

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA- MESTRADO E DOUTORADO**

LUCIANA DE ANDRADE AMOROSO REMER

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
PATERNALISTA BELIGERANTE E O RISCO DE PREJUÍZO AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

CURITIBA

2022

**CENTRO UNIVERSITÁRIO AUTÔNOMO DO BRASIL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS FUNDAMENTAIS E
DEMOCRACIA- MESTRADO E DOUTORADO**

LUCIANA DE ANDRADE AMOROSO REMER

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
PATERNALISTA BELIGERANTE E O RISCO DE PREJUÍZO AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Mestre, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia - Mestrado e Doutorado, Centro Universitário Autônomo do Brasil. Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

CURITIBA

2022

Ficha catalográfica elaborada pelo Sistema Universitário de Bibliotecas (UniBrasil), com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Remer, Luciana de Andrade Amoroso
Mediação de conflitos: entre a superação do
paradigma paternalista beligerante e o risco de
prejuízo ao estado democrático de direito. / Luciana
de Andrade Amoroso Remer. - Curitiba, 2022.
116 f.

Orientador: William Soares Pugliese
Dissertação (Mestrado) - UniBrasil, 2022.

1. Conflitos. 2. Mediação. 3. Estado democrático
de direito. 4. Processo civil. I. Pugliese, William
Soares, orient. II. Título.

LUCIANA DE ANDRADE AMOROSO REMER

**MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: ENTRE A SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
PATERNALISTA BELIGERANTE E O RISCO DE PREJUÍZO AO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção de título de Mestre, Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais e Democracia - Mestrado e Doutorado, Centro Universitário Autônomo do Brasil. Orientador: Prof. Dr. William Soares Pugliese

Data da aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora

Prof. Dr. William Soares Pugliese (Presidente)

Prof^a. Dr^a. Marília Pedroso Xavier (Membro)

Prof^a. Dr^a. Rita de Cássia Correa de Vasconcelos (Membro)

AGRADECIMENTOS

Uma das tarefas mais difíceis do presente trabalho é encontrar palavras para expressar a minha gratidão a aqueles que fizeram (e fazem) parte desse caminho. Foram muitas as pessoas que de alguma forma colaboraram para que essa pesquisa fosse possível, mas não há tempo ou espaço para mencionar todas, porquanto me limito a mencionar aqueles que atuaram de maneira mais direta e recente, muito embora não me atenha a uma ordem de tempo, valor, ou qualquer outra referência senão a própria gratidão.

Primeiramente, agradeço a Deus pela força, e por não me deixar desistir.

O tema do estudo se deve especialmente a André Carias, Juiz de Direito que me oportunizou conhecer a Mediação de Conflitos na teoria e na prática. Sua forte convicção em torno do potencial construtivo da Mediação, assim como pela persistente dedicação para que alcançasse o seu melhor foram certamente fonte de inspiração e desafio.

À estimada Professora Dr^a. Rosalice Fidalgo Pinheiro, agradeço pela persistência no convite para participar do Mestrado. Ela, que já havia sido minha docente na graduação há quase vinte anos, manteve-se presente em pensamento, igualmente como inspiração aos estudos e constante aprimoramento.

Ao meu orientador e mestre, Prof. Dr. William Soares Pugliese, agradeço pela confiança, paciência, assertividade e sabedoria com que me conduziu nessa caminhada. Apontando erros, acertos, e indicando a melhor bibliografia, me ouviu quando necessário, e falou exatamente aquilo que eu precisava ouvir para seguir em frente.

Meu agradecimento especial fica para aqueles que colaboraram com as obrigações que me impossibilitariam de me dedicar ao trabalho. Meus pais, Lucy e Nelson Amoroso; meu marido Otávio Remer; e meus preciosos filhos, Pedro e Benício Amoroso Remer, pela paciência, pelos almoços, pelo suporte, enfim, por acreditarem em mim e se disporem a participar nas pequenas grandes coisas, sem as quais nada disso seria possível.

Aos colegas e professores do Centro Universitário do Unibrasil, agradeço pela oportunidade e constante suporte, aos quais me dediquei e me dedicarei para fazer *jus*.

EPÍGRAFE

" Desencoraje os litígios. Convença seus vizinhos a fazerem concessões sempre que possível. Como um pacificador, o advogado tem a oportunidade superior de ser um bom homem. Ainda haverá bastante trabalho".

Abraham Lincoln

RESUMO

A presente pesquisa dedica-se a verificar se o paradigma atual de solução de conflitos no Brasil encontra-se adequado à realidade da sociedade, assim como, se a Mediação seria a melhor forma de superá-lo, sem prejuízo das garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, especialmente em relação à adequação entre liberdades individuais e proteções coletivas. Para tanto, foi realizado um levantamento em torno da bibliografia jurídica sobre as relações entre os sujeitos e o formato padrão de solução e evitamento de controvérsias. Dali verifica-se que a legislação e o judiciário não são capazes de regular integralmente os relacionamentos dos sujeitos de um país com significativas diferenças culturais e financeiras. A partir daí, foram estudadas as demais alternativas para solução de conflitos, especialmente aquelas já conhecidas pelo Tribunal Multiportas. Na sequência, foram levantadas as principais características da Mediação, pois é considerada pela maioria da doutrina como a opção mais completa e rica forma autocompositiva, e deveria ser a primeira experimentada, restando as demais como aplicáveis apenas quando essa não fosse exitosa. As fragilidades da utilização do método são igualmente necessárias de identificação, porquanto levantadas, apresentadas e, por fim, sopesadas frente aos benefícios e riscos inerentes ao Estado Democrático de Direito. Partindo-se da hipótese de que a Mediação seria um meio eficiente para quebra do paradigma beligerante paternalista heterocompositivo, deduziu-se que a proteção das garantias constitucionais mínimas do Estado Democrático de Direito somente será possível por meio da participação ativa e estruturada dos advogados e mediadores, cujo preparo técnico é indispensável para proteção de todos os envolvidos.

Palavras-chave: Paradigma heterocompositivo. Mediação. Pacificação Social. Estado Democrático de Direito

ABSTRACT

This essay intends to verify whether the current conflict resolution paradigm in Brazil is aligned to society reality, and whether Mediation would be the best way to overcome that, preserving constitutional guarantees of Democratic State of Law, especially regarding to a balance between individual freedom and collective interests. For so, it was provided research over legal bibliography about relationships and their standard way to solve and avoid eventual controversies. That allowed us to verify that either law neither court can integrally regulate persons in a Country with such cultural and financial differences. Then on, we studied over other alternatives for conflict solving, especially those already known by multi-doors court. In the aftermath, Mediation main characteristics were raised, once it is considered as the most complete and the richest consensual option, and should be the first one tried, so the others should only be experimented when it was not successful. Mediation weaknesses also need to be identified, so raised, presented, and pondered with the benefits and risks inherent to the Democratic State of Law. Arising from the hypothesis that Mediation would be an efficient way to overcome the third-party judgement paternalist belligerent paradigm, we deducted that basic constitutional guarantee from the Democratic State of Law will only be possible by mean of the structured activity of attorneys and mediators, whose technical knowledge is indispensable for protecting everyone involved.

Keywords: third-party judgement Paradigm. Mediation. Social Appeasement. Democratic Sate of Law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	09
2	A REVISÃO DO PARADIGMA LITIGIOSO HETEROCOMPOSITIVO...	12
2.1	POSITIVISMO E PLURALIDADE.....	14
2.2	LITIGIOSIDADE E PACIFICAÇÃO.....	19
2.3	JUDICIÁRIO E ESTADO.....	24
2.4	O ACESSO À JUSTIÇA.....	27
3	SISTEMA MULTIPORTAS.....	31
3.1	FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS.....	37
3.1.1	O Poder Judiciário.....	38
3.1.2	A Arbitragem.....	42
3.2	OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS.....	44
3.2.1	Negociação.....	46
3.2.2	Mediação.....	47
3.2.3	Conciliação.....	48
3.2.4	Práticas Colaborativas.....	49
4	MEDIAÇÃO DE CONFLITOS.....	51
4.1	ASPECTOS LEGAIS RELEVANTES.....	53
4.2	PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO.....	55
4.2.1	Voluntariedade.....	56
4.2.2	Confidencialidade.....	58
4.2.3	A imparcialidade.....	58
4.2.4	Outros Princípios.....	59
4.3	AGENTES.....	60
4.3.1	O Mediador.....	60
4.3.2	Os Advogados.....	62
4.4	TIPOS DE MEDIAÇÃO.....	65
4.4.1	Escola Linear (Harvard).....	66
4.4.2	Escola Transformativa.....	68
4.4.3	Escola Narrativa.....	69
4.5	APLICAÇÃO INTERNACIONAL E A CONVENÇÃO DE SINGAPURA....	70
5	DESAFIOS E PERSPECTIVAS.....	77

5.1	A MEDIAÇÃO JUDICIAL.....	77
5.2	DESAFIOS DA MEDIAÇÃO.....	81
5.2.1	A (dis)paridade de armas.....	83
5.2.2	O Questionável Consentimento dos Representados.....	84
5.2.3	Entre Paz e Justiça.....	85
5.2.4	A imaturidade emocional dos envolvidos.....	86
5.2.5	Direitos indisponíveis passíveis de transação.....	88
5.3	MEDIAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	95
6	CONCLUSÃO.....	97
	REFERÊNCIAS.....	102

1 INTRODUÇÃO

Todo sujeito nasce inserido em um sistema de regras morais e legais, conscientes ou não, que regerão sua conduta durante a vida. Ainda quando criança, em regra, apenas se obedece e se repete um comportamento, mais ou menos como um religioso que cresceu em meio a dogmas não questionados. Com o passar do tempo, contudo, o indivíduo desenvolve um senso crítico e questionador, mas permanece inserido na mesma sociedade, sob o manto das mesmas regras originais, com uma concepção de justiça não muito diferente daquela inicialmente concebida, ao menos no âmbito social. A certa altura da vida, o justo toma uma forma pessoal e particular, enquanto a estabilidade e segurança da convivência social continuam a exigir uma base comum, pré-estabelecida, e controlada por um ente superior: o Estado.

Esse cenário ultrapassa os limites da célula familiar, na qual existe uma figura materna/paterna para harmonizar os ânimos. O Estado se apresenta, então, como regulador. Formalmente, em 1988, por meio da promulgação da Constituição da República Federativa, o Brasil passou a reger-se por princípios e garantias em prol de seus próprios fundamentos e existência, tais como, da dignidade da pessoa, da igualdade, da liberdade, e do estado democrático de direito. Daí decorre a presunção de que o Estado representa o povo, por meio de políticos democraticamente eleitos, capazes de redigir as leis que conduzirão as relações e disposições dos sujeitos de direito.

O que de fato muda entre as regras de uma casa e as leis de uma sociedade é o nome dos sujeitos, que permanecem inseridos em uma hierarquia que ainda causa acomodação e dependência. Essa situação se estende, inclusive, em relação a responsabilização do outro (nunca do eu) pelos fatos pretéritos e pelas decisões futuras, que são atribuídas ao ente superior, retroalimentando o paradigma tal como apresentado. Para Morin, “o paradigma é inconsciente, mas irriga o pensamento consciente, controla-o e, neste sentido, é também supraconsciente”¹.

A mencionada acomodação alcança até mesmo a concepção de justiça – normalmente confundida tanto com o texto legal quanto com a figura do Judiciário –

¹ MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários para a educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica: Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2011. p. 25

muito embora não sejam sinônimos. Esse mesmo paradigma “instaura relações primordiais, que constituem axiomas, determina conceitos, comanda discursos e/ou teorias. Organiza a organização deles e gera a geração ou regeneração”² e, ao mesmo tempo que se critica o Judiciário como forma de solução de conflitos, ignoram-se alternativas exatamente em razão dessa postura paternalista, dependente e beligerante.

Por outro lado, a convivência em sociedade demanda um ordenamento suficiente para evitar que o caos se instale. Ainda que as opções diversas do Judiciário sejam conhecidas, serão iguais e inevitavelmente imperfeitas, além de fugirem com controle estatal a protegerem os sujeitos uns dos outros e de si. Mesclar os métodos autocompositivos aos heterocompositivos gera o risco de se deturpar os papéis e propostas de cada um deles, o que inspirou a base do presente trabalho: se seria possível a utilização da Mediação para solução consensual de conflitos sem prejuízo dos princípios constitucionais, especialmente do Estado Democrático de Direito.

Para tanto, partiu-se da verificação em torno da existência real do paradigma paternalista beligerante, dependente do Estado e do Judiciário para reger as relações e resolver os conflitos delas advindos – limitados a lei e presumidamente solucionados com uma parte sendo declarada vencedora às custas da derrota da outra.

Na sequência, foi feito um levantamento acerca das alternativas conhecidas para solução de conflitos no âmbito consensual e litigioso, além da possibilidade de criação de outras, conforme a complexidade do litígio e a capacidade psicológica e financeira das partes, por meio do Tribunal Multiportas, com foco da Mediação. Esse meio, então, foi explorado mais a fundo, considerando especialmente sua amplitude, e que grande parte dos pesquisadores entende que, na dúvida, essa deve ser a forma escolhida, para posteriormente ser eventualmente descartada pelo próprio mediador.

Foram levantadas peculiaridades, características, inclusive tratando da pré-mediação como uma fase a ela inerente, aspectos legais, e objetivos, como a emancipação dos sujeitos, na medida em que permite aos envolvidos compreenderem que são capazes de solucionar seus próprios problemas, o que gera maior responsabilização e disposição de cumprimento pelos participantes. Dos princípios, foram ressaltados e melhor apresentados a confidencialidade, a voluntariedade e a autonomia, que correspondem a elementos essenciais de sua natureza. Das formas

² Idem.

de utilização, apresentaram-se as escolas mais tradicionais: Linear (ou de Harvard); Transformativa; e Narrativa.

Se fosse considerada apenas a significativa maioria dos textos nacionais e internacionais em torno da Mediação, certamente a conclusão seria fácil e objetiva: esse certamente é o meio mais adequado e completo para solução de conflitos. Entretanto, alguns perigos foram apontados por uma pequena parcela da doutrina, com base em preceitos presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, assim como, na forma como a Mediação tem sido aplicada na prática.

A partir do momento que os acordos deixam de ser cumpridos, ou necessitam de revisão pelo Judiciário, a qualidade de sua realização passa a ser questionada em conjunto com os riscos acertadamente apresentados por uma minoria, de maneira a garantir que esse método de autocomposição atinja todo o seu potencial construtivo, sem prejuízo da igualdade, liberdade, autonomia e emancipação dos sujeitos, tal como proposto pelo Estado Democrático de Direito.

A fim de aferir a possibilidade de adequação da Mediação com os preceitos do Estado Democrático de Direito, assim como, seu potencial para superação do paradigma paternalista beligerante, foi realizada pesquisa bibliográfica em torno dos assuntos acima apresentados, especialmente em relação aos benefícios e riscos até então identificados, partindo-se da hipótese de uma resposta positiva, deduzindo-se uma realidade equilibrada e não romantizada sobre o tema.

2 A REVISÃO DO PARADIGMA PATERNALISTA BELIGERANTE HETEROCOMPOSITIVO

A organização da sociedade demanda normas mínimas de convivência. A Constituição da República Federativa do Brasil apresenta princípios e garantias a fim de promover alguma estabilidade e ordem às relações entre as pessoas, e entre os sujeitos e o Estado. A proposta principal é equalizar as liberdades individuais aos limites sociais. Entretanto, esse equilíbrio utópico rende-se à constante mudança nas formas de relacionamento, nos valores, e nos conceitos, de onde emergem os conflitos.

A sociedade sempre esteve em constante transformação, e a aceleração vertiginosa que tem conduzido essas mudanças demanda atenção, ainda mais quando se trata da regulação das relações sociais e dos conflitos que deles emergem. “É difícil conceber que, modificando-se tudo, e com velocidade sempre ascendente, só a Justiça deixe de modificar-se.”³

A fragilidade da questão, inclusive, fica ainda mais patente quando se admite que essa veloz e ininterrupta evolução alcança a pluralidade cultural e as relações interpessoais. A individualidade passa a ser mais valorizada e polarizada, o que implica em um colapso do sistema. Todos querem e devem ser respeitados, porém, os extremismos dos posicionamentos e a falta de orientação para lidar com o diferente levam a conflitos que dificilmente serão sanados por meio do paradigma heterocompositivo atual.

O conflito em si pode ser positivo e necessário, pois oferece potencial de melhor compreensão do outro, da situação, e gera a oportunidade de aprimoramento mútuo, desde que adequadamente conduzido e resolvido. Nas palavras de Spengler, “é o conflito que constitui o social e faz parte da tradição democrática, estando na base mesma do Direito como instrumento de organização das práticas sociais e do tratamento dos litígios”.⁴ O que vai (ou deveria) variar é a forma de resolvê-los “de acordo com paradigmas vigentes nas diferentes culturas, em cada época”.⁵

³ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 203

⁴ SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010. p.17

⁵ MAIA, Andrea. BIANCHI, Angela Andrade. GARCEZ, José Maria Rossani. **Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos**. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.43

Ao apreciar a história, logo se verifica que nem sempre coube ao Estado a pacificação de conflitos. Os povos primitivos resolviam seus litígios por meio da autotutela, “com sacrifício total ou parcial de seus interesses (autocomposição); ou através da eleição de terceiros de mútua confiança, em geral sacerdotes ou anciãos, para julgar os conflitos (heterocomposição ou arbitragem)”⁶. O julgador, nesses casos, não correspondia ao ente estatal, mas a alguém eleito pelas partes.

Com a forte presença do Estado, e diante do paradigma paternalista atual, o conceito de acesso ao Judiciário se confunde com acesso à justiça, assim como, pela garantia constitucional de ingresso nos tribunais, e os questionamentos em torno de sua efetividade se limitam a números sobre o tempo do processo e a quantidade de casos encerrados, muito embora esses critérios não sejam suficientes para indicar a adequada resolução dos conflitos que lhes são apresentados.

Além disso, os resultados atuais são comparados com aqueles alcançados anteriormente pelo mesmo meio, o que corrompe as aferições de efetividade, que seria mais bem verificada se os critérios fossem os números dos outros métodos já disponíveis, ou seja, os resultados do Judiciário devem ser comparados com os números anteriores produzidos pelo mesmo meio, e não com os métodos autocompositivos, e vice-versa. Não se trata, portanto, apenas da necessidade de criação de novas formas de resolução de disputas, mas da adequada identificação e utilização daquelas já disponíveis.

Em 1999, Galano já falava sobre a busca da ciência por “novas formas de enfocar antigos problemas”, considerando que a realidade depende dos olhos que quem a vê, além de estar em constante transformação⁷. Para tanto, esclarece ser necessária uma verdadeira mudança de mentalidade, “uma nova ética, ou melhor, uma *meta-ética* que permita levar em conta a diversidade de valores e de interpretações”⁸. Spengler, já em 2010, esclarecia que a crise não é apenas jurisdicional, mas envolve o Direito como um todo:

de um lado, o velho modelo de Direito liberal-individualista-normativista teima em obstaculizar as possibilidades do novo modelo representado pelo paradigma do Estado Democrático de Direito. Por outro lado, uma crise de

⁶ PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. Os métodos ‘alternativos’ de solução de conflitos (ADRs) *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.55

⁷ GALANO, Mônica Haydee. Mediação – uma nova mentalidade. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p.105

⁸ *Ibidem*. p.109

cunho hermenêutico, que mantém os juristas imersos num imaginário metafísico-objetificante, no qual ocorre a separação sujeito-objeto, refratário à viragem linguística ocorrida no século 20. Consequentemente, no momento em que o imaginário dos operadores do Direito esquece a diferença ontológica, torna-se possível 'separar o direito da sociedade, enfim de sua função social.⁹

Não se pode admitir um Direito desconexo com a realidade a que se destina regular. O texto que segue se propõe a apresentar elementos que façam repensar a forma atual de solução de conflitos, e o desenvolvimento de um novo paradigma, que seja mais realista, sustentável e democrático. Não se vislumbra o esgotamento do tema ou de apresentação de uma única resposta. Pelo contrário, o propósito desse estudo é retomar perguntas antigas, problemas sociais e jurídicos atemporais, e visitar algumas opções já disponíveis e capazes (ou não) de resolvê-los. Para tanto, inicialmente foram identificados alguns dos benefícios, fundamentos e dificuldades para superação do paradigma heterocompositivo litigioso.

2.1 POSITIVISMO E PLURALIDADE

A discrepância entre a natureza plural da sociedade atual e o congelamento da estrutura normativa estatal gera injustiças e insegurança, pois não atende integralmente à realidade, mas determina formas de comportamento e relacionamento entre os sujeitos. Nas palavras de MacCormick, “Não apresentam um modelo do mundo, mas apresentam um modelo para o mundo”¹⁰. As regras demonstram-se desconexas com a realidade, na medida em que se impõe a concepção de que “justo” e “legal” seriam a mesma coisa, enquanto “Os cidadãos de tal comunidade almejam ser governados com justiça, equidade e processo justo, mas as três virtudes componentes possuem diferentes significados para eles, mesmo como ideais.”¹¹ Ora, se não é possível nem mesmo identificar um conceito comum de justiça, tampouco poderia a lei fazê-lo.

De acordo com Barcellos, das características da sociedade contemporânea destacam-se especialmente “o aprofundamento da complexidade das relações humanas em seus vários níveis e, em certa medida como uma decorrência desse

⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 153

¹⁰ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 132.

¹¹ DWORIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p.484.

primeiro fato, a crescente pluralidade existente dentro das sociedades”¹². Sob essa perspectiva, somada à mencionada colocação de MacCormick, o sistema processual atual demonstra-se insuficiente e implica, não raras vezes, a “forçar’ a realidade a encaixar-se num esquema excessivamente simplificativo, que efetivamente não a podia comportar.”¹³

Devem ser considerados aspectos culturais e estruturais, além do legislativo e do jurisdicional, aos quais o processualista normalmente destina seus estudos e considerações.¹⁴ Entretanto, as conclusões oferecidas são “alternativas apenas parciais aos problemas, que, na maioria das vezes, mostram-se insuficientes para lidar com a complexidade da ineficiência da prestação jurisdicional”.¹⁵ Isso porque, conforme visto, e enfaticamente reforçado por Betancourt, o direito positivo jamais poderá atender a todas as aspirações do homem, pois é “*imperfecto e incompleto frente a las condiciones reales de la vida social*”¹⁶.

