplando os meios consensuais como norma fundamental do processo civil, conforme artigo 3º, que assegura o princípio constitucional da inafastabilidade – reproduzindo o texto do artigo 5º, XXXV, da CF – prevendo em seus parágrafos a promoção de métodos consensuais de solução de litígios, entre os quais, a mediação e o dever do Estado de incentivo à prática:

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

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Trata-se de uma importante mudança de paradigma. Instaura-se o processo como local de diálogo, iniciando um caminho para a cultura de pacificação social.¹¹⁷

O CPC de 2015, no artigo 149, trata dos mediadores e conciliadores como auxiliares da justiça. Ademais, a Seção V, do Capítulo III, foi destinada à regulamentação das atividades dos conciliadores e mediadores judiciais, entre outras matérias, quais sejam:

A) A criação de centros judiciários de solução consensual de conflitos pelos tribunais, que serão responsáveis pela realização das sessões de mediação e conciliação e

¹¹⁶ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p.383.

¹¹⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016. p.386.

desenvolvimento de programas voltados para a conscientização sobre a autocomposição (art.165);

B) Os princípios informativos dos institutos: independência, imparcialidade, autonomia da vontade, confidencialidade, oralidade, informalidade e decisão informada (art.166);

C) O cadastro e a capacitação de conciliadores e mediadores, bem como a forma de provimento dos cargos (art. 167);

D) a possibilidade de as partes escolherem, de comum acordo, o conciliador ou mediador ou câmara privada (art. 168);

E) A remuneração dos mediadores e conciliadores, conforme parâmetros definidos pelo CNJ, ou o caráter voluntário (art.169);

F) Os casos de impedimento (art. 170);

G) Casos de impossibilidade temporária do exercício da função e prazos de impedimento (art.171 e 172);

H) As hipóteses de exclusão do cadastro (art. 173);

I) A criação de câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo (art.174);

J) A possibilidade de outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais e aplicabilidade das normas às câmaras privadas (art. 175).

Destaca-se que os tribunais deverão manter lista atualizada das câmaras privadas de mediação, e, se desejarem, poderão promover concursos públicos para provimento dos cargos de mediadores judiciais, ou ainda, observadas as normas legais, em caráter voluntário. A ideia do legislador é assegurar que o pessoal seja devidamente habilitado e qualificado, de acordo com os parâmetros determinados pelo CNJ. É através da formação de bons mediadores que o NCPC pretende alcançar resultados verdadeiramente satisfatórios na composição consensual dos litígios.

Prestigiando a proposta de consensualização do Poder Judiciário, o NCPC avançou ao estabelecer a regra da audiência de conciliação ou mediação prévia, no artigo 334, prevendo que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designara audiência de conciliação ou de mediação,

considerando que a tentativa de composição entre as partes é primordial para a busca do acesso à Justiça.¹¹⁸

Tanta importância foi dada aos institutos que o parágrafo quarto do artigo 334 determina que esta audiência prévia somente possa ser descartada se ambas as partes declararem expressamente seu desinteresse na composição consensual, ou se o caso não admitir autocomposição. Não é facultado ao juiz dispensar o ato, mesmo entendendo que o acordo seja improvável. Ainda com o intuito de privilegiar a autocomposição, a contagem do prazo para contestação do réu só terá início com a audiência de mediação ou conciliação.¹¹⁹

A fim de facilitar o acontecimento da audiência, o legislador definiu a possibilidade do meio eletrônico para a realização das sessões. E indo além, que o não comparecimento injustificado de uma das partes à audiência de composição é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e deve ser 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 (art. 331, §§ 7º e 8º, CPC/2015).

O NCPC traz maior atenção à solução consensual de controvérsias no campo do direito de família, ao determinar no artigo 694, que devam ser despendidos todos os esforços para que a mediação seja bem sucedida, inclusive a utilização de profissionais de diferentes áreas de conhecimento. A restauração da comunicação entre as partes para prevenção de novos conflitos e transformação da relação com restabelecimento dos vínculos deve ser a função precípua da mediação.¹²⁰

4.1 ANTINOMIAS APARENTES E CONTROVÉRSIAS

Por mais que o legislador tenha se esforçado para evitar que novas normas se contraponham às normas preexistentes, é quase impossível que sejam eliminadas todas as possibilidades de conflitos normativos. É delegado aos operadores do direito a tarefa de

¹¹⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. 6. Ed. Brasília: CNJ, 2016. p.29.