Ao tratar da situação, Dinamarco destaca que as “explicações meramente jurídicas da destinação do processo pecam justamente por deixarem na sombra o valor humano perseguido através do exercício da jurisdição”, o que demanda uma superação do plano do direito para se atender aos verdadeiros interesses da sociedade, tendo-se em vista que a “busca da paz entre pessoas num caso concreto” somente é possível a partir da verificação da existência de um conflito real.¹⁷ Em relação a esses interesses, inclusive, Alvim e Dantas afirmam que não há como falar em interesse da sociedade, mas de interesses de grupos integrantes da mesma sociedade, “que são frequentemente conflitantes e reciprocamente excludentes”.¹⁸ Liebman é objetivo ao afirmar que “O conflito de interesses não entra para o processo

¹² BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.7

¹³ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019. p.48

¹⁴ ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p.37

¹⁵ Ibidem, p. 19

¹⁶ BETANCOURT, Félix. *La justicia y el fundamento intrínseco del derecho*. In: **Revista de la Universidad de Antioquia**. Medellín – Colômbia: n.53-54, Ago.Set., 1942, p.199

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.165

¹⁸ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno, **Ob. cit.** p.46

tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu *pedido*".¹⁹

Ao direito, portanto, torna-se impossível resolver satisfatoriamente os conflitos que lhe são apresentados, restando aos jurisdicionados a constante sensação de injustiça²⁰. Daí, cria-se um "direito não oficial, paralelo", conforme afirmado por Bezerra, ao tratar da ilegalidade e da nulidade das normas internas das favelas: "Dentro da comunidade, contudo, tais relações são legais e como tal são vividas pelos que nela participam; a intervenção da associação de moradores neste domínio visa constituir como que um *ersatz* da proteção jurídica oficial de que carecem".²¹

As palavras de Magalhães merecem transcrição:

Outros pontos de ruptura podem ser enumerados: a substituição de um sistema moderno monojurídico (hegemônico) por um sistema plurijurídico que permita a pluralidade de direitos de família, de propriedade e de jurisdições; a igualdade entre jurisdição originária e 'ordinária'; democracia consensual como prioridade; judiciário consensual (justiça de mediação) como prioridade; pluralismo epistemológico como fundamento do conhecimento, da democracia e da justiça plural; superação da dicotomia 'culturalismo vs. universalismo', o que implica na superação do falso conceito de universalismo (o universalismo europeu).²²

A mencionada ruptura não é tão simples, e encontra óbice na atuação dos "operadores clássicos do Direito (de Toga ou de Beca)", pois demonstram-se "conservadores e fiéis apóstolos das regras codificadas. Mais ainda, Sacerdotes do 'Deus Processo', cuja onipotência lhes é essencial por vital à sobrevivência, tudo sacrificam a esse culto".²³ Não obstante a dramaticidade dos termos utilizados por Muniz, verdadeiras são suas palavras, na medida em que positivismo e judicialização são tratados como se correspondessem à justiça em sua única forma.

Essa limitação do Direito se reflete nas decisões judiciais. "Dá-me os fatos e lhe darei o Direito"²⁴ é um brocado jurídico que reflete a necessidade de identificação

¹⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. "O despacho saneador e o julgamento do mérito", *In*: no vol. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro, 1976. p.14.

²⁰ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno, **Ob. cit.** p.47

²¹ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Ob. cit.** p.107

²² MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. A Constituição de 1988 e a Construção de um novo Constitucionalismo Democrático na América Latina" *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. (Coord.) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**: análise crítica e contribuições. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.558

²³ MUNIZ, Petronio R. G. A mediação e a Arbitragem no Brasil. Uma abordagem perspectiva. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p. 40

²⁴ Brocado jurídico: *da mihi factum, dabo tibi ius*

dos acontecimentos para que sejam adequadamente enquadrados nas normas e categorias jurídicas correspondentes²⁵. Muito embora esteja ultrapassada a ideia de que apenas essa subsunção seria suficiente para proporcionar justiça e previsibilidade das decisões judiciais²⁶, as sentenças e os acórdãos certamente atenderiam melhor aos anseios dos envolvidos se considerada a realidade aos olhos das partes, assim como, a maneira mais adequada de resolver determinado conflito.

O que se verifica é que a argumentação em torno dos acontecimentos e da lei dão margem à discricionariedade judicial, não obstante os esforços hercúlanos²⁷ para limitá-la, ao menos em uma tentativa de proporcionar certa segurança jurídica em termos de previsibilidade, sem pretensão de afastar a adequada subsunção do fato à norma, seja por meio dos precedentes, seja pela mera existência do duplo grau de jurisdição.

Em relação aos precedentes, inclusive, destaca-se que sua adequada identificação e aplicabilidade depende essencialmente da *ratio decidendi*²⁸, - intrínseca e inevitavelmente ligada aos fatos envolvidos. Conforme bem ilustrado por Pugliese, ao se valer da decisão proferida no caso *Rylands v. Fletcher*²⁹, demonstrou que “a decisão não pode ser considerada incorreta” “mesmo na hipótese de haver um erro grave na interpretação fática do juiz”, pois tecnicamente foi adequadamente aplicada a legislação correspondente de acordo com a representação da realidade que serviu de base para a sentença.³⁰

Portanto, ainda que a legislação seja (ou fosse) considerada justa, os fatos envolvidos estarão limitados às provas e igualmente à interpretação do juiz. O que se verifica é que o judiciário lida com uma “verdade construída”, ou seja, “uma *verdade relativa*, pois só é aferível em função do contexto em que se insere. Se há desacordo

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000. p.35

²⁶ ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Ob. cit.** p.32

²⁷ Hércules é um personagem construído por Dworkin, que representa o juiz ideal, considerando sua forma de julgar. Ver: DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

²⁸ Ou razão de decidir. “refere-se às premissas necessárias à decisão”. PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa**. Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011. p. 80.

²⁹ Ver: GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal, Yale, p.161- 183, dez. 1930.

³⁰ PUGLIESE, William Soares. **Ob. cit.** p. 84.

quanto, por exemplo, aos conceitos envolvidos, já perde sentido a discussão a respeito da verdade de certa proposição.”³¹

Cumprе ressaltar que as decisões judiciais não seriam capazes de garantir justiça nem mesmo se os elementos anteriores não sofressem qualquer questionamento. Ainda sobre precedentes, Alvim e Dantas concluem que essas decisões não implicam na “correção da decisão sob o ponto de vista *intrínseco* ou *substancial* (...). Mas, para fim de orientação do demais tribunais, deve ser considerada a decisão correta.”³²

Os autores não ignoram “haver casos para os quais há duas ou mais soluções corretas. Mas este não pode ser o ponto de partida do juiz nem uma verdade doutrinária, sob pena de comprometer o caráter sistemático do direito.”³³ Conforme esse raciocínio, decisões que talvez atendessem melhor aos interesses dos envolvidos podem deixar de ser proferidas, ainda que fossem acertadas, o que não se limita aos precedentes, mas se repete em todas as demais.

Outra fragilidade das decisões judiciais advém da tendência de alguns magistrados de primeiro grau julgarem e deixarem para um segundo momento a respectiva fundamentação³⁴, de maneira que o entendimento individual prevaleça sobre o interesse das partes, como se o juiz advogasse em favor de seu próprio posicionamento. O julgador, limitado a sua natureza humana, se sujeita às condições físicas e emocionais em que se encontra quando da tomada de uma decisão.

Verificou-se acima a fraqueza da legislação frente à pluralidade cultural brasileira. Na sequência, foi destacada a dificuldade de se aferir os fatos (a verdade) para aplicação adequada da legislação. Denotou-se, portanto, que não há como positivizar a complexidade das relações de tal maneira que seja possível proporcionar o sentimento de justiça a todo cidadão. Tampouco poderia o Judiciário fazê-lo, considerando os limites de sua atuação diante desse universo plural, porquanto as decisões judiciais, por mais “corretas” que possam ser consideradas, não serão necessariamente justas.

³¹ “Não lidamos com verdades *reveladas* (religiosas) nem *descobertas* (científicas), mas com verdades que são fruto quase que de um *consenso*. É a verdade que nasce do processo de interação entre as pessoas a partir de um quadro referencial”. In: ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Ob Cit.** p.54

³² ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Ob. Cit.** p.167. Itálico no original.

³³ Idem.

³⁴ CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. In: **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016. p.284

O paradigma atual, portanto, é falho na medida em que previsibilidade e justiça das decisões parecem não ser passíveis de compatibilização, o que se verifica tanto no âmbito legislativo quanto na esfera judicial, pois o Estado:

Quanto mais normas edita para dirimir conflitos, mais os multiplica, na medida em que a linguagem pretensamente unívoca e unitária de seus textos legais se torna prolixa, ambígua, declamatória e paradigmática; quanto mais expande a legislação, mais a liberdade jurídica acaba acarretando menos liberdade (concebida esta como âmbito do que não é limitado pelo direito, ou seja, do permitido); quanto mais seus dirigentes e seus legisladores ampliam o número de leis, códigos, decretos, portarias, resoluções, instruções, e pareceres normativos das matérias disciplinadas e reguladas por esses textos legais, mais, em suma, acabam acelerando o esvaziamento da própria funcionalidade do direito.³⁵

A situação se agrava quando se está diante de uma sociedade tão complexa e desigual como a brasileira. Não há como se considerar justo um texto legal cuja leitura estará sujeita às mais diversas interpretações; ou restará engessada, caso os precedentes determinem a forma mais apropriada de aplicação da lei em certo caso, cuja fragilidade dos fatos é igualmente patente. Spengler entende que, “Por isso, o pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado”³⁶. Não que esse seja o único paradigma a ser superado, mas já seria um bom começo.

2.2 LITIGIOSIDADE E PACIFICAÇÃO

Além da multiplicidade de culturas e realidades encontradas em um país tão amplo geográfica, religiosa, e economicamente como o Brasil, a maioria dos sujeitos ainda vê o outro como um inimigo quando há ofensa ou ameaça que dê causa a algum conflito. Nessa esteira, ao invés de tentar resolver a situação por meio do diálogo, parte-se diretamente para uma briga, em regra judicializada. Não há nem mesmo uma negociação construtiva, pois presume-se que eventual negociação implicará em ceder, o que não é aceitável por alguém imerso a sentimentos negativos em face do outro.

³⁵ FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.128

³⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.92

O resultado do levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça demonstra que não basta oferecer uma audiência conciliatória e obrigar as partes a nela comparecerem, pois a quantidade de acordos firmados vem diminuindo, não obstante o aumento do número de audiências de conciliação/mediação realizadas³⁷. É necessário que os envolvidos entendam a proposta inserida e retirem-se do papel de gladiadores, o que somente será possível por meio da quebra do paradigma atual.

De acordo com Sanders, Rogers, Cole e Goldberg, as pessoas ainda têm medo de perder em uma negociação. Muitos se sentem ameaçados e inseguros diante de um mundo em que “você come ou é comida”.³⁸ A tendência negocial é de se proteger, atacar o outro e reagir ríspida e rapidamente, pois não há conhecimento sobre forma diversa senão a possibilidade de ganhar fazendo o outro perder.³⁹ Parte-se do pressuposto de que não haveria como todos os envolvidos saírem satisfeitos de um conflito por meio do diálogo.

Se apenas um dos envolvidos muda a sua forma de pensar o conflito, pode influenciar a outra, mas apenas até certo ponto, pois a recíproca é igualmente verdadeira. Um “comportamento estratégico e tático de negociadores, ou sua falta de habilidade (...) pode se tornar uma séria barreira ao acordo. (...). Não raro, negociadores experientes escolhem linhas de ação que geram desconfiança, raiva, perda de oportunidade de resolverem os problemas”.⁴⁰ Portanto, não basta apenas dialogar, mas “está relacionado a uma mudança de paradigma: de uma cultura do litígio para uma cultura de paz”.⁴¹ Talvez esse seja o aspecto mais difícil de ser superado para fins de quebra do paradigma, pois envolve “uma cultura do conflito para uma cultura do consenso (dentro do dissenso)”.⁴²

Em 1975, John Nash já apresentava matematicamente elementos à Teoria dos Jogos (Equilíbrio de Nash) que, muito resumidamente, demonstravam as

³⁷ “Há de se destacar que mesmo com o novo Código de Processo Civil (CPC), que entrou em vigor em março de 2016, tornando obrigatória a realização de audiência prévia de conciliação e mediação, em quatro anos o número de sentenças homologatórias de acordo diminuiu 18,8%, passando de 2.987.623 sentenças homologatórias de acordo no ano de 2015 para 2.426.027 em 2020”. In: Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. p.192

³⁸ “*eat or be eaten*”. Tradução livre.

³⁹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Dispute resolution: negotiation, mediation, arbitration, and other processes**. 6th Edition. New York: Wolters Kluwer Law & business, 2012. p.59

⁴⁰ FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p.102

⁴¹ MAIA, Andrea. BIANCHI, Angela Andrade. GARCEZ, José Maria Rossani. **Ob. cit.** p.51

⁴² GALANO, Mônica Haydee. **Ob. cit.** p.109

vantagens de se trabalhar colaborativamente para se alcançar o possível resultado em que não há perdedores (ganha-ganha). De acordo com ele, “a cooperação traz a noção de que é possível maximizar ganhos individuais cooperando com o adversário. Não é uma idéia (*sic*) ingênua, pois, (...), traz dois ângulos sob os quais o jogador deve pensar ao formular sua estratégia: o individual e o coletivo”⁴³. Uma frase célebre do matemático é: “Se todos fizerem o melhor para si e para os outros, todos ganham”⁴⁴. Sua proposta foi aplicada nas mais diversas áreas, subsidiando inclusive os métodos autocompositivos, mas ainda estão longe de ser capazes de modificar a cultura beligerante no Brasil.

Enfrenta-se, inclusive, “o preconceito de que a solução consensual é uma ‘justiça de segunda linha’”, que teria como único propósito desafogar o judiciário⁴⁵, muito embora os meios alternativos sejam muito mais do que isso, na medida em que “segue pelo caminho da valorização do ser e dos processos naturais de solução de litígios, ou seja, pela revalorização do valor da linguagem, que é a base da comunicação humana”.⁴⁶ Em contrapartida, “no procedimento comum ordinário do Brasil as partes quase nunca trocam uma palavra. Tudo é realizado por filtros comunicativos, de advogados de regra desconhecedores da importância da ação comunicativa. Há pouco diálogo no processo tradicional e muito de formalismo a serviço do institucionalismo”⁴⁷, o que apenas reforça a dependência de um intermediário (advogado) que fale pela parte, e um ente “superior” (juiz) que indicará o certo e o errado com base naquilo que lhe é apresentado.

Embora mais cômodo para as partes, a falta de um diálogo direto e o excesso de formalismo “consolida[m] e expande[m] posições extremas que dificultam a possibilidade de um acordo”. A lide toma uma proporção tal que não se sabe nem mesmo o que iniciou a briga. “Se briga por ter ‘razão até morrer’. O motivo inicial se perde numa escalada onde cada parte aumenta constantemente seu poder de fogo e destruição. A intensificação do conflito leva a ver o outro como o ‘inimigo’”.⁴⁸ Quando chega nesse ponto, já não há interesse senão de lutar na defesa de seus direitos e na

⁴³ ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. *In*: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. p. 179

⁴⁴ *Ibidem*. p. 179

⁴⁵ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p.161

⁴⁶ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilacqua. **Ob. cit.** p. 58

⁴⁷ *Ibidem*. p.59

⁴⁸ GALANO, Mônica Haydee. **Ob. cit.** p.110

declaração de que o outro está errado, e essa é uma decisão que se quer ouvir de um terceiro. Por outro lado, no início do conflito, quando haveria predisposição para o diálogo, os envolvidos dificilmente pensam em chamar um mediador para auxiliar no processo.⁴⁹

A questão é apresentada como um paradigma exatamente devido a essa forma sedimentada e inquestionada em que se encontra:

O modo de pensar o processo civil tradicional forma, conforma e deforma a mente dos seus operadores. Os bancos escolares primeiramente formam uma mentalidade baseada em valores reducionista-positivistas-mecanicistas-individualistas-dialeticistas-institucionalistas. Depois, conformam a mente do operador que se sente impotente em modificá-lo e, por fim, lhe deformam a mente a ponto de fazê-lo acreditar que o feito é ontologicamente correto.⁵⁰

O ideal é que a mudança ocorra em toda a sociedade, mas o fundamento dessa quebra se dá por meio dos advogados, pois eles são os primeiros a serem procurados quando instaurado um conflito. Cabe a eles, portanto, apresentar aos clientes outras opções que não litigar judicialmente, com o especial propósito de se alcançar um consenso construtivo, por meio de uma negociação sem barganha.⁵¹ Nas palavras do Prof. Vezzulla, “Nossos advogados devem auxiliar-nos nessa tarefa e dar-nos todo o suporte legal para que possamos decidir bem”.⁵²

Nesse sentido, Susskind faz referência à recomendação de *Lord Wolf*, ao afirmar que o litígio deveria ser: evitado sempre que possível; menos adversarial e mais cooperativo; menos complexo; mais certo e célere; mais acessível, e previsível. Alertou, ainda, para a necessidade de se proporcionar igualdade de tratamento às partes; distribuição clara de responsabilidades judiciais e administrativas, de forma que cada uma das esferas direcionasse seus esforços da maneira mais compatível aos seus papéis⁵³.

Embora simples, a mudança não é tão fácil, pois os advogados, assim como os demais operadores do Direito, são formados para serem adversariais. “O professor orienta o aluno para que, depois de formado, ao ser procurado pelo cliente que

⁴⁹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 187

⁵⁰ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p.60

⁵¹ VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação e o mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999. p. 115

⁵² Idem.

⁵³ SUSSKIND, Richard. **The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p.185

recebeu a citação, providencie a citação no prazo de 15 dias. Nem sequer fala da possibilidade de o advogado propor uma solução consensual ao cliente”.⁵⁴ Confunde-se desde a academia a noção de conflito com o conceito de lide. Entretanto, no conflito pode haver “identidade de objetivos, sendo prejudicada a percepção desta convergência pela atribuição de significados divergentes às pretensões manifestas das pessoas envolvidas ou pela dissonância com relação aos meios para alcançar esses objetivos”, enquanto na lide, por outro lado, a “Competição ou disputa implica em oposição de meios ou de objetivos. Entre competidores, o ganho para um acarreta na perda para o outro”. Portanto, de um mal-entendido pode emergir uma verdadeira guerra.⁵⁵

Trata-se da necessidade de se enxergar as divergências sob o ponto de vista proposto por John Nash (Equilíbrio de Nash e a Teoria dos Jogos), que sustenta a escola de negociação de Harvard, de acordo com a qual, devemos ser afáveis com as pessoas e duros com o problema⁵⁶. Para tanto, independentemente da confiança entre as partes, devem trabalhar juntas como resolvidoras de problemas, que são então encarados como inimigos em comum⁵⁷. É uma união de forças criativas para superar a situação, e não de necessária destruição do outro.

Ao se afastar do posicionamento polarizado, estimula-se a capacidade dos sujeitos de se comunicarem, se enxergarem, e se comprometerem “responsavelmente para com decisões e acordos participativos”, “possibilitando aos participantes elaborar novas ferramentas para organizar as suas relações. É nesse sentido que essas metodologias para o tratamento dos conflitos se definem como práticas emergentes que operam entre o existente e o possível”⁵⁸.

Não é que essa seja a resposta para todos os conflitos apresentados, mas se esta for a regra, a lide judicializada será a exceção, ao contrário do que se vê culturalmente no Brasil atual, e seguirá no próximo item.

⁵⁴ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p. 40

⁵⁵ ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de. A mediação no contexto judiciário e os meios adequados de resolução de disputas. *In*: ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 717.

⁵⁶ FISCHER, Roger. URY, William. **Como chegar ao sim**: negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 38

⁵⁷ *Ibidem*.

⁵⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 296

2.3 JUDICIÁRIO E ESTADO

Os números levantados pelo Conselho Nacional de Justiça para o ano de 2020 retratam a banalização do acionamento do judiciário – que recebeu 17.6 milhões de novos casos⁵⁹. Isso decorre também da pluralidade sociocultural que assola juntamente com a presunção de litígio apresentadas anteriormente. Outro aspecto que sustenta o paradigma atual é a dependência dos sujeitos em relação ao Estado, que deve supostamente controlar, ditar e se responsabilizar por tudo o que acontece, mesmo que seja no íntimo da vida privada, ao identificar e deliberar acerca de direitos ditos indisponíveis.

A situação, então, projeta os questionamentos para o “interior de um debate mais amplo acerca das definições político-institucionais do Estado contemporâneo – afinal, estamos tratando da redefinição de uma das funções básicas da atividade estatal”⁶⁰. A natureza interventiva desse mesmo Estado evidencia-se no financiamento e administração de programas de seguro social visa primeiramente “provocar uma dependência do trabalhador ao Estado, especialmente diante do avanço do socialismo, o que mais uma vez intensificou a intervenção financeira estatal”⁶¹.

Tal se deve a uma deformação recebida das igrejas tradicionais que apresentam uma forte tendência salvacionista: é o ‘Salvador’ quem virá ajudá-lo! Sempre um terceiro irá resolver o seu problema. Tudo é terceirizado, e você passa a não acreditar em si, nas suas potencialidades e se imagina pequeno. Isso é pouco questionado e é repassado de geração em geração. Então, só o que vem da instituição é que vale, é o justo. Há uma promoção da instituição e uma despromoção humana. No entanto, quem cria a ‘instituição’ é o homem, logo, ele é maior que a instituição.⁶²

É como se nem mesmo pudesse ser considerada a possibilidade de alguém se responsabilizar por seus atos, que acabam por se limitar ao cumprimento de determinações legais ou judiciais.

Essa ideia somente pode ser modificada pelo mesmo homem inserido no contexto, o que se torna uma missão quase que impossível porque não é interessante ao soberano, e é cômodo à pessoa, na medida que atende ao “desejo humano de

⁵⁹ Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. p. 103

⁶⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 20

⁶¹ Ibidem. p.43

⁶² KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p. 58

domínio” por meio de um “delicado engenho com o qual se quer induzir o cidadão a permanecer de fato excluído. Para que o soberano, no entanto, possa manter a ordem desejada da maneira mais pacífica possível, alimenta nos súditos a ilusão de poder”.⁶³

A transformação do Estado Contemporâneo encontra-se, portanto, intimamente dependente da continuidade “da ideia de Estado de Direito – e por consequência do Direito como seu mecanismo privilegiado – como instrumento apto, eficaz e indispensável para a solução pacífica dos litígios”⁶⁴, pois, “o espaço simbólico da democracia migra do Estado executor para a Justiça” em razão das falhas do Estado em “um sistema provedor”, no qual “o Estado é visto como o todo-poderoso e pode tudo suprir”. “Nesse contexto, o juiz ganha papel de destaque como o terceiro imparcial que compensa o ‘déficit democrático’, emprestando à sociedade ‘referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos’.”⁶⁵ O problema é que a estrutura desse mesmo Judiciário se demonstra insuficiente para atender à “complexidade das relações modernas”, conforme visto anteriormente.⁶⁶

Não basta, portanto, garantir acesso ao Judiciário. Exigem-se “meios concretos rumo à democratização do acesso à justiça – à solução de dos conflitos – princípio basilar do Estado Democrático de Direito”. O modo de tratamento dos conflitos está diretamente relacionado ao Estado Democrático de Direito e a utilização de métodos que busquem a efetiva pacificação social sem desvirtuar “os ideais de verdade e justiça social do processo, proporcionem a desobstrução da Justiça e assegurem as garantias sociais conquistadas” é mais uma forma de sua promoção.⁶⁷

Morais acrescenta a “universalidade da jurisdição”, que consiste na necessidade de inclusão do “maior número possível de pessoas e conflitos ao processo”. Não se está falando apenas em acesso ao Judiciário, mas no afastamento de injustiças, “porque de tudo isso se espera que possam advir resultados práticos capazes de alterar substancialmente a situação das pessoas envolvidas.”⁶⁸

⁶³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.379

⁶⁴ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem**: alternativas à jurisdição. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.p.99

⁶⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.140

⁶⁶ REZENDE, Caroline Gaudio. Soares, SUELLEN Kercia Peris de Souza. A Mediação Como Meio De Se Promover O Acesso à Justiça e a Preservação do Processo Justo. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. SANTANNA, Ana Carolina Squadri. SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa (Orgs.). **Mediação Judicial e Garantias Constitucionais** – Niterói: PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013. p. 52

⁶⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação...** p. 115

⁶⁸ *Ibidem* p. 297

O mesmo autor chega a afirmar que a vontade concreta do direito pode ser até mesmo ignorada caso seja contrária à promoção da pacificação social, especialmente da pacificação com justiça⁶⁹. Essa afirmativa se fundamenta das dificuldades do Direito em atender efetivamente aos interesses das partes por ele protegidos.⁷⁰ A lógica deveria ser no sentido oposto: “o processo dá os contornos do direito material, quando, na verdade, deveria ser o inverso, pois o segundo serve para cumprir os fins do primeiro, e não o contrário.”⁷¹

Acerca do assunto, Dinamarco afirma que para o jurisdicionado o poder Judiciário é “um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam”, enquanto que “para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras” e, “para o Estado, é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico.”⁷² Não obstante sua imperfectibilidade, o Judiciário (a justiça) remanesce como “objeto de uma súbita inversão de tendências: de secundária, ela se torna de repente prioritária”, pois, conforme complementa Spengler:

A jurisdição passa a ser um modo normal de governo. A exceção torna-se regra, e o processo, de instrumento de tratamento de conflitos, se transforma na forma comum de gestão de setores inteiros, como a família e a imigração. Considerada instituída, vê-se agora como instituidora e traz no seu rastro a transformação do papel desempenhado pelo juiz que assume a posição de ‘guardião da democracia’. A própria cultura jurídica atual, porém, e seu paradigma liberal-individualista-normativista, dificultam não só a decisão judicial democrática, mas também a sua efetividade.⁷³

Esse paradigma, além de equivocado, é alimentado por sua própria natureza. Nas palavras de Almeida Neto, “gera o imobilismo. A ordem emanada de um terceiro pode estabilizar relações, mas criará a dependência de outras ordens a intervir nesta relação”⁷⁴. Logo, o problema não se limita a “uma crise estrutural de instalações, de

⁶⁹ *Ibidem*. p. 236

⁷⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.19.