¹¹⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília/DF: CNJ, 2015.

¹²⁰ FRANCO, Cintia. Publicação de artigos científicos. *A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil*, mar. 2015.

harmonizar os diplomas legais, elegendo em cada caso a norma que irá prevalecer, dirimindo as antinomias¹²¹.

Os critérios de solução de conflito de normas, tomados como base para a eleição da norma a ser usada, são a especialidade (norma mais específica sobre o assunto que precisa de solução); a cronologia (norma que tenha sido mais recentemente elaborada); e a hierarquia (aquela norma que se encontre em grau mais alto na Pirâmide de Kelsen).¹²²

Importante também para este tópico considerar as datas de publicação e os períodos de *vacatio legis* das normas em questão. *Ipsis litteris*:

Novo CPC, Lei 13.105/2015: Art. 1.045. Este Código entra em vigor após decorrido 1 (um) ano da data de sua publicação oficial. Publicado no DOU de 17.3.2015.

Lei de Mediação, Lei 13.140/2015: Art. 47. Esta Lei entra em vigor após decorridos cento e oitenta dias de sua publicação oficial. Publicado no DOU de 29.6.2015.

Observados os prazos apresentados em cada lei, tem-se que o NCPC passou a vigorar no dia 18 de março de 2016, enquanto a Lei de Mediação, embora editada posteriormente, entrou em vigor 26 de dezembro de 2015. Para aplicação das regras das leis no tempo, o fato da Lei de mediação entrar em vigor antes do NCPC não é importante, prevalecendo a data de sua publicação.

Isso posto, uma vez que trata-se de lei específica (*lex specialis derogat generali*) e de lei posterior (*lex posterior derogat legi priori*), é inquestionável que a Lei de Mediação se sobreponha ao NCPC.¹²³

Cabe, porquanto, análise das aparentes antinomias entre o NCPC e a Lei de Mediação.

¹²¹ “Antinomia é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”. DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

¹²² LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹²³ RODOVALHO, Thiago. *A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

4.1.1 MEDIAÇÃO OBRIGATÓRIA

Uma das grandes inovações do NCPC foi a criação da audiência necessária de mediação ou conciliação, no teor do artigo 334, conforme mencionado no início deste capítulo. Essa audiência prévia ocorrerá necessariamente, salvo se ambas as partes a declinarem expressamente, não podendo ser obstada unilateralmente. O autor deverá indicar que não tem interesse na autocomposição na petição inicial, e o réu deverá manifestar seu desinteresse até dez dias antes da data marcada para tal audiência, em petição escrita. Trata-se de uma obrigatoriedade mitigada.¹²⁴

Entretanto, ainda no período de *vacatio* do NCPC, a Lei de Mediação entrou em vigor repetindo a necessidade da audiência prévia, sem repetir a mesma possibilidade de negativa das partes. Assim, a audiência de mediação necessária prevista no NCPC passa a figurar como obrigatória na lei nº 13.140, nos termos do artigo 27: “se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação”¹²⁵.

A esse respeito, nas palavras de Rodovalho, três correntes doutrinárias se formaram:

“(i) a que entende que a mediação obrigatória é inconstitucional, pois viola a autonomia privada das partes; (ii) a que entende que não haveria incompatibilidade entre a Lei de Mediação e NCPC; e, por fim, (iii) a corrente que adotamos, no sentido que a incompatibilidade efetivamente existe, com a revogação dessa parte no NCPC pela Lei de Mediação, instituindo-se, pois, no Brasil, a mediação obrigatória”.¹²⁶

O referido autor entende que uma vez que o verbo *designar* utilizado – em “o juiz designará audiência de mediação” – exprime um poder-dever, ou seja, é uma obrigação do juiz que a determine, não havendo a possibilidade de não o fazer.

Quanto à imaginável inconstitucionalidade da audiência obrigatória, os defensores desta corrente entendem que seria uma afronta aos princípios da autonomia da

¹²⁴ SIVIERO, Karime Silva. *Aspectos Polêmicos Da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise À Luz Do Novo Código De Processo Civil E Da Lei Da Mediação*. Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito/UFRGS. V.10. n.3. Versão digital: 2015.

¹²⁵ RODOVALHO, Thiago. *A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

¹²⁶ RODOVALHO, Thiago. *A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

vontade e do acesso à justiça. Mas, a obtenção do acordo não é obrigatória. Outrossim, a lei não obriga às partes a permanecerem em processo de mediação. O que a lei determina é que as partes devem participar da *primeira sessão* de mediação.

Desta forma, o que é obrigatório na mediação obrigatória é a simples tentativa, com o intuito de instigar a almejada cultura da pacificação. A autonomia privada é mitigada, não excluída. O legislador buscou harmonizar a liberdade individual – de não querer permanecer em procedimento de mediação; e o comprometimento social – com a solução pacífica das controvérsias. Dá-se uma chance à solução pacífica. Mesmo que as partes, a princípio, não estejam dispostas a negociar, o mediador treinado e capacitado, pode ser capaz de modificar essa rejeição prévia, aplacando o “medo do novo”. As sessões seguintes à primeira somente ocorrerão com a anuência das partes.¹²⁷

4.1.2 ESCOLHA DO MEDIADOR

Ponto importante de colisão entre os diplomas normativos é em relação à escolha da pessoa do mediador no procedimento de mediação judicial.

O artigo 168 do NCPC possibilita às partes a escolha conjunta de um mediador para atuar no processo, podendo ser cadastrado ou não no tribunal, conforme:

Art. 168. As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação.

§ 1º. O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal.

§ 2º. Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação.

Trata-se de uma garantia importante, uma vez que o mediador deve ser uma pessoa que inspire confiança aos mediandos.¹²⁸

¹²⁷ RODOVALHO, Thiago. *A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

¹²⁸ SIVIERO, Karime Silva. *Aspectos Polêmicos Da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise À Luz Do Novo Código De Processo Civil E Da Lei Da Mediação*. Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito/UFRGS. V.10. n.3. Versão digital: 2015.

Ao contrário do que dispõe o artigo 168, §§ 1º e 2º, do NCPC, os artigos 12 e 25 da Lei nº 13.140/2015 proíbem a escolha do mediador que irá atuar no processo de mediação judicial. *In verbis*:

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

Art. 25. Na mediação judicial, os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, observado o disposto no art. 5º desta Lei.

Observadas as redações dos dispositivos, percebe-se que o NCPC permite que as partes escolham livremente o mediador judicial, que nem ao menos precisa estar previamente cadastrado no Tribunal. A Lei da Mediação, por outro lado, impõe aos mediandos um mediador judicial que será designado pelo Tribunal mediante distribuição.

Diante da antinomia entre as normas, pela aplicação dos critérios de especialidade e cronológico, o artigo 168 e seus parágrafos do NCPC teriam sido revogados pela Lei de Mediação. Por essa linha de raciocínio, o mediador a conduzir o procedimento não poderá ser escolhido pelas partes em comum acordo, mas distribuídos de forma aleatória e alternada, nos moldes descritos no artigo 167, parágrafo 2º do NCPC.

Contudo, essa pode não ser a melhor solução interpretativa para o problema. O sucesso do procedimento de mediação judicial depende diretamente da relação de confiança, empatia e credibilidade estabelecida entre mediandos e mediador. A distribuição mecânica dos processos aos profissionais cadastrados nos tribunais corrompe a essência do instituto e interfere indevidamente na autonomia de escolha dos interessados.¹²⁹

4.1.3. IMPOSSIBILIDADE DE ADVOGAR

O papel de mediador judicial, segundo a Lei de Mediação, exige formação em curso superior há pelo menos dois anos. Assim, é possível, embora não obrigatório, que os mediadores sejam advogados. Um ponto bastante controverso do NCPC diz respeito à impossibilidade de cumulação das atividades de mediador e advogado.

¹²⁹ SIVIERO, Karime Silva. *Aspectos Polêmicos Da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise À Luz Do Novo Código De Processo Civil E Da Lei Da Mediação*. Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito/UFRGS. V.10. n.3. Versão digital: 2015.