⁷¹ FENSTERDEIFER, Shana Serrão. “O Direito-Garantia Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva Constitucional e o Caso Problemática da Sentença sem eficácia imediata ope legis que tutela direito em risco de dano ou perecimento” *In*: STRAPAZZON, Carlos Luiz. GOMES, Eduardo Biancchi, SARLET, Ingo Wolfgang. **Coleção Direitos Fundamentais e Sociais na Visão Constitucional Brasileira**. Tomo I. Produção Científica dos mestrados Unibrasil, Unoesc e PUCRS. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014. p. 35

⁷² DINAMARCO, Cândido Rangel. p. 274

⁷³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.145

⁷⁴ ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de. A mediação no contexto judiciário e os meios adequados de resolução de disputas. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.721

pessoal, de equipamentos, de custos”⁷⁵, mas ao que Spengler trata como “monopólio estatal da jurisdição”⁷⁶. De acordo com a mesma autora, o judiciário somente deveria ser acionado quando o conflito não pudesse ser sanado de outra forma, pois “o processo tende a perder a conotação participativa, assumindo um procedimento de elevado conteúdo técnico, burocrático e formalista”.⁷⁷

Essa hiperjudicialização se reflete na própria cultura beligerante e prejudica a promoção da pacificação social, na medida em que se considera que cabe exclusivamente ao Judiciário “o direito de punir a violência”, mas seu formato acaba por multiplicá-la. Logo, “o cidadão ganha, de um lado, a tranquilidade de deter a vingança e a violência legítima/estatal, mas perde, por outro, a possibilidade de tratar seus conflitos de modo mais autônomo e não violento, mediante outras estratégias”.⁷⁸

O retrato atual do Estado, assim como da postura do Judiciário, portanto, são distantes do ideal para efetivamente se aproximar da promoção da justiça, cujo próprio conceito é efêmero. Os preceitos e garantias constitucionais processuais, então, se apresentam para proporcionar maior solidez ao procedimento, apresentando condições de igualdade e oportunidade aos jurisdicionados. A proposta é se aproximar o máximo do ideal, mesmo que o objetivo seja utópico.

Os limites do Judiciário e seus propósitos demandam criatividade, ousadia e esforços na busca por alternativas que atendam eficientemente às carências sociais no que diz respeito à solução de conflitos. Não se trata de invenção de novos métodos, mas de melhor compreensão daqueles já disponíveis e amplamente utilizados em países mais desenvolvidos.

2.4 O ACESSO À JUSTIÇA

Nessa toada de hiperjudicialização, surge a necessária revisão de um conceito equivocadamente generalizado e confundido com o próprio acesso ao Judiciário. “A própria ideia de justiça merece uma transformação”⁷⁹. O tema “acesso à justiça” instiga há muito tempo questionamentos, críticas e propostas por leigos e especialistas das mais diversas áreas. Não importa o quanto se pesquise, nem

⁷⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 111

⁷⁶ *Ibidem* p. 305

⁷⁷ *Ibidem*. p. 341

⁷⁸ *Ibidem*. p. 283

⁷⁹ GALANO, Mônica Haydee. **Ob. cit.** p. 109

mesmo o seu conceito está próximo de unanimidade, assim como o seu enfoque, que pode ser abordado do ponto de vista de estrutura social e/ou individual no âmbito da solução de conflitos. “O sentido de acesso à Justiça vem passando por constante mudança, pois o antigo modelo de monopólio estatal não tem mais espaço, e foi cedendo lugar a novas ideias e propostas aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos.”⁸⁰

Para os fins apresentados na introdução do presente trabalho, a definição de uma decisão justa para todos os envolvidos em um conflito é o que se torna relevante para o estudo. Não que haja alguma pretensão de esgotar um tema tão controverso, mas o levantamento de alguns conceitos é indispensável para iniciar a discussão em torno da Mediação Extrajudicial como forma de acesso à justiça e sua melhor utilização. Outra proposta é demonstrar a amplitude do assunto, que em muito ultrapassa as paredes dos tribunais.

Galano faz menção a um colapso, tendo em vista que “o sentido de justiça não é um critério ‘objetivo’, eterno, a-histórico, é o resultado de um consenso social. Acordo social que muda através dos tempos”⁸¹, especialmente diante da ausência de um critério de julgamento, ou frente ao direito objetivo que ignora a necessidade das partes.⁸² O Prof. Vezzulla considera, inclusive, que “o critério de justo está intimamente ligado ao de interesses, ou seja, à vontade das partes. Deverá ser justo em satisfazer todos os interesses envolvidos na questão”.⁸³ Trata-se de sentimentos pessoais, “no que tange ao significado do bem para ele e para a sua geração”, “é uma expectativa inteligente que todo ser carrega em si, como fruto de suas experiências da humanidade”.⁸⁴

Acertadamente, Susskind entende que a discussão tal como apresentada corre o risco de ser demasiadamente abstrata, e apresenta uma analogia com os cuidados com a saúde, na medida em que a maioria das pessoas prefere evitar ficar doente do que ter que buscar a cura posteriormente, porquanto acesso à justiça envolveria tanto o evitamento da demanda judicial quanto a sua resolução.⁸⁵

⁸⁰ NINGELISKI, Adriane de Oliveira. **Acesso à Justiça pelos Caminhos da Mediação**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 76

⁸¹ GALANO, Mônica Haydee. **Ob. cit.** p. 108.

⁸² Ibidem. p. 110.

⁸³ VEZZULLA, Juan Carlos. **Ob. cit.** pp.113-114

⁸⁴ KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p.66

⁸⁵ “*access to justice is as much about dispute avoidance as it is about dispute resolution.*” In: SUSSKIND, Richard. **Ob. cit.** p. 231

Sua mera resolução heterocompositiva, ou seja, por meio de uma decisão proferida por terceiro tal como ocorre quando a questão é apreciada pelo Poder Judiciário, merece esclarecimentos para afastar a comum confusão entre “acesso ao Judiciário” e “acesso à justiça”. Nesse sentido, Câmara afirma que o Estado detém o monopólio da jurisdição, mas não da realização da justiça, “pelo menos não como valor inerente ao homem”⁸⁶, que “pode ser alcançada por vários meios, sendo a jurisdição apenas um deles.”⁸⁷

Dinamarco ressalta que tampouco o procedimento e o contraditório não são privativos do sistema jurisdicional, mas insiste na imprescindibilidade do judiciário para que os conflitos sejam sanados de forma justa: “O *acesso à Justiça* é, mais do que ingresso no processo e aos meios que ele oferece, modo de buscar eficientemente, na medida da razão de cada um, situações e bens da vida que por outro caminho não se poderiam obter.”⁸⁸

Não é que seja possível negar a relação intrínseca entre acesso à justiça e ordenamento jurídico, mas a liberdade do magistrado estará limitada aos termos da lei⁸⁹. O ordenamento jurídico, entretanto, de acordo com Bezerra, não é vinculado à justiça, “por isso que afirmamos ser o acesso à justiça um problema ético-social, no plano da realização do direito”⁹⁰. Portanto, não basta garantir acesso ao Judiciário e suas decisões, pois os conflitos devem ser eliminados com fundamento em critérios justos⁹¹. Para Dinamarco, inclusive, “a eliminação de litígios sem o critério de justiça equivaleria a uma sucessão de brutalidades arbitrárias que, em vez de apagar os estados anímicos de insatisfação, acabaria por acumular decepções definitivas no seio da sociedade”⁹².

Daí se depreende a necessidade de se propiciar “acesso à ordem jurídica justa”, mediante manipulação adequada do processo⁹³, que vai além do seu aspecto formal⁹⁴. A questão aqui é a necessidade de se colocar o processo a serviço do

⁸⁶ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Ob. cit.** p.94

⁸⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p.19

⁸⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 283

⁸⁹ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Ob. cit.** p. 98

⁹⁰ *Ibidem*. p. 96

⁹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 161

⁹² *Ibidem*. p. 293

⁹³ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Ob. cit.** p. 123

⁹⁴ *Ibidem*, p. 122

homem, “e não o homem a serviço de sua técnica”.⁹⁵ López ressalta a importância de o direito ser concebido de forma teleológica:

*el derecho como producto humano e histórico debe ser valorado según el ideal de justicia trazada de la pura razón: es decir, que la actitud estimativa del hombre hace ver que el derecho no es un contenido abstracto, lógico y frío, sino por el contrario, es algo de contenido teleológico, de tal manera que los sistemas de derecho se explican por el ideal que sustentan, que en última instancia convergen en la justicia.*⁹⁶

Nas palavras de Fensterdeifer, “na concepção contemporânea, o foco de direito de ação é deslocado do conceito para o resultado propiciado pelo seu exercício”⁹⁷. Logo, conforme afirma Ataíde Junior, “Preservado o devido processo legal, não há porque invalidar a solução apresentada para o caso concreto.”⁹⁸ Essa visão teleológica, para o mesmo autor, permite que o conceito de justiça se afaste do legal tanto quanto do jurisdicional, ao afirmar que “Para que o processo seja ‘devido’ não precisa, necessariamente, seguir os padrões legais. Precisa, na verdade, ser ‘justo’”⁹⁹.

Nas palavras de Bezerra, “se o acesso à justiça significasse apenas facilidade de ajuizamento de ações e oferecimento de defesa, nisso o Brasil não estaria mal.”¹⁰⁰ Dinamarco não deixa dúvidas ao afirmar que “o tema de ingresso em juízo (ou admissão ao processo) é menos amplo que o do acesso à justiça.”¹⁰¹ Para melhor compreender essa e outras assertivas apresentadas, foram consideradas algumas colocações acerca do papel do Poder Judiciário, assim como, das opções autocompositivas, especialmente a Mediação Extrajudicial, de maneira a vislumbrar o melhor caminho e a forma mais adequada de utilizá-lo.

⁹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 297 – nota 1

⁹⁶ LÓPEZ, Armando Bravo: *La problemática de la justicia*. In: **Revista de la Universidad de San Carlos**. Guatemala: n.34, Jul/Set., 1955, p.9

⁹⁷ FENSTERDEIFER, Shana Serrão. **Ob. cit.** p. 27

⁹⁸ ATAÍDE JUNIOR, Vicente de Paula. O devido processo legal. In CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.790.

⁹⁹ Ibidem. p. 792.

¹⁰⁰ BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Ob. cit.** p. 134

¹⁰¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 283

3 SISTEMA MULTIPORTAS

O primeiro capítulo apresentou alguns pontos relevantes para a melhor conjugação dos interesses privados e públicos frente aos limites do Estado para regular as relações entre sujeitos tão complexos e diferentes que compõem o país. A fragilidade da normatização se reflete em injustiças causadas por decisões proferidas por um Judiciário sobrecarregado e mal utilizado. Um dos pontos que dá causa a essa situação é o paradigma beligerante que atribui ao Estado a solução de todo e qualquer conflito, fundamentado em um conceito equivocado de justiça, cuja alienação está intimamente ligada à presunção de se encontrar uma única resposta para uma sociedade tão plural.

Não basta identificar o problema, especialmente quando há opções para resolvê-lo. Nesse caso, apresentam-se alternativas que auxiliam a mudança de pensamento da sociedade, muito embora dependam da quebra dos mesmos paradigmas apresentados anteriormente para que sejam eficazes. “A ruína da operatividade dos sistemas estatais de justiça (...) torna imprescindível que se lance mão dos chamados *meios alternativos de resolução de conflitos* (conciliação, mediação, e arbitragem)”¹⁰².

Uma evidência disso está no fato do Judiciário ser “um meio de solução de conflitos que via de regra agrada apenas uma das partes e, em alguns casos, deixa ambas as partes insatisfeitas, como pode ocorrer na hipótese de uma sentença parcialmente procedente.”¹⁰³ Ainda assim, números mostram que o Judiciário permanece sendo a porta mais utilizada pelo brasileiro, ao que Watanabe se refere como “cultura da sentença”¹⁰⁴. Por maior que seja o estímulo à utilização de outros métodos, a judicialização ainda é difícil de ser superada¹⁰⁵.

¹⁰² VENTURI, Elton. “Direito à razoável duração do processo” *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.847

¹⁰³ CHIESI FILHO, Humberto. **Um Novo Paradigma de Acesso à Justiça**: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2021. p. 36

¹⁰⁴ WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

¹⁰⁵ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. Cit.** p. 170

Em 1976 nascia nos Estados Unidos o sistema multiportas¹⁰⁶ como consequência da insatisfação dos norte-americanos com o Judiciário, especialmente frente à sua insuficiência para atender às peculiaridades de cada situação. O jurisdicionado “idealizou um sistema que triasse a forma mais adequada de solução de cada conflito, levando em consideração suas peculiaridades, maiormente para que a negociação fosse construída pelas partes”¹⁰⁷. Com o apoio dos operadores do direito, a proposta alcançou diversos outros países.

Da expressão original *Multi-door Courthouses*, o termo *Courthouses* é normalmente traduzido para o português como “tribunal”¹⁰⁸, mas também é encontrado como “sistema”¹⁰⁹. Em qualquer caso, trata-se de “uma organização judicial e uma cultura jurídica que incorpora diversos meios de resolução de disputas, por exemplo, mediação e arbitragem”¹¹⁰, e “consistem em espécies de ‘centros de Justiça’, onde o Estado oferece aos cidadãos, além do processo tradicional, outras opções de procedimentos adequados aos mais diversos tipos de litígio”.¹¹¹ No Brasil, essa proposta inspirou a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania¹¹², mas seu foco principal era auxiliar o Judiciário e estimular o consenso, enquanto o Tribunal Multiportas apresenta diversas alternativas para possibilitar a escolha da mais adequada para cada tipo de conflito, pois nem sempre o Judiciário é a melhor forma de resolvê-los, uma vez que “não se apresenta como meio mais eficaz para a reconstrução da relação entre as partes, a solução integral da controvérsia e a pacificação social”.¹¹³

¹⁰⁶ SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Maria Hernandez (Orgs.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. p.27

¹⁰⁷ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p. 155

¹⁰⁸ SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. **Ob. cit.**

¹⁰⁹ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p. 155

¹¹⁰ ROSA, Alexandre Moraes da. MENDONÇA, Rafael. Sistema Único de Justiça (SUJ) x Especial Adequação da Mediação aos Conflitos Interpessoais. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 740

¹¹¹ PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. **Ob. cit.** p. 59

¹¹² Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125 de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/156>. Acesso em: 21 fev. 2022.

¹¹³ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 36

A ideia do Tribunal Multiportas, portanto, vai muito além de reduzir o número de casos que dependem de adjudicação. Ele apresenta um paradigma de emancipação do sujeito frente ao Estado, e de pacificação social, que começam na possibilidade de escolha da melhor forma de se resolver um conflito. As opções apresentadas são exemplificativas, e seu esgotamento seria contrário ao próprio espírito que lhe sustenta, pois trata-se de um processo criativo e construtivo constante. Inclusive, os métodos estranhos ao judiciário eram inicialmente chamados de “alternativos”, mas essa nomenclatura tem sido atualizada para “adequados”, o que resgata sua essência, considerando que “para cada tipo de conflito existe um método de resolução mais apropriado, que atende com especificidade à natureza e às particularidades do caso. Sem dúvida, quanto mais opções existirem à disposição das partes, mais chances terão para resolver as suas divergências de forma criativa e eficiente”.¹¹⁴

De acordo com Faleck, “os diferentes mecanismos processuais, com suas características e funcionalidades distintas, podem ser combinados, organizados, sequenciados, e até fundidos em figuras híbridas”¹¹⁵, sendo que cada método oferece “variáveis que proporcionam diferentes níveis de incentivos, custos, dispêndio de tempo, justiça procedimental e valor esperado – ou seja, o resultado tangível que potencialmente será obtido”¹¹⁶. O autor afirma, ainda, que a forma como um conflito é resolvido “afeta a substância”, e a construção do método leva a “soluções bem sucedidas”¹¹⁷.

Quando da eleição (ou criação) da melhor alternativa para resolução de determinado conflito, devem ser analisados vários aspectos tais como custos envolvidos, capacidade financeira das partes, tempo disponível, objetivos, tipo de relacionamento (continuado ou pontual), diferenças entre elas, entre tantos outros. Faleck inicia a questão perguntando “se as partes realmente precisam dos tribunais para resolver as suas disputas”¹¹⁸. A cultura Norte Americana inverte essa lógica, e parte de questionamentos em torno da melhor opção consensual para, apenas então, considerar o Judiciário como alternativa, ou seja, parte do pressuposto de que o Judiciário somente deve ser acionado em última hipótese. Sander, Rogers e outros

¹¹⁴ PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. **Ob. cit.** p. 58

¹¹⁵ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 19

¹¹⁶ Ibidem. p. 23

¹¹⁷ Idem.

¹¹⁸ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 124

sugerem a análise de alguns pontos para eleição do melhor meio autocompositivo para a resolução de um conflito: quais os objetivos das partes? Elas são receptivas a um acordo? Quais seriam os obstáculos para tanto? Qual alternativa melhor superaria essas dificuldades?¹¹⁹

Não é que o judiciário seja incapaz de resolver conflitos, mas seu formato heterocompositivo (resolvido por um terceiro “superior”) e estritamente positivado impossibilitam o atendimento dos interesses dos envolvidos em todo em qualquer tipo de relação:

É possível notar, ainda, situações em que a lide judicializada muitas vezes torna indiscutível somente o ponto central do conflito que é atingido pelos efeitos da coisa julgada, quando de fato existem outros pontos a ele relacionados que estão em um espectro mais amplo da relação originário e permanecem não resolvidos, não sendo raro voltarem as partes ao Poder Judiciário correlatas a uma já decidida. Nesses casos, o juiz resolve o processo, mas não o conflito em seu sentido mais amplo, especialmente nas relações continuadas, inclusive entre consumidor e fornecedor, fazendo com que futuras demandas judiciais sejam geradas.¹²⁰

Não obstante Chiesi Filho se refira às relações de consumo, em todas aquelas em que haja continuidade futura ou pretérita outros métodos podem ser mais ricos do que o Judiciário. Passa-se então a tratar dos chamados “ADR’s (*Alternative Dispute Resolution*)”¹²¹ que, sem excluir ou substituir o Poder Judiciário, oferecem ferramentas para facilitar uma solução consensual. Em algumas circunstâncias, inclusive, pode ser exigida homologação judicial¹²² ou a coerção judicial para executar eventual acordo, “atributo exclusivo da jurisdição”¹²³. Essas formas, portanto, são consideradas alternativas no sentido de opções além do Judiciário, e adequadas porque a escolha deve considerar as peculiaridades de cada situação.

Ao oferecer às partes alternativas para resolução de seus conflitos, a autonomia privada é valorizada, e permite que elas elejam o método que “mais se adequa às suas necessidades”¹²⁴, indo ao encontro da própria concepção de justiça

¹¹⁹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 450

¹²⁰ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 36

¹²¹ PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. **Ob. cit.** p. 58

¹²² Lei de mediação – direitos indisponíveis passíveis de transação.

¹²³ PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. **Ob. cit.** p. 58

¹²⁴ BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. RIBEIRO, Suzane de França. MUNIZ, Tânia Lobo. A legitimação do dispute board como meio alternativo de resolução de conflitos na ordem jurídica brasileira pelo Superior Tribunal de Justiça. (p.127-145). *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão De Conflitos – Uma**

apresentada no capítulo anterior. Nas palavras de Spengler, a proposta está intimamente ligada à base da democracia: “O tratamento de um conflito somente poderá ser considerado democrático se os arranjos concretos que lhe dão forma, além de preencherem os requisitos objetivos do ‘modelo’ democrático, forem aceitos pelos conflitantes enquanto tal”¹²⁵. A força do Tribunal Multiportas, portanto, “não está em ‘escolher direito’, mas no ‘direito de escolha’”¹²⁶, que não deve ocorrer por ineficiência de um ou de outro, mas “de forma espontânea, por vontade real”¹²⁷.

Salles apresenta o processualista como um arquiteto desse procedimento, que pode ser construído pelos próprios interessados¹²⁸, desde que respeitadas as premissas constitucionais, ao menos no Brasil:

O Direito, além de regulador de condutas humanas, passou a exercer a função de realizar os valores constitucionais. Nesse contexto, o exercício da autonomia privada por meio de meios alternativos de solução de conflitos emergiu como forma de realização da justiça, por mostrar-se eficaz na solução de conflitos e por prestigiar a liberdade das partes e, via de consequência, a dignidade da pessoa humana.¹²⁹

Nas palavras de Costa e de Muniz, “é preciso despertar para o emprego de outros meios de solução de conflito, para além do Judiciário, a fim de se aplicar a cada caso o meio mais adequado, considerando as particularidades das partes e das matérias envolvidas, visando a efetiva tutela jurisdicional e a pacificação social.”¹³⁰ Alinhado ao posicionamento já consolidado na maioria dos países, Mancuso afirma que a prestação jurisdicional do Estado “é de índole substitutiva e não excludente de outras soluções”¹³¹.

O Judiciário figura como uma das portas do sistema ao lado da Arbitragem, e correspondem aos métodos heterocompositivos, ou seja, àquela situação na qual caberá a um terceiro decidir qual seria a forma mais acertada de findar o conflito.

Abordagem Global Dos Mecanismos De Resolução De Disputas. Londrina: Engenho das Letras, 2020. p.137

¹²⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. Ob. cit. p. 387

¹²⁶ KEPPEL, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. Ob. cit. p. 125

¹²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**. Argentina: Angra Impresiones, 1998. p. 82

¹²⁸ SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

¹²⁹ BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. RIBEIRO, Suzane de França. MUNIZ, Tânia Lobo. Ob. cit. p. 135

¹³⁰ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p. 150

¹³¹ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 56

Concomitantemente, se apresentam os métodos autocompositivos¹³², os quais contam com características específicas, que ao final dos anos 80 já eram identificadas, tais como, redução de despesas e de tempo; cumprimento do acordo mais célere do que de uma decisão judicial; satisfação pública com o sistema; estímulo a métodos que melhor atendam aos interesses dos envolvidos, de forma voluntária; restauração da influência dos valores da sociedade; acessibilidade à justiça; e ensinar o cidadão a tentar processos mais efetivos do que a violência ou o litígio para resolver conflitos¹³³.

Sobre os métodos autocompositivos, Costa e Muniz resumem e atualizam os benefícios: “a solução negocial, além de eficaz e econômica, também é um importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, na medida em que os interessados passam a ser protagonistas na solução dos litígios, enfatizando seu forte caráter democrático.”¹³⁴ São normalmente apresentados como tendências gerais em termos de direito comparado e são bastante incentivados no novo Código de Processo Civil¹³⁵, no qual a palavra “mediação” aparece 39 vezes, ao passo que o termo “jurisdição” aparece 30¹³⁶. De qualquer forma, Almeida Neto ressalta que não há que se falar em oposição entre os métodos judiciais e as demais alternativas, pois são complementares¹³⁷

Atualmente, frente aos paradigmas apresentados, passa-se a presumir que a pessoa inserida em um conflito irá buscar a orientação de um advogado para que defenda “seus direitos” por meio de um processo judicial. Enquanto operador do Direito, cabe ao advogado iniciar a quebra desse ciclo ao identificar o método mais adequado para atender aos interesses de seu cliente e apresentá-lo de maneira a buscar a efetiva solução da contenda e proteção da relação entre os envolvidos. “O advogado é certamente o profissional mais indicado para prestar assessoria aos seus clientes acerca do melhor caminho para resolver satisfatoriamente um problema de

¹³² CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 40

¹³³ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 6

¹³⁴ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p.151

¹³⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Ob. cit.** e-book

¹³⁶ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 53

¹³⁷ ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de. **Ob. cit.** p. 714

ordem jurídica”¹³⁸. A pacificação social passa a ser uma consequência reflexa dessa prática.

Conforme apresentado anteriormente, a sociedade brasileira não demonstra cultura ou conhecimento suficiente para explorar todo o potencial oferecido pelo Tribunal Multiportas, porquanto cabe aos advogados guiá-la, apresentando-lhe essa oportunidade. A advocacia tal como conhecida, pela mera produção de peças processuais, deixa de atender às necessidades sociais, na medida que “a prática jurídica monolítica de seguir regras procedimentais pré-estabelecidas, como o Código de Processo Civil, para resolver todo e qualquer problema já não é suficiente para o estágio de evolução do próprio processo civil, da advocacia, dos negócios, e da vida em sociedade”¹³⁹.

3.1 FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS

Em que pesem os benefícios oferecidos pelos métodos autocompositivos, eles somente serão considerados adequados se todos os envolvidos estiverem plenamente inseridos no contexto, sinceramente dispostos a trabalhar de forma construtiva para encontrar a melhor solução para a situação¹⁴⁰, tendo o problema como inimigo comum a ser vencido¹⁴¹.

Caso uma das partes ou seus advogados não estiverem dispostos a trabalhar com foco na pacificação do relacionamento, ou não estiver aberto ao diálogo¹⁴², a tentativa autocompositiva passa a ser uma perda de tempo e de dinheiro, além de servir como ferramenta para alimentar o conflito, na medida em que dá margem para uma comunicação ofensiva e destrutiva¹⁴³. Atribuir a um terceiro a solução de uma contenda, portanto, pode ser a melhor alternativa, especialmente caso a relação entre as partes não seja passível de autocomposição. Araújo bem esclarece que:

Este sistema não é ruim *per se*, já que, indubitavelmente, garante a imparcialidade de quem julga e protege a parte menos forte ou mais

¹³⁸ ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PAIVA, Fernanda. Dinâmica da Mediação: atores. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.262

¹³⁹ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 181

¹⁴⁰ FISS, Owen. **The Law as it Could Be**. NYU Press. Edição do Kindle. p. 102

¹⁴¹ FISCHER, Roger. URY, William. **Como chegar ao sim**: negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014. p. 59

¹⁴² SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 341

¹⁴³ FISS, Owen. **The Law as ...** p. 102

desprotegida da relação em conflito. Garante além disso a igualdade perante a lei a todos os cidadãos, a gratuidade do Sistema e não deixa ao livre arbítrio das partes a interpretação de normas de cumprimento imperativo ou a aplicação de direitos que a lei considera como irrenunciáveis por parte dos particulares, além de outros benefícios.¹⁴⁴

Esse equilíbrio de tratamento não será encontrado em um método autocompositivo quando as partes não estiverem plenamente inseridas no seu contexto. Nesses casos, considerados “não mediáveis”¹⁴⁵, a negociação se limitaria à barganha, e prejudicaria a parte mais fraca ou sensível no momento. Esses e outros aspectos negativos da autocomposição serão apresentados nos próximos capítulos, e sustentam em conjunto a sua não utilização indiscriminada, afinal, não seria possível falar em adequação de um método se for desconsiderado qualquer um deles, tampouco se fosse indicado somente uma das opções como a correta.

Diante disso, apresentam-se brevemente alguns dos métodos heterocompositivos, especialmente o Poder Judiciário e a Arbitragem, que são os mais comuns no Brasil atual.

3.1.1 O Poder Judiciário

A comunidade jurídica ainda enxerga o Poder Judiciário como sendo a única forma de resolver os seus conflitos. Nesse contexto, então, pesquisou-se acerca do seu papel no Estado Democrático de Direito, pois as inovações legislativas apresentadas especialmente: pela Lei de Mediação¹⁴⁶, a Lei que alterou o Código de Defesa do Consumidor¹⁴⁷, o Código de Processo Civil atual¹⁴⁸, e as modificações

¹⁴⁴ ARAUJO, Luis Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p. 128

¹⁴⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 341

¹⁴⁶ BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acessado em 13.fev.2022

¹⁴⁷ BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1998. Artigos 54-A e seguintes. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acessado em 13.fev.2022.

¹⁴⁸ BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. Artigos 20-A e seguintes. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acessado em 13.fev.2022.

sofridas pela Lei de Falência, inseriram no contexto do Judiciário a tentativa de autocomposição.

O Poder Judiciário enquanto alternativa inicialmente heterocompositiva de acesso à justiça passa então a tomar para si algumas características que reforçam a necessidade de se pesquisar sobre sua natureza, partindo-se do contexto histórico da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

A “Constituição dos Estados Unidos do Brasil”¹⁴⁹ de setembro de 1946 foi o resultado de um esforço realizado na política brasileira para a implantação de um regime mais democrático, como expressão dos valores liberais¹⁵⁰. Em seu artigo 141, § 4º, já constava o princípio da ampla acessibilidade ao Poder Judiciário, cujos termos em muito se assemelham com o conteúdo atual. Há setenta e cinco anos, a determinação era a seguinte: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário, qualquer lesão ou ameaça a direito individual”. O texto atual foi contextualizado apenas para ampliar a natureza então “individual” do direito protegido.

O advento do “Estado Moderno de feição liberal” deu azo a relações mais complexas, que não poderiam mais ser resolvidas por meio da justiça privada, porquanto o Estado chama para si o “monopólio da Jurisdição”¹⁵¹. Com isso, conforme afirma Dotti, o Estado “criou a obrigação de assegurar a realização dos direitos subjetivos. Não é à toa que um dos princípios mais caros ao Estado Democrático de Direito e à própria separação dos poderes é o da inafastabilidade do controle jurisdicional”.¹⁵² Sua função primordial, portanto, é “fiscalizar a validade das leis e atos normativos”, conforme afirmam Mariani, Oliveira, e Augusto de Oliveira.¹⁵³ Afirmou Owen Fiss que “os tribunais existem para dar sentido aos nossos valores públicos, não para resolver disputas”¹⁵⁴. Por outro lado, para Moraes, caberia ao Judiciário “em

¹⁴⁹ BRASIL. **Constituição (1946) Constituição** dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

¹⁵⁰ NOGUEIRA, Octaviano. **A Constituição de 1946**. Getúlio, o sujeito culto. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 553.

¹⁵¹ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação**.... p. 100

¹⁵² DOTTI, Rogéria Fagundes. Garantias constitucionais processuais: devido processo legal substantivo e formalismo excessivo. *In: Direito Constitucional Brasileiro: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais*. CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p.771

¹⁵³ MARIANI, Felipe Augusto Pinto. PRADO, Thaysa. OLIVEIRA, Ricardo Augusto de. “A distinção necessária entre Judicialização e Ativismo Judicial. *In: Direito e Ciência na Contemporaneidade*. Vol. 1. Anais do Evento de Iniciação Científica da Unibrasil. IX Evinci 2014. Coletânea de Artigos Científicos. Eduardo Biacchi Gomes e Alexandre Godoy Mota (Org.). Conselho Editorial anexo. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p.173

¹⁵⁴ FISS, Owen. Against Settlement. *In: The Yale Law Journal*. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984, p. 29.

havendo o não-cumprimento espontâneo das prescrições normativas, a imposição de uma solução, pois ele é que se defere, com exclusividade, a legitimação de dizer o Direito (jurisdição).”¹⁵⁵

Dinamarco amplia o alcance dos objetivos do Poder Judiciário, pois entende que “chega a ser ingênua a crença de que o sistema processual jurisdicional tenha por escopo a produção de decisões”¹⁵⁶. Acrescenta, ainda, que a jurisdição estaria vinculada a objetivos de natureza: jurídica (“vontade do direito substancial”); social (“pacificação com justiça; educação para a consciência dos próprios direitos e respeito aos alheios”); e política (“afirmação do poder estatal; participação democrática; preservação do valor liberdade; nos regimes socialistas, propaganda e educação para a vida e a ação socialistas”).¹⁵⁷

O mesmo autor entende que seu escopo magno seria “a pacificação com justiça”¹⁵⁸, que consistiria na decisão judicial, pois, põe fim aos conflitos de interesses presentes na sociedade, sendo que “atos de poder exercidos com o fito de pacificar com justiça, afirmando-se em cada um deles a prevalência do ordenamento jurídico, constituem *jurisdição*”¹⁵⁹. Delgado fortalece essa concepção ao afirmar que o bem-estar da cidadania e das relações interpessoais somente será verificado se “existir o estado de paz. E a paz não existirá onde houver conflito nas relações jurídicas. Observamos, então, que a finalidade deste Estado democrático de Direito está vinculada à instituição do estado de paz.”¹⁶⁰

Essa pacificação com justiça teria como propósito “eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, canal de participação dos indivíduos no destino da sociedade e assegurar-lhes a liberdade”¹⁶¹, o que pressupõe um “aperfeiçoamento do sistema”¹⁶². Essas “insatisfações”, de acordo com o Dinamarco, assolam todos os

¹⁵⁵ MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação...** p.127

¹⁵⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001 p.179.

¹⁵⁷ Ibidem. p. 116.

¹⁵⁸ Ibidem. p. 306. destaque no original

¹⁵⁹ Ibidem. p.123. Destaque no original. No mesmo trabalho: “os conflitos são inevitáveis e constituem fato universal na sociedade, constituindo fatores de desagregação e, portanto, obstáculos à consecução do fim último do Estado. Removê-los, remediá-los, sancioná-los, é pois um serviço, ou seja, uma função de extrema relevância social.” p. 117

¹⁶⁰ DELGADO, José. Et al. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, C/JF, 2003. p.16

¹⁶¹ “Se o resultado do processo se afastou dos desígnios do direito substancial nada de mau ou muito significativo reside nisso, desde que o escopo social de pacificação haja sido atingido; melhor ainda, se foi feita pacificação com justiça”. In: DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 205

¹⁶² Ibidem. p.271

envolvidos no conflito, e sua transformação atenderá aos interesses de todos, inclusive àqueles considerados vencidos, pois igualmente contariam com uma decisão judicial firmada após e nos limites do Devido Processo Legal.¹⁶³ Inclusive, a capacidade “de organizar convenientemente a vida em sociedade, ajudando cada um dos membros desta a realizar suas aspirações individuais, conservando e desenvolvendo bens e valores” é parâmetro para aferir a legitimidade do Estado e do poder¹⁶⁴. Logo, a “justa composição da lide”¹⁶⁵ seria escopo da jurisdição, enquanto figura estatal.

Ao se afastar a resolução do conflito do Judiciário, portanto, de acordo com Marinoni, Arenhart e Mitidiero, estar-se-ia negando a “devida atenção pela justiça estatal”, permitiria a “relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado.”¹⁶⁶ Essa colocação amplia o papel do Judiciário sem retirar-lhe o escopo de mero resolvidor de conflitos. Mais do que isso, passa a ter mais destaque a atribuição que lhe é conferida de fiscal do Estado Constitucional.

Os mesmos processualistas, ao contrário de alguns posicionamentos apresentados anteriormente, entendem que a jurisdição “não pode ser caracterizada a partir da ‘pacificação social’”¹⁶⁷, indo de encontro com o posicionamento de Dinamarco, “não apenas porque a pacificação social não decorre necessariamente de uma decisão justa, mas também porque inúmeras atividades privadas podem conduzir à pacificação social e ninguém jamais ousou qualificá-las como jurisdicionais somente por esse motivo.”¹⁶⁸

O estudo do dilema sob o ponto de vista teleológico demanda uma abordagem a partir da Constituição como um todo, especialmente de seus objetivos, somados à demanda social, plural e atual, que fortalecem a admissibilidade e a necessidade de utilização e fomento de métodos de resolução de disputas que ultrapassam os limites do Judiciário para proporcionar a efetividade de uma “ordenação justa” tal qual apresentada pelo Prof. Clèmerson Merlin Clève, cujas palavras merecem transcrição:

Ora, o Estado Democrático de Direito deve ser compreendido como um Estado de Justiça. Não de qualquer Justiça, subjetiva e arbitrariamente

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 159

¹⁶⁵ Ibidem. p. 214

¹⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Ob. cit.** E-book.

¹⁶⁷ Ibidem. E-book.

¹⁶⁸ Ibidem. E-book

orientada, ou idealisticamente deduzida de parâmetros residentes fora ou sobre a Constituição, mas sim de uma justiça historicamente determinada e juridicamente conformada pela própria Constituição. O ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito há de ser apreendido não apenas como aquele formalmente conformado pela ação dos órgãos legislativos. Trata-se, antes, de apreendê-lo como bloco de ordenação normativa proveniente da ação daqueles órgãos, mas dotado de um sentido substantivo determinado. A ordenação jurídica desse Estado haverá de ser, necessariamente, uma ordenação justa.¹⁶⁹

A atuação do Estado enquanto garantidor da Democracia e de “acesso à justiça” vai muito além do Poder Judiciário, cujo papel demonstra-se um tanto controverso, mas seus limites deixam claro que sua função fundamental é decidir conflitos sem a pretensão de eliminá-los¹⁷⁰. “O poder Judiciário é um meio de solução, administração ou resolução de conflitos (dificilmente de tratamento), porém não o único e com certeza não o mais democrático”¹⁷¹, porquanto os demais devem ser igualmente estudados, de maneira a possibilitar a eleição daquele que melhor atende às necessidades da demanda e ao interesse dos envolvidos.

3.1.2 A Arbitragem

No contexto do presente trabalho, a arbitragem é superficialmente apresentada com o propósito de desvinculá-la da mediação, tal como equivocada e originalmente difundida, assim como, para demonstrar que mesmo no âmbito heterocompositivo o Judiciário não é a única alternativa.

Em 1996, surgia a Lei de Arbitragem¹⁷² para admitir a utilização de um meio heterocompositivo não-estatal “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”¹⁷³, mas apenas em dezembro de 2001 foi admitida sua validade como forma privada de solução de conflitos por meio do acórdão proferido para Homologação de Sentença Estrangeira 5206 pelo Supremo Tribunal Federal. A Convenção de Nova York, que reconhecia a utilização da Arbitragem desde 1973, somente foi ratificada sete meses depois, por meio do Decreto 4.311/2002.

¹⁶⁹ CLÉVE, Clèmerson Clève. Ações afirmativas, justiça e igualdade. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 749

¹⁷⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 286

¹⁷¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 298

¹⁷² BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

¹⁷³ Idem, artigo 1º

A arbitragem consiste em uma forma heterocompositiva de solução de conflitos cuja decisão final é vinculante, proferida por um ou mais indivíduos de confiança das partes, que podem se fundamentar tanto na lei quanto naquilo que “é justo e certo”¹⁷⁴.¹⁷⁵ “Essa forma de resolução de conflitos apareceu frisando a demora e o despreparo do Estado para o julgamento de determinados conflitos, ocasionando a tendência de transferir algumas demandas endereçadas ao Poder Judiciário para os chamados tribunais arbitrais”¹⁷⁶. Inclusive, a arbitragem passou a ser admitida e teve sua constitucionalidade reconhecida porque veio sanar uma carência social de julgadores preparados para lidar com situações tão específicas cujo conhecimento técnico exigido não poderia ser atendido pelos magistrados, ou seja, “uma das razões da própria arbitragem advém da desqualificação do Judiciário para resolver determinados conflitos”¹⁷⁷.

Fiss apresenta outras diferenças importantes entre Judiciário e arbitragem, especialmente o caráter público daquele, e privado dessa. Além disso, o professor destaca que os árbitros (julgadores) são escolhidos pelas partes. Acrescenta que:

A função do árbitro é resolver uma disputa. A função do juiz, por outro lado, deve ser compreendida em termos inteiramente diferentes: ele é um ente público; (...); não é escolhido pelas partes, mas pelo público ou seus representantes; e investido pelos órgãos políticos para fazer cumprir e criar normas de amplitude social, e talvez até reestruturar instituições, como uma forma, eu sugiro, de (...) dar sentido aos valores públicos¹⁷⁸.

Para que a utilização da Arbitragem permaneça constitucional em vista do disposto no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB¹⁷⁹, deve ser respeitado o interesse contratual das partes. Nos termos do artigo XX e seguintes da Lei de Arbitragem, portanto, ela somente poderá ser utilizada quando livremente escolhida pelos envolvidos na relação. “a filosofia da arbitragem se relaciona exclusivamente com a questão da autonomia da vontade, sendo correto se dizer que a Lei da Arbitragem teve apenas o propósito de regular uma forma de manifestação da vontade, o que nada tem a ver com as essências da jurisdição e da arbitragem”.¹⁸⁰

¹⁷⁴ *ex equo et bono*

¹⁷⁵ KEPPEL, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p.96

¹⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Ob. cit.** E-book.

¹⁷⁷ Idem.

¹⁷⁸ OWEN FISS, *The forms of justice*, p. 31. Tradução livre

¹⁷⁹ “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

¹⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Ob. cit.** E-book.

Não obstante as exigências legais, Marinoni e outros chamam a atenção para o risco de autorregulação e autorresolução dos conflitos somado “[a]o perigo de excluir da jurisdição parcela dos direitos não está apenas em negar a devida atenção à justiça estatal, mas também em permitir a relativização do conceito de direito indisponível, viabilizando a sua acomodação às intenções daqueles que querem se livrar do controle do Estado”¹⁸¹. Essa discussão ainda é ampla, e o presente trabalho não tem a pretensão de esgotá-lo, tampouco abordá-lo superficialmente, sob pena de desviar de seu foco principal. Não poderia, entretanto, deixar de mencionar esse aspecto tão relevante em torno do tema.

3.2 OS MÉTODOS AUTOCOMPOSITIVOS

A autocomposição consiste no acordo firmado entre as partes envolvidas em determinado conflito. Os acordos são cotidianos e equivocadamente concebidos como o resultado de um cabo de guerra, no qual há pressão, barganha, agressividade, falta de confiança, e a latente expectativa de se extrair o máximo do outro envolvido na tentativa de ganhar por meio de artifícios muitas vezes escusos.¹⁸² Talvez essa seja uma das dificuldades de quebra do paradigma beligerante: a perspectiva errônea em torno das negociações e dos acordos.

Entretanto, a concepção adequada desses métodos pode melhorar em muito a sua adequada utilização. Os benefícios e desafios oferecidos por esses meios são muitos, e serão melhor explorados no próximo capítulo, especialmente no tocante à mediação de conflitos. Por ora, entretanto, apresentam-se alguns elementos dos meios consensuais relevantes para o contexto do Tribunal Multipartas e as alternativas por ele apresentadas.

Primeiramente, ressalta-se a força que os métodos autocompositivos já têm em outros países. Em Nova York, por exemplo, os hospitais são obrigados por lei a promover a mediação quando o assunto for a não ressuscitação de um paciente¹⁸³. Na Itália, o advogado é obrigado a informar por escrito ao seu cliente sobre a possibilidade da mediação, sob pena de nulidade do contrato de prestação de serviço

¹⁸¹ Idem.

¹⁸² FISCHER, Roger. URY, William. **Ob. cit.** p. 25

¹⁸³ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** (N. Y. Public Health Law §2972). p. 8

firmado entre parte e procurador¹⁸⁴. Alguns países, como a Argentina, demandam a submissão das partes à mediação como requisito da ação¹⁸⁵ e, na África do Sul, os advogados de determinada demanda foram condenados ao pagamento de multa porque insistiram em um litígio por anos muito embora fosse plenamente possível sua resolução de forma amigável¹⁸⁶.

Outro benefício indissociável da autocomposição é a emancipação proporcionada às partes na medida em que as obriga a participar diretamente na construção da melhor maneira de resolver um problema em conjunto¹⁸⁷. Essa prática obriga os envolvidos a se envolverem e se comprometerem com o resultado que foi por eles mesmos construídos. Quando uma solução é imposta na forma de decisão, surge resistência da parte vencida para cumprir com o determinado. Por outro lado, quando o resultado parte dos próprios interessados, há a intenção em cumpri-lo voluntariamente, sem resistência¹⁸⁸.

De acordo com Crespo, ao proporcionar essa participação direta e democrática na resolução de seus próprios problemas, os cidadãos “terão a possibilidade de adquirir as competências necessárias para participar tanto da resolução de conflitos na área privada quanto na área pública”.¹⁸⁹ Por via reflexa:

¹⁸⁴ PEELAERT, Françoise; MARQUESI, Roberto Wagner; MINAMI, Sandra Regina. **Ob. cit.** p. 50

¹⁸⁵ ARGENTINA. Ley 24.573, de 25 de outubro de 1995. *Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.* Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>. Acesso em: 21 fev. 2022.

¹⁸⁶ “*In short, mediation was the better alternative and it should have been tried. On the facts before me it is impossible to know whether the parties knew about the benefits of mediation, but I can see no reason why they would have turned their backs on the process, especially if they had been counselled on the matter by the attorneys. What is clear, however, is that the attorneys did not provide this counsel; in fact, in the course of the pre-trial conference they positively rejected the use of the process. For this they are to blame and they must, I believe, shoulder the responsibility that comes from failing properly to serve the interests of their client*”. In: CASE NO. 2008/25274. In The South Gauteng High Court, Johannesburg (Republic of South Africa). Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2009/76.html>. Acessado em 08.fev.2022

¹⁸⁷ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 40

¹⁸⁸ FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça: Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil.** Rio de Janeiro: FGV, 2010, p. 170-171.

¹⁸⁹ CRESPO, Maria Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Maria Hernandez (Orgs.). **Tribunal multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. P. 39-85. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

em relação ao Estado, busca desincumbí-lo dos contenciosos de massa, restando-lhe uma função simbólica de referencial e como instância de homologação e apelo; Para as empresas, no caso das relações de consumo, aponta para ganhos de custos, imagem e marca; para as partes, incorporando-as ao procedimento, permite, assim, a sua descentralização, flexibilização e informalização¹⁹⁰

Assim como os métodos heterocompositivos, os amigáveis são indicados para alguns casos, mas não a todos. Conhecer mais sobre cada uma das opções que existem com essa natureza é essencial para que seja possível identificar o mais adequado para determinado conflito.

3.2.1 Negociação

A negociação está intimamente conectada ao relacionamento humano. Desde a comunicação mais primata até a mais complexa, ideias são debatidas e decisões tomadas com base nos argumentos e interesses dos envolvidos. Sua ocorrência é tão banal que passa despercebida durante grande parte do nosso dia, mas fica evidente, entretanto, quando há o conflito de interesses mais significativos, cujo abalo pode gerar consequências menos desejadas do que outras.