O NCPC, no artigo 167, prevê que os mediadores e conciliadores devem ser cadastrados no Tribunal, que manterá um cadastro desses profissionais, especificando sua área de formação. E prosseguindo, no parágrafo 5º, determina a impossibilidade do mediador advogado exercer a advocacia nos juízos em que estiver inscrito como mediador:

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

[...]

§ 5º Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções.

Isso significa que o profissional não poderá advogar em nenhum processo na comarca. A esse respeito, Fernanda Tartuce questiona:

[...] se o mediador inscrito no Tribunal não poderá advogar no juízo em que se inscreveu, como poderá sobreviver? Imaginemos, para ilustrar, uma situação concreta: atuo como advogada no Departamento Jurídico do XI de Agosto, entidade da Faculdade de Direito da USP que presta assistência à população carente desde 1919 e tem processos tramitando em praticamente todos os foros da Capital paulista. Decido fazer o cadastro como mediadora no Tribunal de Justiça de São Paulo e aguardo ser escolhida pelas partes ou nomeada para algum feito por força de distribuição. Caso seja chamada a atuar como mediadora em feito que tramita em determinada Vara, precisarei verificar se tenho algum processo em trâmite ali; sendo a resposta positiva, deverei me reconhecer impedida de atuar e terei que declinar. Esta situação é apropriada? Se atuo como advogada em um feito de natureza diversa, com litigantes diferentes, não sou apta a atuar em outro processo com diferentes envolvidos pelo simples fato de tramitarem no mesmo juízo? De todo modo, na Capital é possível que haja outros juízos em que eu possa porventura atuar; o que ocorre, porém, com quem se encontra em comarca ou circunscrição judiciária com vara única? Se decidir ser mediador precisará abdicar da advocacia?¹³⁰

A norma analisada desencoraja os advogados a se cadastrarem no rol de mediadores e conciliadores judiciais. Essa previsão gera óbice à atividade da advocacia no juízo da inscrição inibindo a consolidação de bons e diversificados quadros de mediadores, indo de encontro ao esforço para incentivar a mediação.

¹³⁰ TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. p.14-15.

CONCLUSÃO

Diante da complexidade do relacionamento humano, cada vez mais complexos serão os conflitos. A necessidade de resposta rápida e eficaz determinará uma necessidade de instrumentos variados, que deverão ser manejados, e por vezes combinados, para alcançar a pacificação social.

Ensina Bacellar que o acesso à justiça deve ser visto como aquele que propicia a oferta de métodos e meios adequados à resolução de conflitos, dentro ou fora do Estado, e, não obstante as soluções devam surgir dentro do ordenamento jurídico, isto não significa, necessariamente, dentro do Poder Judiciário.¹³¹

O princípio da inafastabilidade de jurisdição admite outras formas de resolução de conflitos, que não a sentença. O imperativo é a utilização de métodos que possibilitem a “saída da justiça”. Na medida em que o Poder Judiciário se organiza para atender de forma mais eficaz às demandas impetradas, os métodos autocompositivos deixam de ser alternativas à atuação judicial para construir uma nova forma de alcançar a solução das controvérsias.

Não há mais que se falar em meios alternativos de solução de conflitos, uma vez que a sua adoção refere-se, hoje, a uma política nacional, e, por isso seu uso passou a ser um imperativo legal, além de meios necessários à efetivação da justiça. Cabe ao Estado-juiz incentivar a prática e zelar pela correta aplicação dos métodos para alcançar de fato o que pretende: a pacificação.

Os meios propícios de solução dos conflitos, especialmente a mediação, em que as partes são autoras de suas próprias soluções, devem ser estimulados. Fátima Nancy Andriighi reconheceu explicitamente o valor da mediação ao declarar:

Por vivência, já temos a prova de que o sistema oficial do Estado de resolução de conflitos perdeu significativamente a sua efetividade, e, portanto, a busca do sistema paralelo para colaborar com o modelo oficial é não só oportuna como fundamental. Ao se examinar as formas alternativas de resolução de conflitos, observa-se que a Mediação é a que mais de

¹³¹ BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. Coleção saberes do direito. v. 53. São Paulo: Saraiva, 2012.

destaca pelos benefícios que pode proporcionar e, por isso, deve receber nosso maciço investimento.¹³²

Tal mecanismo não só permite aliviar a alta demanda ao Poder Judiciário, mas também se mostra bastante adequado à solução de conflitos gerados em relações continuadas. Ressalta-se que a mediação, para além de mera gestão de conflitos, também representa um valioso instrumento de recomposição e transformação das relações sociais tais como as relações de família, de vizinhança, societárias, pessoas que convivem em algum grupo social.

A mediação transcende à solução da controvérsia, dispondo-se a transformar um contexto litigioso em colaborativo. O objetivo da mediação é a própria transformação do conflito, prevenindo, conseqüentemente, a proliferação de novos conflitos decorrentes do primeiro. Quando ambas as partes se comprometem a abdicar algumas coisas em razão de outras, flexibilizando e aceitando as circunstâncias, caminham para uma real pacificação. Não se trata de ganhar ou perder, mas de pacificar.

Conforme Renata Barbosa de Almeida e Walsir Edson Rodrigues Júnior:

A verdadeira justiça com paz social só é alcançada quando todas as questões que envolvem o litígio são discutidas e tratadas de forma completa e satisfatória pelas próprias partes. É o que ocorre, quando se chega a um acordo por meio da mediação, pois representa a expressão do que cada parte aceita como *justo* e se compromete a cumprir, sendo, por isso, uma solução satisfatória e duradoura.¹³³

A mediação não deve ter o objetivo de desafogar o Poder Judiciário, mas de mudar a cultura do litígio. Deve ser parte de uma mudança necessária de mentalidade. Nesse sentido, Ricardo Lewandowski defende a necessidade de uma mudança cultural – sair de uma cultura de litigiosidade e ir para uma cultura de pacificação – através da promoção de meios alternativos de solução de controvérsias.¹³⁴

Assim, a mediação se apresenta como verdadeiro exercício de cidadania, pois impulsiona os mediandos à resolução do conflito por si mesmos, através do diálogo, da reflexão, da tolerância e do senso de responsabilidade pelas suas próprias escolhas. Quando os próprios envolvidos encontram a solução, nada mais fazem que reconhecer seus direitos e deveres.

¹³² ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Mediação – um instrumento judicial para a paz social*. Revista do Advogado, v. 26, n. 87, set. 2006.

¹³³ ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.609.

¹³⁴ RODAS, Sérgio. *Lewandowski defende conciliações para desafogar o Judiciário*. 2014. In: Revista Consultor Jurídico.

Caberá agora aos operadores do direito compreender, explorar, incentivar e, sobretudo, interiorizar esta nova cultura para que o advento da Lei 13.140/15 possa ser de fato um Marco Legal.

Andrighi ressalta o papel educativo da mediação para além de conscientizar a parte da sua própria situação, conduz à compreensão da outra pessoa, seus valores, desejos e necessidades, na busca de soluções que envolvam respeito e aceitação mútua, compatibilizando interesses e gerando afinidades. Trata-se, na verdade, de ensinar o respeito pela diversidade, no lugar de instaurar a adversidade.¹³⁵

Na perspectiva de uma “reconstrução do amanhã” é imprescindível uma reciclagem dos operadores do Direito, mas também de toda a sociedade no processo educativo desde a mais tenra idade. Por mais que a lei evolua, é através da educação que se encontrará o caminho para a paz.