Esse método de solução é estruturalmente mais simples, pois envolve unicamente aqueles interessados no resultado do conflito. Por outro lado, demanda maturidade e inteligência dos negociadores a tal ponto que a presença de um terceiro para auxiliá-los no diálogo seja dispensável. É um “canal de diálogo direto” que, na maioria das vezes, conta com a vantagem de se apresentar no início da instauração do conflito, quando o relacionamento está menos deteriorado, “já que em muitos casos o transcorrer do tempo faz com que aumentem as chances de agravamento das situações conflituosas”¹⁹¹.

Apresenta-se, portanto, como uma forma mais econômica e mais rápida, além de permitir às partes o controle do processo e a solução do problema¹⁹². Além disso:

A negociação, se praticada em boa técnica, permite que as partes mantenham o foco em seus interesses, e que soluções integrativas possam ser encontradas pelas próprias partes. Por outra banda, a negociação permite que soluções perceptivelmente justas sejam encontradas pelas próprias partes para questões distributivas, com a utilização de processos justos para

¹⁹⁰ MORAIS, José Luis Bolzan de. SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. In: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo...** p.88

¹⁹¹ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 41

¹⁹² Ibidem. p. 122

lidar com desentendimentos ou de critérios objetivos com os quais as partes concordem e que sirvam como referência externa¹⁹³.

Logo, considerando que “A negociação é o aspecto central dentro dos métodos autocompositivos, já que a conciliação e a mediação representam meios para viabilizar e assistir uma negociação”¹⁹⁴, na exposição dos métodos autocompositivos, partiu-se da negociação, sem participação de um terceiro estranho ao processo; passa-se pela Mediação, que conta com alguém cujo propósito é facilitar o diálogo; estuda-se a conciliação, na qual o facilitador sugere soluções; e conclui-se com as Práticas Colaborativas, que conta com um grupo de profissionais para facilitar a construção de uma solução conjunta, mas ainda autocompositiva.

Verifica-se, portanto, a presença da negociação em cada um deles, alterando-se unicamente a forma da participação do terceiro facilitador, ou grupo de apoio, conforme segue.

3.2.2 MEDIAÇÃO

A mediação consta nesse tópico porque compõe o Tribunal Multiportas. Todavia, apenas será profundamente explorado nos próximos capítulos, tendo em vista sua complexidade, sua novidade, e o propósito do presente trabalho. Ainda assim, o tema é apresentado antes de se falar da conciliação porque a interferência de um terceiro – o mediador – é menor do que no caso do conciliador, pois esse tem como foco o acordo, e aquele a restauração do relacionamento. A mediação “é um método de solução de conflitos mais profundo que a conciliação, já que busca solucionar não somente o ponto controvertido e disputado entre os envolvidos no momento, mas também reconstruir a relação pré-existente”¹⁹⁵. Warat limita a utilização da Mediação a casos de maior complexidade emocional:

O que é mediável são os conflitos de afetos, não as diferenças patrimoniais sem história, sem afetos, nem desejo (elas são transações que podem estar disfarçadas de mediações). Nos casos patrimoniais sem história, se decidem as diferenças, não existe conflito a resolver. Para que algo possa ser mediado, é necessário que uma das partes, pelo menos, tenha um conflito de ódio, amor ou de dor.¹⁹⁶

¹⁹³ Idem.

¹⁹⁴ Ibidem, p. 42

¹⁹⁵ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 51

¹⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. Tradução de Julieta Rodrigues. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**. Argentina: Angra Impresiones, 1998. p.32

É equivocado entender que somente nos casos de fortes sentimentos a mediação seja cabível, pois seu foco é o relacionamento, e as partes não precisam necessariamente se odiar para se valerem de seus benefícios.

Riskin destaca outros benefícios da mediação, tais como: a economia de tempo e de dinheiro (igualmente presentes na negociação); o potencial educativo às partes para identificarem e lidarem com suas necessidades e com os interesses da comunidade. “Assim, pode ajudá-los a trabalharem juntos e a verem por meio da cooperação que ambos podem ganhar”. O professor afirma, ainda, que uma das razões dessas vantagens é que a mediação é menos burocrática e menos atrelada a regras procedimentais. Ele acrescenta que “a maior autoridade na mediação são os disputantes. O conflito é visto como único e não sujeito a um princípio geral. Não é governado por um precedente, tampouco deve servir como tal. Então, (...) qualquer coisa que uma parte considera relevante, o será”¹⁹⁷.

Daí emerge o empoderamento das partes que, além de não atuarem como adversárias, contarão apenas com o auxílio do mediador, e serão as responsáveis pela construção do acordo “por meio da sua vontade comum”¹⁹⁸. “Assim, a mediação, longe de fazer concorrência ao processo judiciário, contribui para salvar o Direito”¹⁹⁹. Sua natureza, então, além de destinada à solução de conflitos, também é preventiva, na medida em que modifica a forma das partes lidarem com os conflitos²⁰⁰.

Sander, Rogers, Cole e Goldberg afirmam que a Mediação é o procedimento mais indicado quando encontrados obstáculos para o fechamento de um acordo. Diante disso, sugerem que a primeira opção seja essa alternativa quando da escolha do método no Tribunal Multiportas. Se não houver sucesso, o mediador, então, recomendará um procedimento diverso²⁰¹.

3.2.3A CONCILIAÇÃO

Assim como a Mediação, a Conciliação é uma negociação que conta com um terceiro isento de interesse no feito. As principais diferenças entre os métodos residem

¹⁹⁷ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 187. Tradução livre.

¹⁹⁸ COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p. 152

¹⁹⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 344

²⁰⁰ BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p.97

²⁰¹ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 105

no objetivo de cada um, e no papel do facilitador. Ao conciliador é permitido propor soluções às partes e focar nos pedidos apresentados, pois o foco da conciliação é o fechamento do acordo, ao contrário da Mediação, conforme apresentado anteriormente.

O conceito apresentado por Tartuce para a conciliação diverge da mediação apenas em sua parte final, na medida em que considera a possibilidade do conciliador sugerir opções para solução do problema. Para a autora, conciliar é “participar ativamente da comunicação (aproximando os indivíduos), colaborar para a identificação dos interesses, ajudar a pensar em soluções criativas e estimular as partes a serem flexíveis, podendo apresentar [se necessário] (*sic*) sugestões para finalização do conflito”²⁰².

No próximo capítulo, a complexidade e a riqueza às quais a mediação se propõe serão capazes de demonstrar melhor a diferença entre os métodos. Esclarece-se, contudo, que não há qualquer intenção de diminuir a importância da conciliação, pois ela pode ser a melhor alternativa para a solução de conflitos mais pontuais, que independem de relacionamento entre as partes, mas contam com potencial de serem resolvidos pacificamente²⁰³. Além disso, a conciliação é precursora da mediação, e introduziu a cultura da não litigância, conforme se verifica na própria literatura anterior à Resolução 125/10 do CNJ, que confundia as terminologias como se a mesma coisa fossem²⁰⁴.

3.2.4 PRÁTICAS COLABORATIVAS

Com origem nos Estados Unidos da América, as Práticas Colaborativas surgiram da irrisignação de uma psicóloga e de um advogado frente aos prejuízos mentais e financeiros causados aos sujeitos após se submeterem a um divórcio litigioso. Stuart Webb e Peggy Thompson, assim, foram os precursores da proposta multidisciplinar de solução de conflitos. Ao encontrarem com a advogada Pauline Tesler, foi possível articular a ideia de montar uma equipe capacitada para dar

²⁰² TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? In: SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 221

²⁰³ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 228 – nota de rodapé 11

²⁰⁴ Idem.

orientação e suporte às partes em todas as áreas envolvidas ao fim de um relacionamento²⁰⁵.

Um dos principais preceitos é a “não-litigância”. Cada uma das partes conta com um advogado, e todos assinam um termo no qual se comprometem a não levar a situação ao judiciário por determinado período, para que a sombra do litígio não prejudique as negociações. Além disso, após concluído esse prazo, caso não seja da vontade das partes a sua prorrogação, os advogados que atuaram durante as Práticas não poderão representar os envolvidos judicialmente, por força do mesmo contrato²⁰⁶.

Os “orientadores” ou “*coachs*” são principalmente os psicólogos. Cada um dos envolvidos no litígio conta com o seu próprio suporte para lidar emocionalmente com o término do relacionamento, inclusive eventuais crianças, que serão acompanhadas pelo respectivo especialista. Outras áreas podem igualmente contribuir para a melhor tomada de decisões pelas partes, como o contador, que auxiliará no planejamento financeiro e tributário, sendo um único profissional para ambos os envolvidos²⁰⁷.

Conforme visto anteriormente, a solução do conflito se inicia com a identificação dos interesses dos envolvidos, seguida do reconhecimento da parte daquilo que cada um poderia ter feito diferente, traçando-se um plano para que seja possível encontrar uma solução que satisfaça – na medida do possível – a ambas as partes. Os psicólogos irão dar o suporte necessário para tanto²⁰⁸.

Em que pese sua origem nas relações familiares, há todo um potencial oferecido para outros tipos de relacionamento, como aquelas que dependem de aferição técnica de especialista, como, engenheiro, médico e afins. Entretanto, os custos envolvidos na contratação de tantos profissionais ainda está longe de ser uma realidade para a grande maioria dos brasileiros, o que certamente dificulta o fortalecimento do método, que ainda é uma novidade pouco utilizada.

²⁰⁵ TESLER, Pauline H. THOMPSON, PEGGY. **Divórcio Colaborativo**: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas e seguir adiante. Tradução de Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017. p.13-18

²⁰⁶ Ibidem, p. 52.

²⁰⁷ POSTAL, Syndia Nara. POLLI, Gislei Mocelin. **Práticas Colaborativas no Direito de Família**: um estudo de representações sociais. Curitiba: Juruá, 2020. p. 42.

²⁰⁸ Ibidem. p. 43.

4 A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

No capítulo anterior, foram apresentadas algumas alternativas para a resolução de conflitos, sendo a mediação uma das opções autocompositivas. A abordagem pretérita se limitou a ver esse meio resolutivo no contexto do Tribunal Multiportas, mas a sua riqueza será melhor apresentada e explorada a seguir.

Pouco ou nada há de escrito especificamente acerca da mediação extrajudicial de conflitos. Os textos anteriores à Lei 13.140/2015 e ao Código de Processo Civil atual, publicado no mesmo ano, tratam dos benefícios da mediação de um modo geral, sem distinção ao contexto em que era realizada, até porque, somente existia fora das cortes. Com o advento da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, o tema ganhou maior repercussão, mas somente depois da legislação específica é que se passou a tratar do assunto em seus termos normativos.

A cultura brasileira tende a levar a sério aquilo que é apresentado pelo Legislativo, como se o conteúdo legal e o conceito de justiça se confundissem. Nesse contexto, foi como se a Mediação somente passasse a existir após sua concepção legal, muito embora já estivesse disponível há muito tempo, e amplamente utilizada em outros países. Esse meio oferece uma gama de opções e benefícios, desde que adequadamente aplicada, desprendida dos limites do Judiciário, e fiel a sua proposta original. De acordo com Spengler, “é a melhor fórmula até agora encontrada para superar o imaginário do normativismo jurídico, esfumando a busca pela segurança, previsibilidade e certeza jurídicas para cumprir com objetivos inerentes à autonomia, à cidadania, à democracia e aos direitos humanos”²⁰⁹.

Ciente do potencial oferecido pela mediação, Faleck entende que se trata de um “mecanismo superior”, pois, mesmo que não seja alcançado o acordo, poderá levar a outros resultados, tais como: alguns temas são resolvidos, e outros serão encaminhados a métodos mais coercitivos; ou o mediador pode identificar e recomendar outra metodologia, mais adequada. De qualquer maneira, “cada uma dessas conjunturas apresentadas melhora a situação da parte em relação a ter ido diretamente para o litígio”²¹⁰, pois possibilita aos envolvidos melhorarem o entendimento e a comunicação entre eles e, assim, saiam motivados e capacitados a

²⁰⁹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 337

²¹⁰ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 105

identificar outras questões sem a necessidade de intervenção de um terceiro²¹¹. “Essa teoria sugere que o tipo de mudança produzida no nível individual, por meio de uma abordagem transformativa da mediação, pode levar a mudanças na sociedade da mesma forma”²¹².

Essas colocações ressaltam que a mediação é mais que um meio de acesso à justiça que reduz os casos levados ao Judiciário. É um método eficaz de tratamento de conflitos, que proporciona “às partes a reapropriação do problema, organizando o ‘tempo’ e as ‘práticas’ do seu tratamento, responsabilizando-se por tais escolhas e jurisconstruindo os caminhos possíveis”.²¹³ Fundamentada nos princípios da oralidade, da informalidade e da confidencialidade, a mediação proporciona celeridade na sua condução²¹⁴. É um processo:

colaborativo, confidencial, em que as partes trabalham na base de um equilíbrio de poder que lhes permite pôr-se ‘lado-a-lado’ a analisar um problema que precisam resolver juntos, buscando a satisfação de seus interesses. Não se localizam os culpados, nem se impõe sanções, mas procura-se fazer com que as partes olhem para o futuro.²¹⁵

Daí emerge o potencial de implementação da cultura da pacificação social e emancipação dos sujeitos, que se identificam “como atores do procedimento de mediação, de modo a restabelecer o diálogo, a solucionar o conflito”.²¹⁶ “A grande contribuição da mediação é exatamente no sentido de desenvolver nas partes conflitantes uma nova forma de lidar com suas vidas”²¹⁷. Trata-se, então, de respeito à autonomia da vontade dos envolvidos no relacionamento, para que se sintam capacitados (porque já o seriam) para definir as regras que regerão as suas vidas a partir daquele momento.

²¹¹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 189

²¹² Idem. Tradução livre.

²¹³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 313

²¹⁴ FORTE, Raquel Moreno. Breve análise dos princípios que regem o instituto da mediação. *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão de Conflitos – Uma Abordagem Global Dos Mecanismos De Resolução De Disputas**. Londrina: Engenho das Letras, 2020. p. 120

²¹⁵ TAPIA, Graciela. ILUDAIN, Mirta. Mediação e violência familiar. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999. p. 165

²¹⁶ COSTA, Izabella Affonso; BELLINETTI, Luiz Fernando; NOBLE, Rafaela de Almeida. A evolução da mediação no Brasil e questões polêmicas na lei de mediação e no Código de Processo Civil. (p.61-86) *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão de Conflitos – Uma abordagem global dos mecanismos de resolução de disputas**. Londrina: Engenho das Letras, 2020. p. 83

²¹⁷ CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2005.

4.1 ASPECTOS LEGAIS RELEVANTES

A ideia da autocomposição já se apresentada no Código de Processo Civil de 1973 por meio da conciliação, cuja potencialidade pacificadora não era reconhecida como tal, senão admitida como mera oportunidade de barganha. Em 1995, os Juizados Especiais, então conhecidos como “Pequenas Causas”, foram criados com o propósito original de facilitar acesso ao Poder Judiciário e fomentar as formas consensuais, na medida em que incluiu a audiência de conciliação no início do respectivo procedimento²¹⁸. Ocorre que, a falta de preparo dos profissionais envolvidos e a já instalada cultura do litígio pesaram mais do que a intenção pacificadora, e o efeito foi totalmente contrário: a judicialização foi ainda mais estimulada.

A partir da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, os Tribunais se viram obrigados a se adaptar estruturalmente, e investir em formação de pessoal específico para condução mais adequada das negociações ocorridas dentro do Judiciário. A intenção de fundo, entretanto, permanecia a mesma: reduzir a quantidade de processos a serem resolvidos por meio da adjudicação, ou seja, aquilo que popularmente se chamou de “desafogar” o Judiciário.

A legislação brasileira pertinente à mediação, entretanto, somente ganhou força no ano de 2015, quando foi promulgada a Lei de Mediação e o atual Código de Processo Civil, que passaram a refletir parte daquilo que o método sempre foi. As exigências legais para o método no âmbito judicial são diversas daquelas apresentadas para o formato extra, mas essas diferenças não correspondem às necessidades e expectativas de cada uma delas. Essa discrepância é significativa e não será abordada no presente trabalho, pois merece uma pesquisa específica, que ultrapassa os objetivos dessa. Outros aspectos legais, entretanto, são relevantes porque recepcionam características essenciais da Mediação. O termo “mediação” aparece 38 vezes no Código de Processo Civil, e conta com lei específica, demonstrando sua relevância para o ordenamento e a demanda por uma mudança de pensamento.

²¹⁸ RODRIGUES RAMOS, VICTOR. **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**. p. 9. E-book para Kindle

Os parágrafos segundo e terceiro do artigo 3º do CPC obrigam e estimulam a promoção dos métodos autocompositivos²¹⁹. Dentre outros dispositivos que de alguma forma se referem às formas consensuais, destacam-se também aqueles que dispõem sobre o procedimento em si²²⁰, e os princípios a ele inerentes. O artigo 166 apresenta como princípios: da independência, da imparcialidade (do mediador), da autonomia da vontade (das partes), da confidencialidade²²¹ (do todo), da oralidade (manifestações não serão por escrito), da informalidade²²² (linguagem e forma), e da decisão informada (plena compreensão daquilo que se acorda).

Outro aspecto importante em relação à legislação aplicável diz respeito à força impositiva dos acordos firmados por meio da mediação sem distinção entre aquela realizada judicial ou extrajudicialmente. É, portanto, de extrema relevância esse esclarecimento para afastar entendimentos equivocados, pois um acordo firmado extrajudicialmente terá a mesma força coercitiva que aquele alcançado dentro dos Tribunais²²³, ressalvada a necessidade de prévia homologação judicial e oitiva do Ministério Público quando envolver direitos indisponíveis passíveis de transação, nos termos do parágrafo segundo, do artigo 3º da Lei de Mediação²²⁴.

A autonomia das partes, assim como a necessidade de se ultrapassar os aspectos estritamente burocráticos e processuais, são protegidos pela possibilidade

²¹⁹ § 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. *In*: BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2022

²²⁰ Art. 165. (...)

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. *Ibidem*.

²²¹ § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação. *Ibidem*.

²²² § 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais. *Ibidem*.

²²³ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal. *Ibidem*

²²⁴ § 2º O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público. *In*: BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública**; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 21 fev. 2022. Artigo 3º.

de participação e vinculação de terceiro alheio à lide, e pela admissibilidade dos acordos comporem apenas parte do conflito, ou seja, ao contrário do que se tem como regra, o diálogo autocompositivo e a força coercitiva da transação podem envolver pessoas não inseridas originalmente no polo ativo ou passivo do processo²²⁵. Além disso, pode-se transacionar apenas parte do conflito, e o processo segue em relação ao conteúdo controverso²²⁶.

Esses dispositivos preservam a amplitude da mediação, apresentada por Morais nos seguintes termos: “na discussão do conflito são trazidos à luz todos os aspectos que envolvem o mesmo, não se restringindo apenas àqueles dados deduzidos em petição inicial e na resposta de uma ação judicial cujo conteúdo vem pré-definido pelo direito positivo”²²⁷. Alguns dos princípios acima apresentados merecem maiores esclarecimento, que a seguir seguem.

4.2 PRINCÍPIOS DA MEDIAÇÃO

Para que a qualidade e a seriedade da mediação sejam preservadas, ela deve ser praticada com fundamento em princípios, que foram acertadamente incluídos na legislação pertinente – tanto na Lei de Mediação²²⁸ quanto no Código de Processo Civil de 2015²²⁹. Alguns se confundem, enquanto outros geram alguma discussão em seu entorno, mas todos são de extrema relevância para que o método não seja corrompido ou equivocadamente utilizado.

O problema de se ignorar qualquer um dos princípios é a conclusão de acordos que não satisfazem os interesses das partes a longo tempo, ou que são inexecutáveis. Além disso, pode prejudicar a imagem que a sociedade tem acerca do instituto porque não o viu em sua total potencialidade construtiva.

²²⁵ Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: (...) § 2º A autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo. *In*: BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil...**

²²⁶ Art. 3º Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação. § 1º A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele. *In*: BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares...**

²²⁷ MORAIS, José Luis Bolzan de. SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. *In*: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo...** p. 88

²²⁸ Artigo 2º da Lei de Mediação. *In*: BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares...**

²²⁹ Artigo 166 do Código de Processo Civil. *In*: BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil...**

4.2.1 A Voluntariedade

A voluntariedade é um dos princípios apresentados pela lei e pela doutrina em torno da mediação. Em sua essência, é considerado um dos pilares mais importantes para o bom andamento do processo dialógico, pois está intrinsecamente vinculado à liberdade e à autonomia da vontade dos envolvidos. Consiste na não obrigatoriedade na participação do diálogo. Somente participará do processo aquele que efetivamente estiver disposto a ouvir e ser ouvido com a intenção de encontrar uma solução para a divergência apresentada.

A riqueza oferecida pela mediação é incontestável, mas nem todos os casos são passíveis desse meio de resolução²³⁰. Alguns elementos apresentados por Braga Neto afastam o seu cabimento, tais como: “o interesse de uma das partes em manter a litigiosidade”; “falta de cooperação na busca” de um resultado favorável a todos os envolvidos; estrutura física inexistente ou insuficiente; ou a “existência de casos patológicos, em que os litigantes não têm condições de discutir seus próprios problemas”²³¹. Conforme apresentado anteriormente, há uma série de opções para solução de conflitos, e a Mediação é apenas uma das alternativas oferecidas pelo Tribunal Multiportas.

Torná-la obrigatória, portanto, seria contrário a sua própria natureza. De acordo com Costa e com Muniz, a violação desse princípio, com a imposição da Mediação, “gerará um possível resultado: acordos inexecutáveis e antissociais que busquem tão-somente a obtenção de um dado no plano estatístico de casos ‘resolvidos’ ou que ofereçam uma falsa sensação apaziguadora e da adequação constitucional”²³².

Por outro lado, Grinover entende que sua obrigatoriedade poderia servir como forma de paradigma de mudança de cultura²³³, pois, se a maioria das pessoas deixa de procurar a mediação e outros meios autocompositivos por desconhecimento²³⁴, sua inserção como procedimento indispensável possibilitaria a superação desse obstáculo social de sua mais ampla utilização. Inclusive, existe uma “tendência

²³⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 341

²³¹ BRAGA NETO, Adolfo. **Ob. cit.** p.96

²³² COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. **Ob. cit.** p.

²³³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Ob. cit.** p. 96

²³⁴ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p.552

mundial de se conferir caráter obrigatório para a prévia tentativa de solução consensual (mediação conciliação) como condição para o acesso à justiça”²³⁵ [Poder Judiciário]. Entretanto, a obrigatoriedade do procedimento gera uma alta demanda cujo atendimento prejudica a qualidade da mediação a tal ponto que macula seu valor e imagem mais do que beneficia a sua utilização.

O Código de Processo Civil brasileiro inseriu a audiência de mediação/conciliação como fase processual que deverá ocorrer após a citação, e antes do início do prazo para apresentação de defesa, nos termos contidos no artigo 334 da mesma lei. O § 8º desse dispositivo impõe multa pelo não comparecimento da parte a audiência para tentativa de acordo, considerando a ausência como ato atentatório à justiça.