¹³⁵ ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Mediação – um instrumento judicial para a paz social*. Revista do Advogado, v. 26, n. 87, set. 2006. p.599.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 ed. alemã. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALMEIDA, Selene Maria. *O paradigma processual do liberalismo e o acesso à justiça*. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça*, n.22, jul./set. Brasília: [s.n.], 2003.
- ALMEIDA, Renata Barbosa de; JÚNIOR, Walsir Edson Rodrigues. *Direito Civil: Famílias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos. *A prática da Mediação em contexto Judiciário: Busca de Meios Adequados de Resolução de Disputas*. TJRJ. Rio de Janeiro: 2011.
Disponível em: < <http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/1077863/a-pratica-da-mediacao-em-contexto-judiciario.pdf>> Acesso em: nov. 2016.
- AMORIM, Eliane Pelles Machado; SCHABELL, Corinna Margarete Charlotte. *Mediação não é Conciliação: Uma reflexão acerca da especificidade desses dois meios de pacificação social*. In: *Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem – coletânea de artigos*./Carla Sahium Traboulsi (Org.) et al. – Goiânia: Kelps, 2013.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. *Mediação – um instrumento judicial para a paz social*. *Revista do Advogado*, v. 26, n. 87, set. 2006.
- AZEVEDO. André Gomma (Org.). *Manual de Mediação Judicial*. Conselho Nacional de Justiça. 6ed. Brasília/DF:CNJ. 2016.
- _____. *Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos*. *Revista CEJ - Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça*, n. 24, março, Brasília: [s.n.], 2004.
- BACELLAR, Roberto Portugal, *Juizados Especiais – a nova mediação paraprocessual*. São Paulo: *Revistas dos Tribunais*, p. 174. In: PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. (Coord.). *Acesso à justiça – Efetividade do Processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. Coleção saberes do direito. v. 53. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro: Casa de Ruy Barbosa, 1999.
- BAXTER, Mike. *Projeto de produto: Guia prático para o design de novos produtos*. São Paulo: Edgard Blucher, 2008.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 20 ed. São Paulo: Malheiros. 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. *Aspectos Relevantes sobre Mediação de Conflitos*. Revista da Arbitragem e Mediação. RArb. 15/85. Out. 2007. p.401-420.

_____. *O que é mediação de conflitos*. São Paulo: Brasiliense 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Censo do Poder Judiciário*. Brasília: CNJ, 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/dpj/CensoJudiciario.final.pdf>> Acesso em: nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Com apoio do CNJ, Lei da Mediação é sancionada pelo Executivo*. Agência CNJ de Notícias. 30/06/2015 Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/79761-com-apoio-do-cnj-lei-da-mediacao-e-sancionada-pelo-executivo>> Acesso em: nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC*. Brasília/DF: CNJ, 2015.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2016: ano-base 2015*. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros>> Acesso em: nov. 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de Mediação Judicial*. 6. Ed. Brasília: CNJ, 2016.

_____. *Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015*. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: nov. 2016.

_____. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em: nov. 2016.

_____. Ministério da Justiça. *Manual de Mediação de Conflitos para Advogados*. 2014.

_____. *Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010*. Conselho Nacional de Justiça. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atosadministrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembrode-2010>>. Acesso em: nov. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *MS 22.164*, Relator Ministro Celso Antônio Bandeira de Mello, Plenário, DJ de 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>> Acesso em: nov. 2016.

BUITONI, Ademir. *Mediar e conciliar: as diferenças básicas*. Jus Navigandi, Teresina, a. 15, n. 2707, 29 nov. 2010. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/17963/mediar-e-conciliar-as-diferencas-basicas>>. Acesso em: nov. 2016.

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. *Mediação nos conflitos & Direito de Família*. Curitiba: Juruá, 2003.

CARVALHO FARIAS, Juliana Guanaes Silva de. *Panorama Da Mediação No Brasil: Avanços E Fatores Críticos Diante Do Marco Legal*. Revista Direito UNIFACS. n. 188, Bahia, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1988, 2002.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da; NETO, João Luiz Lessa. *Mediação E Conciliação No Poder Judiciário E O Novo Código De Processo Civil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *A tradição da arbitragem e sua valorização contemporânea*. In PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Arbitragem, mediação e comissão de conciliação prévia no direito do trabalho brasileiro*. Revista *LTr*, v. 66, n. 6, jun. São Paulo: [s.n.], 2002.

DEMARCHI, Juliana. *Técnicas de conciliação e mediação*. In *Mediação e gerenciamento do processo*. Ada Pelegrine Grinover (org.) São Paulo: Atlas, 2007.

DIAS, Maria Berenice. *Direito das Famílias*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Raquel Mota. *A mediação na esfera civil como meio propício para solução de conflitos*. In: *Direito Processual em Movimento*. Antônio Pereira Gaio Júnior (org.). 1 ed. Curitiba: CRV, 2011.