Em que pese a legislação obrigue a parte ao comparecimento, mas não à permanência, Gajardoni entende que seria ferida a voluntariedade do jurisdicionado em participar do ato:

a) quebra-se aquilo que de mais caro há nos métodos consensuais de solução de conflito, a autonomia da vontade, lançada pelo próprio legislador como princípio da mediação (art. 166 CPC/2015); b) burocratiza-se a mediação/conciliação, obrigando todas as partes, mesmo não querendo, a se submeter a ela, simplesmente porque uma delas deseja; e c) dá azo a manobras processuais protelatórias, com um dos demandados aceitando a audiência, apenas, para ganhar mais alguns meses de tramitação processual, sem possibilidade de intervenção judicial para obstar a manobra; e d) torna maior o custo do processo, pois além do pagamento pelos serviços do mediador/conciliador, o demandado domiciliado em outra localidade, praticamente em todas as ações, deverá se deslocar para a audiência de mediação/conciliação no foro da propositura.²³⁶

Uma alternativa para superar – ou ao menos amenizar – essa dicotomia voluntariedade/obrigatoriedade, existe como ferramenta da própria mediação, que é infelizmente quase que desconhecida no âmbito judicial: a pré-mediação, que consiste em um diálogo entre as partes e o mediador – preferencialmente de forma individual. De acordo com Almeida, permite ao mediador: identificar “se o instrumento é o método de composição mais apropriado para as questões trazidas”, de acordo com os interesses e a estrutura dos envolvidos; se “atesta independência com relação ao

²³⁵ PEELAERT, Françoise; MARQUESI, Roberto Wagner; MINAMI, Sandra Regina. **Ob. cit.** p. 53

²³⁶ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação?** 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/26/cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao/>. Acesso em: 20. fev.2022

tema e as pessoas envolvidas; [e] se a mediação seria conveniente ou não na condução do diálogo”²³⁷.

Além dos benefícios ao mediador, torna possível a divulgação e compreensão da proposta dessa forma autocompositiva, pois é a oportunidade de as partes melhor compreenderem o que é, como funciona, e o que lhes demanda a mediação. Conseqüentemente, garante uma voluntariedade consciente na participação, ou não, das sessões a serem agendadas²³⁸.

4.2.2 A Confidencialidade

A ideia é que os envolvidos se sintam seguros em relação ao que é dito e seus reflexos, pois os mediadores, eventuais observadores, e advogados não poderão ser ouvidos como testemunhas, e nada que for dito ou ocorrer ali poderá ser usado como prova no processo. Esse princípio reforça a inexistência de magistrado ou de julgamento, que é essencial para estimular a autocomposição, pois “ajuda a criar o espaço necessário para uma comunicação franca e livre”²³⁹.

De acordo com Faleck, a confidencialidade permite que as partes investiguem “os seus interesses e necessidades, e possibilidades de trocas ou soluções criativas, e em que os tomadores de decisão podem ser educados”²⁴⁰. Isso acontece de maneira global, pois a confidencialidade envolverá “todos os fatos e situações narradas por elas durante o processo de mediação”, salvo disposição das partes em contrário, em respeito à autonomia da vontade. A mesma regra se aplica às propostas e anotações realizadas durante a negociação: nada poderá sair do recinto ou constar em ata, senão por deliberação em comum²⁴¹.

O ordenamento jurídico brasileiro excetua também a confissão ou ocorrência de crime passível de ação civil pública, que devem ser imediatamente informados ao juiz responsável pela Vara ou Centro Judicial de Solução Consensual e Cidadania em que acontece a mediação.

²³⁷ ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. Dash Editora: São Paulo, 2014. p.37

²³⁸ Idem.

²³⁹ TAKAHASHI, Bruno, *et al.* **Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019. p.30

²⁴⁰ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 106

²⁴¹ MIKLOS, Jorge; MIKLOS, Sophia. **Mediação de Conflitos**. Expressa Érica. Edição do Kindle. p. 59

4.2.3A imparcialidade

A imparcialidade diz respeito à figura do mediador, e se apresenta como um princípio em razão da sua primordialidade na condução do diálogo, além do desafio constante que é respeitá-lo, pois o profissional conta inevitavelmente com passado, experiências, valores, expectativas e decepções com significativo potencial de influenciar na sua forma de atuação. “Essa postura neutra e imparcial do mediador deve partir da consciência acerca da variedade da experiência humana com o mínimo de preconceito possível”²⁴².

O posicionamento atual, inclusive, admite a impossibilidade do ser humano ser imparcial, porquanto passa a falar em neutralidade, de acordo com a qual, ao reconhecer que não há como separar o mediador profissional do mediador sujeito, respeitam-se os seus limites e passa-se a lidar sob uma outra perspectiva: não permitir que os valores individuais influenciem na condução dos trabalhos²⁴³.

Por outro lado, entretanto, a imparcialidade está intrinsecamente vinculada ao princípio da isonomia, que deve ser considerado no seu aspecto constitucional – e não apenas geral, ou seja, mais do que dar tratamento isonômico a todos, mas “Dar tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades”²⁴⁴. Caberá, portanto, ao mediador engendrar esforços para diminuir as desigualdades durante as negociações, de maneira a manter o procedimento o mais adequado possível aos preceitos constitucionais processuais.

4.2.4 Outros princípios

Existem outros princípios que regem a mediação e estão igualmente conectados com a qualidade e com a natureza do meio. A legislação vigente referente à matéria indica, além da voluntariedade, da confidencialidade, e da imparcialidade do mediador; a boa-fé de todos; a informalidade do ato; a oralidade; e a busca do consenso.

²⁴² Ibidem. p. 59.

²⁴³ FISCHER, Roger. SHAPIRO, Daniel. **Além da razão**. Tradução de Igor Farias. Rio de Janeiro: Alta books, 2019.

²⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 42

De um modo geral, esses preceitos tratam da essência da mediação: que o terceiro imparcial deve auxiliar o diálogo direto entre as partes, que elas devem estar dispostas a ser empáticas e trabalhar com foco no resultado ganha-ganha. Isso somente será possível em um ambiente livre de formalidades, como rigidez na fixação prévia do tempo de duração ou de procedimentos pré-estabelecidos senão pelos próprios envolvidos.

A naturalidade e fluidez da troca de ideias e experiências, então, seriam prejudicadas caso fosse por escrito ou outro meio que não o verbal, ou se a palavra fosse utilizada primordialmente pelos advogados presentes, pois resultaria em termos jurídicos nem sempre compreendido pelos principais interessados, daria margem a mal-entendidos e potencializaria o conflito.

4.3 AGENTES

O bom andamento da mediação, assim como a manutenção de sua qualidade, não depende da lei, mas do empenho e preparo dos envolvidos. Conforme exposto no primeiro capítulo, a sociedade em geral não conta com maturidade suficiente para tanto, porquanto resta aos operadores do Direito proporcionarem ambiente apropriado e orientação técnica adequada para que ninguém seja prejudicado, inclusive a imagem que se tem dos métodos autocompositivos.

4.3.1 O Mediador

Dos princípios legais referentes à mediação, destaca-se a “imparcialidade” quando se trata do papel do Mediador. A sua atuação é peça crucial para que o diálogo seja orientado de forma construtiva, consciente, equilibrada, e mesmo para preservação dos demais princípios, pois caberá a ele manter o tratamento isonômico entre as partes, estimular o consenso, e a participação ativa das partes. Inclusive, as mesmas exigências que se aplicam ao mediador devem ser atendidas por eventuais comediadores. Spengler ressalta que quando o mediador “atende os interesses de um ou de outro promove a falência da mediação e perde a sua identidade. A mediação é outra; é um ficar inserido entre as partes e não encontrar um espaço neutro e

equidistante no qual reside a grande utopia do moderno, que é ter qualidade de terceiro”²⁴⁵.

Talvez esse seja um dos maiores desafios do profissional: despir-se de si, de seus valores e experiências para servir de facilitador do diálogo sem interferir na tomada de decisões ou prejudicar a confiança essencial entre as partes e o terceiro²⁴⁶. Conforme visto anteriormente, a pré-mediação também serve para que o mediador possa avaliar se tem condições de atuar de forma adequada antes do início do procedimento propriamente dito. Daí a importância de permitir às partes a escolha do facilitador, assim como, do terceiro poder aferir sua capacidade de ser neutro antes de iniciada a mediação, tendo em vista que “Impor o mediador é predispor as partes contra a proposta de solução que dele proceda. Indispensável é a adesão”²⁴⁷, na medida em que somente um “mediador estratégico” conta com os “recursos necessários para conduzir os envolvidos a um ponto comum de análise do conflito”, sem prejuízo do tratamento que proporcione isonomia entre as partes²⁴⁸.

A escolha do profissional e a autoanálise em relação à sua imparcialidade são apenas dois dos aspectos essenciais para que a mediação seja considerada adequada. Preparação técnica, constante atualização e prática corrente do facilitador são indispensáveis para o bom andamento e eficácia do procedimento. A complexidade da função exige “sensibilidade e criatividade (...) para lidar com o vasto campo de possibilidades que lhe é apresentado durante o trabalho”²⁴⁹. Para Spengler, a falta de preparo e dedicação do mediador degeneram o papel do profissional²⁵⁰.

Goldberg apresenta as seguintes atribuições: “encorajar a troca de informação”; estimular o fornecimento de novos fatos; ajudar as partes a entender as suas visões, a do outro, e se sentirem compreendidas; “promover um nível produtivo de expressão emocional”; “lidar com as diferenças de percepções e interesses entre negociadores e constituintes”; auxiliar os envolvidos a vislumbrar a realidade tal como

²⁴⁵ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 343

²⁴⁶ OLIVEIRA, Marcello. PONTES, Mariana Veras Lopes. PELAJO, Samantha. Regulamentação da Mediação: Fundamentos Jurídicos. *In*: ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.325

²⁴⁷ MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. p. 158

²⁴⁸ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p.333

²⁴⁹ ROSENBLATT, Ana. MARTINS, André. Mediação e Transdisciplinaridade. *In*: ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 146

²⁵⁰ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 342

verificada; “encorajar flexibilidade”; estimular uma visão prospectiva; e incentivar a criação de acordos.²⁵¹

Essa colocação encontra fundamento nas colocações de Sander, Rogers, Cole, e Goldberg, de acordo com os quais, “as habilidades aplicadas, e suas técnicas dependem dos objetivos da mediação e do contexto. Na verdade, um estudo identificou que a customização do processo de mediação caso-a-caso como um dos indicadores chave da qualidade do mediador”²⁵². Esse tipo de decisão exige muito preparo e adaptabilidade do terceiro, além das demais demandas apresentadas anteriormente. “O exercício da Mediação pede ao mediador que se coloque a serviço da resolução do conflito. Para que isso seja possível, longe de ser uma fórmula fechada, o processo de mediação é maleável, de modo a adequar-se às necessidades do caso apresentado ao mediador”²⁵³.

Logo, não apenas a escola linear de Harvard deve compor a preparação do mediador – tal como no modelo judicial, tampouco deve a ela se limitar. A possibilidade de as partes escolherem o mediador inclui a oportunidade de selecionar a forma de condução do diálogo, muito embora possa ser modificado ou hibridizado com as demais escolas ao longo do procedimento, a critério do mediador que – de confiança das partes – terá preparo suficiente para fazê-lo.

4.3.2 Os Advogados

Os paradigmas apresentados no primeiro capítulo demonstram a tendência da maioria da população de deixar que os advogados falem em seu nome, e o Judiciário decidir o rumo de suas vidas. Em 2010, Susskind já propunha aos causídicos que técnicas melhores e mais eficientes fossem utilizadas na prestação de seus serviços jurídicos²⁵⁴. Keppen vai além ao afirmar que “O profissional do Direito precisa conhecer ‘todo’ o instrumental técnico à disposição para a resolução de conflitos e não apenas o mais tradicional desses”²⁵⁵, pois seus clientes não estão preparados para solucionar suas próprias controvérsias, motivo pelo qual, muitas

²⁵¹ SANDER, Frank E. A. GOLDBERG, Stephen B. *Fitting the Forum to the Fuss: A User-friendly guide to selecting an ADR Procedure*. In: **Negotiation Journal**, Cambridge, MA, v. 10, p.49-68, 1994. p.59

²⁵² SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 167. Tradução livre.

²⁵³ ROSENBLATT, Ana. MARTINS, André. **Ob. cit.** p. 145

²⁵⁴ SUSSKIND, Richard. **Ob. cit.** p. xvii

²⁵⁵ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p. 68

vezes acabamos por decidir por eles, mesmo fora do judiciário, pelo mero fato de possuímos uma procuração *ad judicium*.”²⁵⁶

Isso não significa que o advogado deva gerir os problemas de seus clientes, mas “assessorar da melhor maneira possível, jamais de induzi-los a atender nossos anseios e interesses, quer em nível profissional, quer em nível pessoal”²⁵⁷. Daí a extrema importância da atividade advocatícia: “Todo aquele que pretenda labutar com o Direito deve ter consciência de que está a abraçar uma das mais importantes atividades profissionais, justamente pela razão de interferir diretamente na esfera social ao se propor resolver um crucial problema do ser humano, qual seja, o conflito jurídico intersubjetivo”²⁵⁸.

O termo “conflito” usualmente remete a batalha, mas trata-se de dissenso, “é fenômeno inerente às relações humanas. É fruto de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses comuns e contraditórios”²⁵⁹. Para lidar com a complexidade da situação, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil apresenta como um dos deveres do advogado “estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”²⁶⁰.

Essa disposição é usualmente ignorada, quando não desconhecida pelos advogados, inclusive como consequência do currículo das faculdades e o estímulo à beligerância²⁶¹. O contexto social, portanto, não estimula os profissionais a cumprirem com o dever acima apresentado, mas cabe a ele, de acordo com Braga Neto, “estar atento à iniciativa, pois a incorporação da técnica da mediação lhe possibilitará vislumbrar amplos caminhos em benefício da sociedade (...). Além disso, (...) ampliaria sobremaneira seu campo de atuação profissional”.²⁶² Susskind entende que a advocacia tradicional está com os dias contados, especialmente para os profissionais que “não são capazes de identificar ou desenvolver capacidades diferenciadas”²⁶³.

²⁵⁶ BRAGA NETO, Adolfo. **Ob. cit.** p. 98

²⁵⁷ Idem.

²⁵⁸ KEPPEL, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p. 35

²⁵⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.1

²⁶⁰ Art. 2º, inciso VI, Publicado no Diário da Justiça, Seção I, do dia 01.03.95

²⁶¹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 553

²⁶² BRAGA NETO, Adolfo. **Ob. cit.** pp. 99-100

²⁶³ SUSSKIND, Richard. **Ob. cit.** p. 3. Tradução livre.

A identificação da melhor alternativa para solucionar determinado conflito é uma dessas novas capacidades, na medida em que incluem a redução de custos e a orientação jurídica mais adequada²⁶⁴, assim como, o melhor preparo técnico para representar seu cliente de acordo com aquilo que cada método exige, pois, de acordo com Sander *et. al.*, se todas as partes estiverem representadas por advogados, pode-se presumir que o acordo firmado seja justo, enquanto, na falta do profissional a uma das partes, pode haver significativo desequilíbrio por conta da falta de orientação jurídica e inexperiência negocial que afetaria apenas um dos lados²⁶⁵. Entretanto, essa presunção deixa de existir em uma realidade na qual a maioria dos advogados não conta com o preparo adequado para exercer o seu papel adequadamente no contexto autocompositivo.

De acordo com Almeida:

É inquestionável que, adotando uma postura colaborativa, um advogado bem preparado e experiente em soluções consensuais pode trazer inúmeros benefícios aos participantes e à condução do processo de mediação. (...) Por outro lado, a presença dos profissionais do Direito, em alguns casos, pode revelar-se verdadeiramente prejudicial ao desenvolvimento do processo, por multiplicar os interesses em jogo e aumentar a litigiosidade do conflito.²⁶⁶

A forma de participação do advogado é, portanto, potencialmente tão construtiva quanto destrutiva. O profissional deve deter conhecimento jurídico e negocial suficientes para orientar seu cliente na tomada das melhores decisões e, além disso, ter bom conhecimento sobre os métodos alternativos para atuar adequadamente em cada um deles, inclusive para impedir que a parte perca tempo em tentativas negociais fadadas ao insucesso ou insista em litigar judicialmente quando há instrumentos consensuais que melhor atender aos interesses do cliente²⁶⁷.

A primeira obrigação do advogado, inclusive, é identificar esses interesses, pois serão o primeiro filtro na eleição do método mais adequado, na condução das negociações e no foco dos pedidos de eventual petição inicial, pois um mal-entendido entre cliente e advogado pode ser tão desastroso quanto uma receita culinária mal interpretada de um doce, que se tornará um prato salgado, tendo como responsável o próprio cozinheiro, que no caso é o advogado. A parte sabe (quando muito) dos

²⁶⁴ Ibidem. p.183.

²⁶⁵ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p. 198

²⁶⁶ ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PAIVA, Fernanda. **Ob. cit.** p. 265

²⁶⁷ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 184

fatos que vivenciou. Cabe ao profissional do direito traduzi-los adequadamente para o mundo jurídico e confirmar se estão adequados às pretensões da parte antes de iniciado o processo (seja ele hetero ou autocompositivo), pois irá influenciar em todo o caminho a ser percorrido, assim como, no deslinde da questão²⁶⁸.

4.4 TIPOS DE MEDIAÇÃO

Os agentes coadjuvantes acima apresentados – mediadores e advogados – são essenciais para que a mediação seja bem conduzida e bem assessorada. Entretanto, os protagonistas do procedimento são as partes diretamente envolvidas no conflito, que não de ser beneficiadas para que possam construir de forma livre e consciente a melhor solução para o imbróglio. Para que isso ocorra, a mediação oferece várias formas de ser utilizada, inclusive para ser ainda mais pessoal e atender às especificidades de cada relacionamento.

No capítulo anterior, foram apresentadas algumas alternativas para resolução de conflitos e ressaltada a possibilidade de adaptação e criação de outras. Nesse contexto, e diante da complexidade oferecida, não seria possível admitir seu engessamento sob “pena de perda da eficácia e risco de atuação inadequada”²⁶⁹. A eleição da melhor forma de conduzir a mediação “deve levar em conta a natureza do conflito, além das características pessoais, a realidade socioeconômica e cultural dos envolvidos”²⁷⁰.

Tendo em vista a amplitude de possibilidades oferecidas pela Mediação Extrajudicial, inclusive os diversos tipos. É como se – após optar pela porta da Mediação (no sistema multiportas), surgissem outras portas, como alternativas ao sujeito na identificação da forma mais adequada para resolver determinado conflito. Nem sempre, entretanto, é possível identificar a melhor “escola” a ser seguida antes do início do procedimento, porquanto Vezzulla acertadamente afirma que “Preferimos pensar numa mediação dinâmica, que inclua todas as correntes do pensamento, desde que enquadradas na ética do mediador e nos princípios de imparcialidade, neutralidade e sigilo”²⁷¹. Para Isoldi, “Não há um estilo melhor do que outro. Acredita-

²⁶⁸ COOLEY, John W. **A Advocacia na Mediação**. Tradução de: René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

²⁶⁹ FALECK, Diego. **Ob. cit.** p. 186

²⁷⁰ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 56

²⁷¹ VEZZULLA, Juan Carlos. **Ob. cit.** p. 120

se relevante manter a coerência interna do procedimento, consciência daquilo que se está conduzindo e adequação do estilo à situação aplicada e à vontade dos mediados”²⁷².

Sem prejuízo do desenvolvimento de outras técnicas, as mais comuns na doutrina são: a Escola Linear (conhecida como Escola de Harvard); a Escola Transformativa; e a Escola Narrativa. A escolha entre elas vai depender do estilo do mediador, da “natureza do conflito, além das características pessoais, a realidade socioeconômica e cultural dos envolvidos”²⁷³. De acordo com Vezzulla, é importante “estabelecer determinadas diferenças em relação às técnicas já conhecidas, para evitarmos cair em erros conceituais que resultarão em fracassos na própria prática da mediação”²⁷⁴.

4.4.1 Escola Linear (Harvard)

A escola de Harvard foi criada pensando nos conflitos empresariais, “para todos os tipos de conflitos, dos interpessoais aos internacionais” ²⁷⁵. Atualmente, verifica-se seu potencial nos mais diversos relacionamentos. Com sua abordagem - de “resolução de problema, que põe fim ao conflito, o resolve, pela satisfação mútua dos interesses em pauta” – e com respaldo na escola de negociação de Harvard, é atualmente a referência para formação mínima de mediadores e conciliadores judiciais pelo Conselho Nacional de Justiça

Quando vínculo entre as partes se desfaz com o acordo, entende-se que o modelo linear é o mais adequado. Quando os relacionamentos são continuados, ou seja, quando já existia antes mesmo de instaurado o conflito, e perdurará após eventual acordo, “a qualidade de interação entre os mediados é o alvo a ser atingido e, assim, outros modelos de mediação serão potencialmente mais adequados ao manejo do conflito” ²⁷⁶. Isso não significa que esse formato seja imprestável para a mediação nesse contexto, mas há outros que seriam mais acertados.

²⁷² ISOLDI, Ana Luzia. Diferentes Modelos: manejo da linguagem e pertinência dos estilos na mediação. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p.231

²⁷³ CHIESI FILHO, Humberto. **Ob. cit.** p. 56

²⁷⁴ VEZZULLA, Juan Carlos. **Ob. cit.** p. 113

²⁷⁵ JONATHAN, Eva. PELAJO, Samantha. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard) *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 191

²⁷⁶ *Ibidem.* p. 200

A proposta dessa escola é baseada nos ensinamentos de Fischer e Yuri²⁷⁷, repisadas pelo Conselho Nacional de Justiça²⁷⁸, que apresentam instrumentos técnicos que viabilizam o desenvolvimento do diálogo em um contexto de liberdade, igualdade, razão e impessoalidade. Dessas ferramentas²⁷⁹, destacam-se especialmente: (a) Declaração de Abertura ou Pré-Mediação; (b) Mapeamento do Conflito; (c) Comunicação Não-Violenta; (d) Escuta Ativa; (e) Reflexão sobre os demais atingidos; (f) Teste de Realidade.

Nem sempre é possível que haja um encontro prévio entre os envolvidos (pré-mediação), o que normalmente leva os interessados a concentrarem o diálogo e a apresentação das respectivas regras para a mesma oportunidade, por meio da Declaração de Abertura (a). De qualquer maneira, é indispensável que as normas que permeiam a sessão de mediação sejam adequada e exaustivamente esclarecidas, pois giram em torno da confidencialidade, da voluntariedade, da racionalidade, e do respeito mútuo.²⁸⁰ A exposição desses e de outros elementos é essencial para que os participantes tenham plena ciência das condições em que se dará o diálogo, comprometendo-se a respeitá-las, sentindo-se livres para se expressarem sem julgamento ou risco de divulgação do que apresentarem.

Somente dessa forma os envolvidos poderão escolher conscientemente a mediação como forma de solução do conflito, “identificar em si mesmos disponibilidade para rever posições rígidas ou competitivas”, e focar no benefício mútuo.²⁸¹ Além disso, os envolvidos recebem orientações que viabilizam a aplicação de outras ferramentas da mediação.

O Mapeamento do Conflito (b) consiste na definição dos conceitos e a limitação do escopo a ser tratado, sem prejuízo de ampliação durante o processo, mediante deliberação conjunta. A importância dessa ferramenta se dá para identificação de interesses, necessidades e valores apresentados pelos concernidos.²⁸²

Para controlar os ânimos, manter a racionalidade e a impessoalidade, é essencial que os envolvidos se valham de termos não-ofensivos, objetivando a

²⁷⁷ FISCHER, Roger. URY, William. **Ob. cit.** p. 37

²⁷⁸ AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília Poder Judiciário e Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília, 2016. p. 9

²⁷⁹ ALMEIDA, Tânia. **Ob. cit.** p. 36

²⁸⁰ *Ibidem.* p. 39

²⁸¹ *Ibidem.* p. 37

²⁸² *Ibidem.* p. 42

identificação de pontos em comum nos discursos, com foco nos interesses (matéria), afastando ao máximo das posições e das pessoas (c). Por outro lado, a parte que escuta não deve interromper a fala do locutor, além de escutá-lo se esforçando para compreender empaticamente a colocação do outro (d)²⁸³. Caso o diálogo seja construtivo, e os envolvidos consigam encontrar a melhor forma de reger suas relações, o mediador auxilia os interessados a identificarem a razoabilidade dos reflexos daquele acordo aos indivíduos que serão atingidos reflexamente por seus termos (e), assim como, se as regras acertadas são realizáveis, ou seja, se são concretamente viáveis ou meramente utópicas (f)²⁸⁴.

Conforme se vê, por mais informal que seja o ambiente ideal da mediação, a Escola Linear propõe uma ordem mínima a ser seguida, o que conduz à principal crítica a seu respeito: “a postura do mediador ser muito diretivo e linear em sua clínica quando busca a satisfação das partes, suavizando o conflito, através de reenquadramentos e não dando a liberdade das partes trazerem à mediação temas que, à primeira vista, não teria conexão com o conflito, tudo isso, por ansiar chegar ao acordo”²⁸⁵.

4.4.2 Escola Transformativa

Nessa escola, ao contrário do que ocorre na Linear, a meta não é o acordo em si, mas “a melhoria na qualidade de interação, bem como das mudanças que ocorrem nas pessoas envolvidas em uma desavença”. O acordo, então, passa a ser uma consequência natural daquela²⁸⁶. Bush e Folger foram seus principais percussores, em 1994²⁸⁷, apresentando um modelo que foca no desenvolvimento envolvidos, especialmente para que se sintam fortalecidos, respeitados, valorizados e autosuficientes²⁸⁸.

Para tanto, é indispensável que o mediador saiba o seu papel, “para não interferir em uma decisão que cabe exclusivamente às pessoas”²⁸⁹ e, como reflexo, a

²⁸³ AZEVEDO, André Gomma (Org). **Ob. cit.** p. 222

²⁸⁴ AZEVEDO, André Gomma (Org). **Ob. cit.** p. 46

²⁸⁵ ROSA, Alexandre Morais da. MENDONÇA, Rafael. **Ob. cit.** p.743

²⁸⁶ JONATHAN, Eva. AMERICANO, Naura dos Santos. **Ob. cit.** p. 205

²⁸⁷ BUSH, Robert A. FOLGER, Joseph P. **The promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition**. 1. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1994

²⁸⁸ JONATHAN, Eva. AMERICANO, Naura dos Santos. **Ob. cit.** p. 204

²⁸⁹ Ibidem. p. 209

emancipação dos sujeitos se tornará uma “ferramenta educativa a serviço da convivência democrática”²⁹⁰. A profundidade de sua proposta é tamanha, que tem a pretensão de modificar a forma de interação entre as partes mediante uma revisão do próprio sujeito, “do outro, e da situação em cada estágio do processo”²⁹¹.

Na Escola Transformativa, a mediação conta com ferramentas de ordem sistêmica, integrativa e psicológica, o porquanto provavelmente seja aquela que oferece maior potencial para mudança dos paradigmas apresentados no primeiro capítulo, considerando que suas ferramentas comunicacionais facilitam aos envolvidos o exercício da empatia e do autoconhecimento. O foco é retirar as pessoas de suas visões individualistas do mundo para aceitá-las como seres relacionais inseridos em um mundo dinâmico, identificando sua participação no conflito e nas formas de solucioná-lo²⁹².

O preparo do mediador para atuar nesse tipo de Mediação é profundo e continuado, na medida em que trabalha o sujeito e a relação mais do que o conflito e sua solução. Sua atuação ultrapassa, portanto, a identificação dos interesses e o esclarecimento de mal-entendidos, e conduz ao autoconhecimento pelas partes e a mudança de atitude diante do outro²⁹³.

4.4.3 Escola Narrativa

A Escola Narrativa se baseia na ideia de que o conflito é fruto da divergência de pontos de vistas em relação aos mesmos fatos, ou mesmo da discrepância entre a realidade e sua interpretação por cada um dos envolvidos. Logo, ela parte do pressuposto de que “cada história tem uma coerência interna que lhe dá sentido, a mediação narrativa pretende identificar aqueles fatos que contradigam algum aspecto desse enredo, rompendo com sua coerência. Se isso acontecer, necessariamente o indivíduo terá que modificar seu relato para que estes novos fatos se encaixem e façam sentido”²⁹⁴.

²⁹⁰ PERIS, J. Henri Bouché; MENA, F. Hidalgo (Directores). **Mediación Familiar**, Tomo III. Madrid: Dykinson, S.L., 2010, p.117

²⁹¹ JONATHAN, Eva. AMERICANO, Naura dos Santos. **Ob. cit.** p. 204

²⁹² VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Ob. cit.** pp. 189-194

²⁹³ JONATHAN, Eva. AMERICANO, Naura dos Santos. **Ob. cit.** p. 210

²⁹⁴ BRIGIDA, Elizabeth. ARAÚJO, Inês Guilhon de. JACOB, Wanderley José. Diferentes Modelos: mediação narrativa. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes**. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 217

As técnicas utilizadas para tanto visam desestabilizar as histórias por meio de perguntas que conduzam à reflexão em torno do que realmente aconteceu. Na sequência, o mediador pode propor uma recontextualização positiva dos fatos tais como identificados, na tentativa de encontrar pontos e interesses em comum²⁹⁵. O resgate de “fatos ocultos” e a mudança da realidade servirá para que “os mediandos lidem com suas questões e reconstruam suas versões, criando histórias alternativas que ampliem o sentido dos fatos vividos”²⁹⁶.

Segundo Fernanda Tartuce, “Sendo o conflito constituído pela percepção da relação vivida, alterar o modo de visualizar os fatos reputados conflituosos pode gerar uma mudança de comportamento e, com isso, repercutir no andamento da controvérsia, transformando-a em uma nova experiência”²⁹⁷. Trata-se, portanto, de proporcionar às partes uma visão mais clara e ampla da realidade, com uma consequente modificação da postura frente ao conflito.

4.5 APLICAÇÃO INTERNACIONAL E A CONVENÇÃO DE SINGAPURA

Até o momento, apresentou-se a complexidade da mediação e sua capacidade de adaptação aos mais diversos tipos de relacionamento, conforme o enfoque necessário para atender aos interesses, necessidades e objetivos dos envolvidos. No âmbito das relações internacionais não é diferente, e conta com mais um estímulo: a ausência de legislação única que atenda à pluralidade cultural e jurídica envolvida. Essa demanda não clama apenas pela utilização da autocomposição, mas também por uma postura Estatal diferenciada.

Diante da necessidade de se estabelecer uma forma de equilibrar a manutenção da ordem mundial sem prejuízo da soberania de cada país, pois “as ordens constitucionais necessitam interagir com o externo sem perder suas identidades”²⁹⁸, o Estado Constitucional Cooperativo se apresenta para permitir a abertura da Constituição “para a cooperação com outras Constituições e documentos internacionais” contando com a proteção dos direitos humanos, a solução pacífica dos conflitos, e com as cláusulas pétreas como parâmetros de delimitação.²⁹⁹

²⁹⁵ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Ob. cit.** p. 186

²⁹⁶ BRIGIDA, Elizabeth. ARAÚJO, Inês Guilhon de. JACOB, Wanderley José. **Ob. cit.** p. 217

²⁹⁷ TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo: Método, 2008, p. 33

²⁹⁸ Ibidem. p. 15

²⁹⁹ Ibidem. p. 12

Mais do que isso, os direitos humanos funcionam como filtro para as normas internacionais, ainda que produzidas de forma colaborativa, quando contrárias à Constituição.³⁰⁰ Além disso, “as normas internacionais produzidas de forma cooperativa pelo país precisam ser analisadas, quando da sua compatibilização com a Constituição, segundo um juízo de razoabilidade que leve em conta os princípios que norteiam a abertura do país à cooperação e integração internacional.”³⁰¹

Maliska fala em uma espécie de troca que gera aprendizado entre os envolvidos, ainda que implique na “afirmação de uma identidade constitucional em detrimento da outra”³⁰². Trata-se de um “‘modelo de articulação’, consistente no ‘entrelaçamento transversal, ‘no qual as ‘pontes de transição’ de materiais entre ordens jurídicas ocorrem no nível constitucional’”.³⁰³

Frente ao “desafio de aparar as diferenças por meios não violentos”, passou-se a tratar de “abertura, cooperação e integração” como “elementos fundamentais das ordens constitucionais dos Estados”.³⁰⁴ Nas palavras de Häberle, é “uma forma necessária de estatalidade legítima do amanhã” que já pode ser verificada hoje³⁰⁵. Esse constitucionalismo do pós-guerra não é uma nova ordem, mas uma evolução das possibilidades normativas³⁰⁶ até então limitadas internamente.

As divergências culturais decorrentes da pluralidade e da identidade de cada Estado não poderiam ser sanadas por meio de uma regra ou tribunal únicos. A resposta para cada caso precisa ser desenvolvida em conjunto, de forma respeitosa e pacífica pelos próprios envolvidos.

De acordo com Häberle, o processo cooperativo é a única forma de proporcionar unidade. Considerando que “o dissenso sobre objetivos práticos é (ainda) muito grande”, porquanto deve ser valorizado o “aspecto "formal". De acordo

³⁰⁰ MALISKA, Marcos Augusto. **A cooperação internacional para os direitos humanos**. Entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao estado constitucional cooperativo. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acessado em 12 set. 2021.

³⁰¹ Idem.

³⁰² MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013. p. 18

³⁰³ Idem

³⁰⁴ Ibidem. p.35

³⁰⁵ HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 5.

³⁰⁶ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**.... p.20

com o autor, “Cooperação começa por contatos pontuais como, por exemplo, diálogo, passa pela negociação e termina com ‘um estar à disposição do outro’”³⁰⁷

Trata-se, portanto, de uma interdependência solidária dos Estados decorrente do reconhecimento da responsabilidade internacional de cada um deles. “Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.”³⁰⁸ Essa carência de pacificação social emerge dos altos custos e prejuízos sofridos nas guerras mundiais³⁰⁹, mas “Pacificação social é muito mais que ausência de guerra”³¹⁰, porquanto a mínima segurança de existência de paz tem a justiça como alicerce.³¹¹ A “justiça” mencionada nesse contexto vai muito além do judiciário³¹², e está atrelada à garantia social de direitos³¹³. Pra Häberle, a modificação dos objetivos da ONU, “com fins de implantação de uma ‘paz positiva’ através de maior justiça social, conduz o desenvolvimento do direito internacional a um direito de cooperação em sentido material.”³¹⁴

A mediação, enquanto forma consensual de solução de conflitos, visa a concretização dessa proposta por meio de ferramentas negociais específicas, que facilitam a pacificação o diálogo, a identificação dos reais interesses, além de estimular a criação de alternativas de solução.³¹⁵ Magalhães vai além da pacificação social ao vincular a natureza consensual da mediação à própria democracia:

Não há possibilidade de consenso quando a minha satisfação depende da insatisfação de outro. Não é possível uma democracia efetiva consensual no sistema capitalista e as contradições binárias inerentes a este sistema. Consensos neste sistema, que envolvam questões socioeconômicas, serão sempre ideológicos (falsos) e os consensos realizados em outros campos tendem a sofrer distorções ideológicas negativas.³¹⁶

Esse mesmo conceito pode ser concebido para o estabelecimento de consensos relacionados às interações sociais internacionais, ao menos no que concerne seus elementos básicos, que servirão de suporte para o desenvolvimento

³⁰⁷ HÄBERLE, Peter. **Ob. cit.** p.9

³⁰⁸ *Ibidem.* p. 4.

³⁰⁹ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição...** p. 32.

³¹⁰ *Ibidem.* p. 29

³¹¹ *Ibidem.* p. 30

³¹² NINGELISKI, Adriane de Oliveira. **Ob. cit.** p. 76

³¹³ MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição...** p.30

³¹⁴ HÄBERLE, Peter. **Ob. cit.** p.37

³¹⁵ NINGELISKI, Adriane de Oliveira. **Ob. cit.** p.151

³¹⁶ MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. **Ob. cit.** p. 572

de normas de maior alcance e aplicabilidade, tal como afirmado por Wolkmer³¹⁷. Watanabe ressalta a necessidade de se valorizar o estudo em torno dos métodos alternativos de resolução de controvérsias “com a preocupação voltada mais à pacificação dos conflitantes e não apenas à solução dos conflitos.”³¹⁸ Häberle condiciona a existência internacional de um Estado Constitucional a uma postura Cooperativa: “O Estado Constitucional aberto somente pode existir, a longo prazo, como Estado cooperativo, ou não é um Estado "Constitucional".³¹⁹

A Organização das Nações Unidas foi criada por líderes políticos após as duas grandes guerras mundiais. Sua incumbência principal era (e ainda é) “evitar a guerra e promover a paz entre as nações”³²⁰, a fim de atender à necessidade de criação de mecanismos jurídicos capazes de proteger os direitos fundamentais no âmbito internacional.³²¹ Esse conceito se estende até hoje, sendo que, diante da verificada relação intrínseca entre desigualdade social e insegurança³²², a ONU propôs 17 “Objetivos de Desenvolvimento do Milênio”, sendo que o 16º se destaca para o presente trabalho: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”³²³.

Pacificação social, acesso à justiça e inclusão se apresentam juntos como um único objetivo, considerando a influência que um exerce sobre o outro. A estrutura constitucional do Estado, especialmente no tocante à forma de se relacionar interna e externamente, tem papel essencial para que o propósito seja alcançado e concretizado.

³¹⁷ “Naturalmente, a pluralização democrática do espaço público societário está sintonizada com o crescimento e a participação do poder comunitário, tanto no processo criativo de criação das leis, quanto na atuação mais direta da administração da Justiça e da socialização do seu acesso.” WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 334

³¹⁸ WATANABE, Kazuo. “Estratégia para a Solução Pacífica dos Conflitos de Interesses” *In*: CURY, Augusto (org.). **Soluções Pacíficas de Conflitos**: para um Brasil moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 37

³¹⁹ HÄBERLE, Peter. **Ob. cit.** p. 9-10

³²⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Ob. cit.** p.137.

³²¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ª. ed. Almedina: Coimbra, 2012. pp. 107-190

³²² ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em: 12 set. 2021.

³²³ ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acessado em 12 set. 2021.

Com isso em foco, a ONU criou a *UNCITRAL* (United Nations Commission On International Trade Law)³²⁴ - uma comissão para atender alguns objetivos da Agenda 2030³²⁵ ³²⁶, acima mencionada. A “Convenção das Nações Unidas sobre Acordos Comerciais Internacionais Resultantes da Mediação”, ou apenas “Convenção de Singapura”, foi elaborada de 2015 a 2018 pela *UNCITRAL*, mas apenas entrou em vigor em setembro de 2020. O acordo atribui natureza executiva às transações comerciais internacionais firmadas dentro do procedimento da mediação.

Não obstante a legislação processual brasileira reconheça a exequibilidade desses acordos independentemente de homologação judicial³²⁷, a adesão à Convenção pelo Brasil em junho de 2021 atende ao preceito contido no inciso VII, do artigo 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil. A assinatura da Convenção expressa uma postura cooperativa internacional do Brasil.

A Resolução da ONU apresenta várias considerações para fundamentá-la³²⁸, visando formalizar e viabilizar a pacificação social proposta pelo Estado Constitucional Cooperativo, uma vez que atribui maior segurança jurídica aos acordos firmados entre sujeitos de países diversos, não obstante as diferenças culturais, econômicas e legais existente entre eles. Além disso, a convenção igualmente fomenta a utilização da mediação como instrumento adequado e pacífico para solucionar os conflitos inevitáveis às relações comerciais internacionais.³²⁹

³²⁴ ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://uncitral.un.org/>. Acesso em 12 set. 2021.

³²⁵ ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 set. 2021.

³²⁶ ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/313. Acesso em 12 set. 2021.

³²⁷ Artigo 784, inciso XII, do Código de Processo Civil. In: BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil...**

³²⁸ “*Convinced that the adoption of a convention on international settlement agreements resulting from mediation that is acceptable to States with different legal, social and economic systems would complement the existing legal framework on international mediation and contribute to the development of harmonious international economic relations, (...) Convinced that the establishment of a framework for international settlement agreements resulting from mediation that is acceptable to States with different legal, social and economic systems would contribute to the development of harmonious international economic relations*”. In: ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/Singapore-Convention-on-Mediation.pdf>. Acesso em 13 set. 2021.

³²⁹ MARIGHETTO, Andrea. A convenção da ONU e a importância da resolução amigável de conflitos. In: **Revista Consultor Jurídico**, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-25/marighetto-convencao-singapura-resolucao-amigavel-conflitos>. Acesso em 12 set. 2021.

O Brasil é um dos 54 países que aderiram à Convenção até o desenvolvimento do presente estudo, mas apenas 6 o ratificaram³³⁰ no mesmo período. Sua internalização no ordenamento jurídico nacional, portanto, parece estar em pleno acordo com o Estado Constitucional Cooperativo, e merece celeridade e atenção³³¹.

Mason destaca os benefícios da assinatura e ratificação pelo Brasil, destacando os aspectos comerciais internacionais do tratado³³². O Ministério da Economia, por meio da Nota Técnica SEI nº 39230/2020/ME³³³, recomenda a ratificação da Convenção pelo Brasil: “Um regramento sobre mediação no contexto de acordos comerciais internacionais promove não apenas o fortalecimento do ordenamento brasileiro, mas também potencializa a atratividade do nosso ambiente de negócios”³³⁴.

A Convenção de Singapura não prejudica a soberania dos Estados que a ratificarem, pois cada ordenamento jurídico segue respeitado. De acordo com o contido no artigo 5º, 1, ‘b’, (i), do tratado, que expressa respeito aos limites do Estado Constitucional Cooperativo, na medida em que declara nulo e inexecutável o acordo cujos termos são contrários à legislação vigente no país em que se pretende fazê-lo valer juridicamente³³⁵.

³³⁰ FREIRE, Ana Cristina. “Convenção de Singapura pode ampliar portas comerciais para o Brasil”. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/ana-cristina-freire-brasil-convencao-cingapura>. Acessado em 13 set. 2021.

³³¹ ARAÚJO, Carla. BADDAUY, Leticia. **Brasil assina a Convenção de Singapura: o que o agronegócio brasileiro tem a ganhar?** 22 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347448/brasil-assina-a-convencao-de-singapuramediação>. Acesso em 13 set. 2021.

³³² “*The Convention will help Brazil’s international trade & commerce by facilitating flow of goods & services out of and into Brazil in the wide variety of sectors where Brazil plays a prominent role, such as agriculture, mining, finance, aviation, manufacturing, technology, etc. The Convention will reduce/remove commercial disputes as obstacles to trade flows by encouraging companies engaged in international trade to use mediation to resolve them – mediation the results of which will be enforceable across borders. Without the Convention, mediated settlement agreements between parties from different countries are treated as mere domestic contracts which are rarely enforceable across borders.*” In: MASON, Paul Eric. **The Singapore Convention and its Benefits for Brazil**. Disponível em <https://imimmediation.org/2020/02/27/the-singapore-convention-and-its-benefits-for-brazil/>. Acesso em 12 set. 2021.

³³³ BRASIL. **Ministério da Economia**. Nota Técnica emitida no Processo nº 10099.100646/2020-50. Disponível em: https://sei.economia.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 16 set. 2020.

³³⁴ Idem

³³⁵ “*Is null and void, inoperative or incapable of being performed under the law to which the parties have validly subjected it or, failing any indication thereon, under the law deemed applicable by the competent authority of the Party to the Convention where relief is sought under article 4*”; In: ONU.

Portanto, a validade dos acordos comerciais firmados no âmbito internacional, ao mesmo tempo que permitem a criação de soluções que atendam aos interesses dos envolvidos, estarão limitados à essência constitucional inerente aos respectivos países nos quais os entes estão inseridos, sob pena de perder a exequibilidade/validade.

5 DESAFIOS E PERSPECTIVAS

Conforme visto, a mediação é complexa e rica, permite que os interesses dos envolvidos sejam identificados, que esclarecimentos sejam feitos para viabilizar a construção conjunta de uma solução que atenda a todas as partes. Contudo, sua maior riqueza é, ao mesmo tempo, sua maior fraqueza: a participação direta dos interessados.

Dessa forma, o potencial destrutivo da mediação deve ser considerado, pois são muitas as variáveis para que o acordo seja alcançado. A imaginação do ser humano, a desigualdade entre as partes, o despreparo do mediador ou dos advogados podem fortalecer o litígio ou – muito pior – levar a uma transação que não seja justa, legal, exequível, ou que deverá ser revista em pouco tempo.

De acordo com o constante na Lei de Mediação³³⁶, o acordo alcançado por esse meio tem força de Título Executivo Extrajudicial. Caso o acordo seja homologado judicialmente, passa a ser Título Executivo Judicial. Por fim, quando tratar de direitos indisponíveis passíveis de transação, o Ministério Público deve ser ouvido antes de eventual homologação. O contexto em que os termos do acordo foram firmados, portanto, são essenciais para proteger os interessados, inclusive de si e dos sentimentos que podem influenciar na tomada de decisões em determinado momento, pois terão a mesma força que uma decisão judicial.

A diferença, entretanto, é que eventual sentença será proferida após o devido contraditório, exaustiva produção de provas, e a presença de alguém criteriosamente selecionado pelo Estado para conduzir o feito e proferir a decisão final. Essa, ao menos, é a teoria da adjudicação estatal, tão perfeita e constitucionalmente adequada quanto a mediação o é no papel. Ambas são falhas, e o processo civil em si é há muito explorada por doutrinadores, mas a mediação ainda é novidade e, na tentativa de fomentar sua utilização, os estudiosos tendem a ressaltar seus aspectos positivos.

Para os fins do presente trabalho, destaca-se o fato de eventuais acordos precisarem ser forçadamente executados pela via judicial, afinal, partir-se-ia do pressuposto de que as partes teriam plena intenção e condição de cumprir com

³³⁶ Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes. Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

eventual acordo construído diretamente por elas. Silveira e Megna apontam duas razões para tanto: “a má-formação do acordo, que nasce com prognóstico de insucesso, e a superveniência de situações que inviabilizam o acordo”³³⁷. Essa segunda possibilidade corresponde igualmente a uma mediação inadequada, na medida em que não foi suficiente para mudar a forma das partes lidarem umas com as outras a ponto de serem capazes de resolverem os novos fatos sem a intervenção de um terceiro.

Essa é uma questão de extrema relevância a ser estudada:

sob pena de os casos de insucesso contaminar tais meios com pecha de ineficientes — como já ocorre com as conciliações judiciais, na perspectiva de alguns — e, principalmente, de prejudicar as partes do acordo, cuja má-formação pode não só deixar de solucionar seu conflito, como também agravá-lo. Essa má-formação do acordo pode advir, resumidamente — e sem pretensão de esgotá-las —, de três causas: (i) a escolha de meio inadequado de solução do conflito; (ii) o uso inadequado das técnicas pelo profissional que assiste as partes; e (iii) o fechamento de um acordo não realista pelas próprias partes.³³⁸

As hipóteses levantadas por Silveira e Megna foram apresentadas nos capítulos anteriores, enquanto algumas de suas possíveis causas e consequências serão abordadas a seguir. Para tanto, não serão comparadas as decisões proferidas no âmbito judicial com aquelas construídas na mediação, mas verificado se a mediação teórica é capaz de alcançar na prática o melhor do seu potencial para quebra dos paradigmas apresentados no primeiro capítulo, considerando-se as demais opções do segundo, e as peculiaridades expostas no terceiro. Esses elementos serão colocados em prova frente a controvérsias potenciais na utilização do método.