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

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de Normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009

FRANCO, Cintia. Publicação de artigos científicos. *A solução consensual de conflitos no novo Código de Processo Civil*, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9012/A-solucao-consensual-de-conflitos-no-novo-Codigo-de-Processo-Civil>>. Acesso em: nov. 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Índice de Confiança na Justiça (ICJBrasil)*, a. 8, mai/jun, 2016. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/17204>> Acesso em: nov. 2016.

GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Instituições de Direito Processual Civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2013

_____. *O Processo nos Juizados Especiais Cíveis Estaduais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____; GAIO, André Moysés. *Juventude e Direitos Fundamentais: Breves Reflexões Para Além da Criminalidade* Revista Jurídica Eletrônica Direito, Sociedade e Desenvolvimento, v.3, p. 1-1, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Novo curso de direito processual civil*, v.1. 7. ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

LEITE, Gisele. *Direitos humanos, direitos fundamentais e paradoxais*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 106, nov. 2012.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASSINE, Maiara Cristina Lima; SOARES, Fernanda Heloisa Macedo. *O processo como instrumento do estado democrático de direito*. *Dir., Pol. Publ. e Mundial.*, Editora Prismas: Brasília, v. 7, n. 2, p. 1-33, jul./dez. 2010.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Estudo Sobre a Efetividade do Processo Civil*. São Paulo, 2010.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito processual do trabalho: doutrina e prática forense, modelos de petições, recursos, sentenças e outros*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MENDONÇA, Angela Hara Bunomo. *A reinvenção da tradição do uso da mediação*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 142-153, set./dez. 2004.

MORAES, Alexandre. *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.

MORAIS, José Luiz Bolzan. *Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 3. ed., rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. *Do Formalismo no Processo Civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PASETTI, Babyton. *A tempestividade da tutela jurisdicional e a função social do processo*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

PFANFFENSELLER, Michelli. *Teoria dos direitos fundamentais*. In: *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 85, jun/jul 2007.

PIMENTA, José Roberto Freire. *A conciliação judicial na Justiça do Trabalho após a Emenda Constitucional n. 24/99: aspectos de direito comparado e o novo papel do juiz do trabalho*. In *Revista LTr*, v. 65, n. 02, fev. 2001, São Paulo.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *A mediação no direito brasileiro: evolução, atualidades e possibilidades no projeto do novo Código de Processo Civil*. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 89, jun 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9685>. Acesso em: nov. 2016.

RODAS, Sérgio. Lewandowski defende conciliações para desafogar o Judiciário. 2014. In: *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/lewandowski-defende-conciliacoes-desafogar-judiciario>>. Acesso em: nov.2016.

RODOVALHO, Thiago. *A Viragem da Mediação no NCPC e no Marco Legal da Mediação no Brasil*. Novo CPC Doutrina Seleccionada, v.1. 2.ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. v. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SALES, Lília Maia de Moraes. *A mediação de conflitos e a pacificação social*. In Estudos sobre mediação e arbitragem. Lília Maia de Moraes Sales (Org.). Rio – São Paulo – Fortaleza: ABC editora, 2007.

SENA, Adriana Goulart de. *Formas de resolução de conflitos e acesso à Justiça*. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região*, Belo Horizonte, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007.

SERPA, Maria de Nazareth. *Teoria e Prática da Mediação de Conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo, Malheiros Editores, 1993.

SIVIERO, Karime Silva. *Aspectos Polêmicos Da Mediação Judicial Brasileira: Uma Análise À Luz Do Novo Código De Processo Civil E Da Lei Da Mediação*. *Cadernos do Programa de Pós Graduação Direito/UFRGS*. V.10. n.3. Versão digital: 2015.

SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. *Pacificação/Administração de Conflitos Sociais e a Realização da Justiça*. Revista da EMERJ - v. 15 n. 59. Rio de Janeiro: 2012. p.25.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos*. In *Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil*. Org.: Freire, Alexandre; Medina, José Miguel Garcia; Didier Jr, Fredie; Dantas, Bruno; Nunes, Dierle; Miranda de Oliveira, Pedro (no prelo). Disponível em <www.fernandartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em: nov. 2016

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. 1, 38. ed, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

WARAT, Luiz Alberto. *Ecologia, Psicanálise e Mediação. Em nome do acordo*. 2. ed. Argentina: Almed, 1999.