5.1 A MEDIAÇÃO JUDICIAL

O Código de Processo Civil de 2015 inseriu a mediação ao lado da conciliação na fase inicial da demanda judicial, de onde passou a ganhar repercussão — em grande parte equivocada, e ainda incapaz de reduzir a hiperjudicialização de conflitos

³³⁷ SILVEIRA, Bruna Braga da. MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas De Descumprimento E Execução - Um Panorama Sobre Meios Alternativos De Solução De Conflitos E O Processo De Execução No Novo Cpc. *In: Revista de Processo*. vol. 264/2017. p. 473 – 495. Fev. 2017. DTR.2016.25044. p. 266

³³⁸ Idem.

no Brasil. Ao ser questionada sobre a cultura da judicialização e os métodos consensuais, a resposta de Teresa Arruda Alvim reflete bem a dicotômica figura da Mediação judicial que, ao mesmo tempo em que fomenta a autocomposição, o faz de maneira precária, que pode prejudicar a sua imagem perante a sociedade:

o que pode vir a funcionar bem no Brasil são a mediação e conciliação que acontecem incidentalmente a um processo. Com isso, não pretendo dizer que o modo como estas formas de levarem as partes à celebração de um acordo estejam funcionando bem no presente momento. (...) O que eu quero dizer é que, sendo mediadores e conciliadores bem formados, qualificados, e, assim, capazes de infundir maior confiança nas partes, é bem possível que a quantidade de acordos que se realizam, como processo em curso, seja mais significativa.³³⁹

Importante destacar do posicionamento a valorização da quantidade de acordos, mas aparentemente não se dá a mesma ênfase de sua qualidade. Em que pese a complexa riqueza da mediação, ainda é comum e equivocadamente concebida como se fosse apenas uma forma de aliviar o trabalho do Judiciário, mediante a diminuição da demanda e baixa de processos, conforme se depreende da Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que também dispõe acerca do critério de promoção e merecimento dos magistrados, sendo que o número de casos encerrados por acordo é um deles. De acordo com Fiss, a preocupação exclusiva com a quantidade é “um tipo de miopia”, pois “os casos não são todos iguais. O movimento de ADR deve ter uma perspectiva mais qualitativa”³⁴⁰.

Dessa forma, o nome da mediação tem sido amplamente divulgado como se fosse limitada a uma audiência de conciliação – uma fase processual obrigatória cuja aplicação tem sido banalizada e subutilizada, na medida em que fica limitada aos ditames legais procedimentais que ferem sua essência. Por um lado, proporciona-se aos jurisdicionados a oportunidade de participar desse procedimento – acerca do qual pouco ou nada se sabe popularmente³⁴¹. Por outro, coloca-se em risco a qualidade da mediação e de eventual acordo dela decorrente.

A mediação é extremamente rica, mas algumas características da sua face judicial acabam por prejudicar sua plena utilização, tais como: a formação mínima do

³³⁹ ALVIM, Teresa Arruda. Litigiosidade, uma realidade cultural difícil de mudar. Entrevista concedida a Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná. **Revista da Ordem** n.º 80, p.7, mai. 2021.

³⁴⁰ FISS, Owen. **The Law as...** p. 103. Tradução livre.

³⁴¹ “Mas não se pode ignorar que a experiência com as audiências preliminares de conciliação (do art. 331 do CPC/1973) já demonstrou que a tinta da lei não basta para alterar a cultura forense.” SILVEIRA, Bruna Braga da. MEGNA, Bruno Lopes. **Ob. cit.** p.266

mediador; a obrigatoriedade de comparecimento; a limitação temporal do ato à apertada pauta de audiências; sua utilização como ato protelatório à continuidade do processo, ou para obtenção de provas contra a parte adversa.

O treinamento dos juízes é igualmente importante, pois “O sucesso destes métodos no âmbito judiciário não depende da sua previsão, mas da sua aplicação”, e sua equivocada utilização fará deste momento um “desperdício de tempo e esforço processual, como hoje ocorre com muita frequência”³⁴². Esclarece-se, entretanto, que o potencial prejuízo não decorre da Lei em si, mas do desconhecimento do método por seus operadores.

De acordo com o artigo 11 da Lei de Mediação, o mediador judicial deve – dentre outras exigências - ter formação promovida por instituição credenciada pelo Conselho Nacional de Justiça, cujo manual é baseado na Escola Linear (Harvard), que tem como foco o acordo, e se limita a resolver o conflito em si – não restaurar a relação entre as partes, conforme apresentado no capítulo anterior. Os demais aspectos apresentados acima, por si, são suficientes para prejudicar a melhor utilização da Mediação, na medida em que limitam a autonomia da vontade das partes e desvirtuam o seu propósito.

Não obstante já tenha sido apresentada a figura do mediador e sua importância, a rasa exigência de preparo para sua atuação no âmbito judicial pode ser desastrosa. “Não é difícil imaginar os prejuízos causados pelo despreparo de um profissional de mediação que conduz de forma errada as técnicas de comunicação, piorando a situação conflituosa, ao invés de transformá-la em consenso”³⁴³. Boa parte dos mediadores judiciais atua de forma voluntária, ou seja, sem remuneração para tanto, o que normalmente os impede de dedicar o tempo fora das audiências para constante aprimoramento, afinal, terão que encontrar uma fonte de renda que os sustente³⁴⁴.

Em relação aos acordos firmados pelas partes baseadas em premissas diversas da realidade, cumpre especialmente aos profissionais envolvidos – mediadores, juízes, advogados e membros do Ministério Público evitar que isso aconteça. O principal destaque se dá aos advogados, cujo papel ganha maior relevância, na medida em que “o aconselhamento extrajudicial é tão ou mais

³⁴² Ibidem. p.267

³⁴³ Ibidem. p. 268

³⁴⁴ Idem

importante que a representação judicial — que dependerá o sucesso dos meios consensuais de solução de conflitos”³⁴⁵.

Um outro aspecto importante em torno da mediação no âmbito judicial decorre do papel do Judiciário, suscintamente trabalhado o primeiro capítulo. Ainda que se admita a pacificação social como um de seus objetivos, nesse contexto ela se dá colocando fim ao litígio por meio da adjudicação, e não pela autocomposição.

Além disso, ao ser questionado sobre qual tipo de mediação seria mais adequada: dentro das cortes ou fora, Owen Fiss — um forte crítico dos métodos autocompositivos — afirma que um acordo firmado fora da corte seria “simplesmente um contrato”, que precisaria ser levado a juízo para ser executado, quando haveria a oportunidade de ser aferido se está de acordo com as políticas públicas. Por outro lado, ainda de acordo com Fiss, um acordo firmado dentro do âmbito judicial já seria homologado, com força de decisão judicial, independentemente de julgamento, produção probatória ou aferição de legalidade. Na opinião do autor, seria como se uma sentença fosse proferida na ausência do devido processo. “A autoridade de uma corte reside no encontro dos fatos ou conclusões legais, (...). Assim, pode-se dizer que a corte está agindo sem autoridade como uma instituição jurídica”³⁴⁶.

5.2 DESAFIOS DA MEDIAÇÃO

Em 1983, o professor de Harvard, Derek Bok, incentivou a busca por meios diversos do Judiciário para resolução de disputas, e estimulou os cursos de Direito a treinarem os acadêmicos para a reconciliação³⁴⁷. Diante disso, Owen Fiss publicou em 1984 um artigo para o periódico da *Yale Law University*, na qual leciona até hoje.

³⁴⁵ SILVEIRA, Bruna Braga da. MEGNA, Bruno Lopes. **Ob. cit.** p.275

³⁴⁶ “*Out of court settlement seems preferable, even though it doesn’t seem to be known in Brazil. An out of court settlement is simply a contract. It rests upon the consent of the two parties. A suit can be brought to enforce that contract, but in such a proceeding the court could decide whether the contract is against public policy or otherwise unenforceable. If the settlement is endorsed by the court, the court is, in that instance, endorsing the legality of the contract without having first conducted a trial or entered any findings of fact or conclusions of law. Once the settlement is endorsed by the court, the court is making a commitment to enforce it even though it has not yet conducted a trial that could provide the basis for such a commitment. The authority of a court rests on its making findings of fact or conclusions of law and yet, in this instance, that process has been skipped altogether. Thus you could say the court is acting without authority as a juridical institution*”. FISS, Owen. Resposta fornecida por e-mail a autora quando questionado acerca da Mediação Judicial x Extrajudicial. Tradução parcial livre.

³⁴⁷ FISS, Owen. *Against Settlement*. In: FISS, Owen. **Law as it could be...** p.90.

O texto intitulado “*Against Settlement*”³⁴⁸ apresenta alguns aspectos frágeis em torno da autocomposição que, apesar da longa data, ainda conta com questionamentos extremamente atuais em relação à validade do acordo; os potenciais prejuízos da negociação; e a necessidade de participação jurisdicional para promoção da justiça³⁴⁹.

Fiss questiona: a dificuldade de plena compreensão do que está sendo acordado; a influência dos procuradores e de seguradoras; a situação momentânea na qual a parte se encontra (emocional e financeira); acréscimos da diferença monetária e intelectual entre os envolvidos, que tendem a influenciar a negociação³⁵⁰. Essa última recebe especial atenção, pois remete à falta de equidade entre os interessados, que poderia ser compensada pelos instrumentos legais e processuais nesse sentido pelo meio judicial.

De qualquer maneira, os aspectos apresentados pelo autor, assim como outros verificados ao longo do estudo, merecem ser estudados, pois são fundamentados e revelam potenciais falhas que merecem atenção para preservação da qualidade dos métodos autocompositivos. Fiss acredita que a prática generalizada dos acordos é pior que a adjudicação, e não deveria ser utilizada sem ressalvas, devendo ser tratada como “uma técnica altamente problemática para simplificar casos”³⁵¹, porquanto não deveria ser incentivada.³⁵²

Ressalta-se que os argumentos de Fiss não estão totalmente equivocados, mas não podem ser considerados verdade absoluta, pois não estão presentes em todas as circunstâncias, muito menos àquelas mais adequadas à mediação: as relações continuadas³⁵³. Essa não é sua única indicação, mas certamente a mais proveitosa. Ademais, em resposta às críticas de Fiss, outras considerações serão apresentadas. Quanto à ignorância jurídica em torno dos termos do acordo, mister enfatizar a importância de os envolvidos estarem assessorados por seus respectivos advogados³⁵⁴.

³⁴⁸ “Contra o acordo”. Tradução livre.

³⁴⁹ FISS, Owen. *Against Settlement*.... p.

³⁵⁰ FISS, Owen. *Against Settlement*... pp.1073-1090

³⁵¹ “*It should be treated instead as a highly problematic technique for streamlining dockets*”. FISS, Owen. *The Law as it Could Be*.... p. 93. Tradução Livre

³⁵² Idem.

³⁵³ SIX, Jean-François. *Dinâmica da Mediação*. Tradução de Águida Arruda Barbosa, Eliana Riberti Nazareth, e Giselle Groeninga. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 53.

³⁵⁴ Muito embora a Lei de Mediação dispense a obrigatoriedade no âmbito extrajudicial.

5.2.1 A (dis)paridade de armas

Fiss não é o único a tratar da dificuldade de manutenção e promoção da igualdade entre as partes durante um processo negocial, mas, enquanto os demais estudiosos apresentam formas de contornar a situação, o professor de Yale explora as mais diversas evidências de que não é uma tarefa fácil.

Primeiramente, ele ressalta a discrepância financeira entre as partes e a forma como impactará na negociação. Esse desequilíbrio reflete até mesmo na capacidade das pessoas compreenderem a complexidade e consequências de determinada proposta, uma vez que é possível admitir que – normalmente, esses sujeitos terão recebido menor instrução escolar do que aqueles com maior poder econômico. Logo, a discrepância não seria apenas econômica, mas intelectual também³⁵⁵.

Além disso, os menos afortunados podem ter mais necessidade e consequente pressa no recebimento de uma indenização, que conscientemente é menor em um acordo, mas aceita para evitar os custos de tempo e valores inerentes a uma demanda judicial. Dessa forma, nas palavras do autor, “os requerentes mais pobres são vítimas dos custos de um processo mesmo quando firmam um acordo”³⁵⁶. Em contrapartida, de acordo com Fiss, esse mesmo desequilíbrio entre o poder das partes pode refletir no julgamento pela corte, mas a presença do juiz garantiria a utilização de ferramentas para reduzi-lo ao máximo³⁵⁷.

Ressaltando e, de certa forma, aceitando a situação, Ningeliski afirma que a “as diferenças entre as partes não podem jamais ser completamente erradicadas”³⁵⁸. Entretanto, o êxito da mediação somente será alcançável se houver equilíbrio entre as partes durante o procedimento³⁵⁹, o que não significa que inexistente mediação exitosa, pois, de acordo com Silverstein e Adler, caberá aos mediadores garantir a

³⁵⁵ “*Settlement in such cases will be at odds with a conception of justice that seeks to make the wealth of the parties irrelevant.*”. FISS, Owen. **The Law as it Could Be**. NYU Press. Edição do Kindle. p. 94

³⁵⁶ Idem.

³⁵⁷ Ibidem. p. 95

³⁵⁸ NINGELISKI, Adriane de Oliveira. **Ob cit.** p. 78

³⁵⁹ POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. “Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdicional”. In: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia**. v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020. p. 31

equidade durante o diálogo³⁶⁰. “O mediador é capaz de guiá-las por meio de um processo que cuide de amparar as arestas de poder, usando seu próprio poder de influenciar o processo para garantir o equilíbrio”³⁶¹. Ele “pode, certamente, servir para mover o equilíbrio mais para o lado da parte frágil”³⁶².

Spengler questiona até mesmo a imparcialidade do mediador, considerando que “o conflito é, normalmente, a consequência de um desequilíbrio, de uma desigualdade. Nesses termos, o mediador tem como função principal o reforço da parte frágil do conflito, reequilibrando, de forma ecológica, a posição dos conflitantes”³⁶³.

Em relação a esse ponto, então, verifica-se a existência de ferramentas hábeis para reduzir a desigualdade inerente às relações humanas. O perigo, sem dúvida, está em ignorar o natural desequilíbrio entre as partes, e considerar que o acordo, por si, e sem maiores considerações, seja suficiente para supri-lo.

5.2.2 O Questionável Consentimento dos Representados

Ao se tratar de autocomposição, parte-se do pressuposto de que os envolvidos agirão de forma voluntária, autônoma e consciente em relação ao acordado. Diante disso, Fiss chama a atenção para aquelas situações nas quais os interesses das partes não estão perfeitamente alinhados com os de seus representantes, especialmente em direitos de grupos, como sindicatos, seguros, demandas coletivas e afins.

Não se trata, portanto de eventual desencontro de vontades entre advogado e representado, mas também de alinhamento de interesse entre todos os membros de um grupo. Seria a busca da unanimidade de centenas ou até milhares, dificilmente alcançada e aferível. Nas palavras de Fiss, “*a deeper and more intractable problem arises from the fact that many parties are not individuals but rather organizations or groups*”³⁶⁴.

³⁶⁰ ADLER, Robert. S. SILVERSTEIN, Elliot M. When David meets Goliath: ***Dealing with power differentials in negotiations***. Harvard negotiation law review. Cambridge, MA, v.5, n.1, p.103. Spring 2000.

³⁶¹ FALECK, Diego. **Ob. cit.** pp.107-108

³⁶² Idem.

³⁶³ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 342

³⁶⁴ FISS, Owen. ***The Law as it Could Be...*** p.95

Mais uma vez, o problema poderia ser igualmente verificado no âmbito judicial, por meio de solução heterônoma, onde se encontraria a mesma resposta apresentada no item anterior: a presença do Estado por meio do juiz se empenharia para dirimir essa dúvida ao se valer das disposições legais, e das provas levadas aos autos. O problema, igualmente trazido por Fiss, é que esse julgamento não é de fato alcançado, “mas apenas imaginado”³⁶⁵. O autor acrescenta que o fundamento para um acordo seria sua aproximação com o que se espera do julgamento – e não o consenso, ou seja, eventual acerto corresponderia a aquilo que os tribunais têm decidido para causas análogas.

A complexidade da situação não permite presumir se a representatividade é real ou não, tampouco se a presença do Judiciário poderia saná-la integralmente. Logo, limitar essa dificuldade exclusivamente à autocomposição é um entendimento equivocado, considerando que o magistrado tampouco poderia saná-lo, na medida em que tem conhecimento da Lei, mas não necessariamente da realidade e interesse das partes.

5.2.3 Entre Paz e Justiça

Muito se fala em pacificação social quando se trata de autocomposição, na medida em que finda um conflito com foco no resultado, sendo afável com as pessoas e firme contra o problema em comum a ser superado³⁶⁶. A afirmação é acertada, mas não pode ser invocada de maneira indiscriminada, pois há casos nos quais a sociedade demanda a intervenção estatal, conforme insiste Fiss, que defende a ideia da busca pela justiça, mesmo que custe a Paz³⁶⁷.

Para o autor, o papel do Judiciário é interpretar e fortalecer os valores inseridos na Lei e na Constituição³⁶⁸. Isso não significa, para o autor, que a crítica à autocomposição corresponda à obrigatoriedade em litigar, mas que a sociedade seria prejudicada pela ausência de pronunciamento judicial em torno de interesses muito além daqueles apresentados pelas partes do processo (ou mesmo antes dele)³⁶⁹.

³⁶⁵ “*It has never in fact been entered, but only imagined.*” Ibidem. p. 98. Tradução livre.

³⁶⁶ FISCHER, Roger. URY, William. **Ob. cit**

³⁶⁷ FISS, Owen. **The Law as it Could Be...** p. 100.

³⁶⁸ Ibidem. p. 101.

³⁶⁹ Idem.

Para exemplificar a situação, Fiss faz menção ao clássico caso *Brown vs Board of Education*³⁷⁰, e pode ser igualmente ilustrado pelas tragédias (ou crimes) ocorridos nas cidades de Mariana (2015) e de Brumadinho (ano) quando do rompimento das barragens da Vale S/A, que causou milhares de mortes e um estrago ambiental irreparável³⁷¹. No caso paradigma norte-americano, o objetivo da parte autora era ter acesso à educação tal como já lhe era garantido, mas a demanda judicial e o interesse social prevaleceram e promoveram toda uma mudança cultural. Nas situações brasileiras, talvez uma indenização para os familiares das vítimas e ressarcimento dos prejuízos patrimoniais e ambientais fossem suficientes para os envolvidos diretamente³⁷², mas a sociedade demandava certamente algum tipo de manifestação judicial que coagisse a repetição do evento.

Infelizmente, mesmo antes de concluídas as tratativas em relação ao primeiro incidente, a tragédia (ou crime) se repetiu em um curto período. Eventualmente, uma punição judicial mais célere e efetiva coibisse a mineradora a mudar sua postura e o segundo episódio pudesse ter sido evitado. Nesse ponto, há de se considerar que haja alguma razão nas palavras de Fiss em 1987: “Aceitar um acordo significa aceitar menos do que o ideal”³⁷³, pois a mera existência de negociações afastou a participação judicial e a tomada de medidas drásticas, urgentes e necessárias.

5.2.4 A imaturidade emocional dos envolvidos

Um outro ponto frágil das autocomposições é a influência das emoções na tomada de decisões do ser humano. A própria concepção de justiça é “um sentimento da parte interessada, visto que é uma experiência moral e individual dela. Do lado de

³⁷⁰ Uma aluna preta (Brown) buscou o Judiciário norte-americano para que lhe fosse garantido transporte de sua casa para a escola exclusiva para crianças pretas (*coloured*). Tendo em vista que a sua residência era mais próxima de uma escola de crianças “brancas”, a igualdade foi promovida admitindo-se sua frequência nessa escola, e o precedente modificou as relações nessa esfera em todas as escolas americanas, entre outras áreas. Caso tivesse sido firmado acordo em relação ao transporte, sem a participação estatal, seus necessários reflexos sociais não seriam alcançados.

³⁷¹ CÂMPERA. Francisco. **Vale, exemplo mundial de incompetência e descaso**. *In*: El País online. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/27/opinion/1548547908_087976.html. Acesso em: 21 fev. 2022.

³⁷² Assessoria de Comunicação da AGE-MG. **Importantes acordos judiciais homologados em ações propostas pela AGE-MG confirmam a instituição como uma das protagonistas do Dia Mundial de Resolução de Conflitos**. Disponível em: <https://advocaciageral.mg.gov.br/importantes-acordos-judiciais-homologados-em-aco-es-propostas-pela-age-mg-confirmam-a-instituicao-como-uma-das-protagonistas-do-dia-mundial-de-resolucao-de-conflitos/>. Acesso em: 21 fev. 2022

³⁷³ “*To settle for something means to accept less than some ideal*”. FISS, Owen. **The Law as it Could Be...** p. 101. Tradução livre.

fora se pode fazer julgamento a respeito da ideia de justiça do outro, mas não pode dizer se o acordo foi justo ou injusto”³⁷⁴. O sentimento não pode apenas ser enganoso, mas também volúvel, e nos conduzir a conclusões que nem sempre são as mais acertadas.

Ao permitir que as pessoas construam soluções, admite-se que tenham maturidade para tanto, o que nem sempre acontece. O papel do Mediador e do advogado mais uma vez são essenciais, porém dificilmente contam com preparo suficiente para atender à demanda emocional contida na relação que se tornou conflituosa ao ponto de demandar um terceiro que facilite a comunicação. A Mediação tem “como primeiro e primordial desafio tentar desvendar o que está por trás das posições apresentadas e defendidas: os reais interesses e necessidades de cada um. É nesse belicoso contexto que o mediador ajuda as pessoas a identificarem e exteriorizarem suas emoções e sentimentos”³⁷⁵.

“No espaço informal da mediação, a memória e os sentimentos dos conflitantes não se encontram bloqueados”³⁷⁶ e esse mesmo potencial construtivo pode ser usado contra os próprios envolvidos, caso não sejam bem conduzidos. Fischer e Shapiro são claros ao ressaltar o poder que as emoções têm de controlar o sujeito “Expressas ou não”, elas “podem pôr em risco o acordo, prejudicar seus relacionamentos ou custar muito caro”³⁷⁷. De forma mais minuciosa, os mesmos autores afirmam que as emoções podem “minar as expectativas de uma resolução justa”; reduzir “a capacidade de agir com inteligência”; e suas demonstrações entregam ao interlocutor o valor de cada proposta³⁷⁸.

Esses riscos apresentados pelos professores de Harvard decorrem normalmente de sentimentos negativos, enquanto os positivos podem contribuir para o encontro de um bom acordo permitindo, por exemplo, a testagem de “novas ideias sem medo de ataques”, ao mesmo tempo em que “você corre o risco de se sentir tão à vontade a ponto de fazer concessões insensatas e agir com confiança excessiva”³⁷⁹.

³⁷⁴ KEPPEM, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Ob. cit.** p. 66

³⁷⁵ FRAGA, Beatriz Bezerra de Menezes Monnerat. MOSQUÉRA, Gloria Maria Dias. MEYER, Monica Corrêa (*in memoriam*). Alguns aportes da psicologia, antropologia e sociologia para a mediação de conflitos. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. pp. 150-151

³⁷⁶ SPENGLER, Fabiana Marion. **Ob. cit.** p. 346

³⁷⁷ FISCHER, Roger. SHAPIRO, Daniel. **Além da razão....** p. 3

³⁷⁸ *Ibidem.* p. 5

³⁷⁹ *Ibidem.* p. 7

Considerando que “parar de sentir emoções é tão impossível quanto parar de pensar”³⁸⁰, não pode ser ignorada a sua influência nas negociações, mesmo quando o sujeito acredita estar conscientemente com a situação sob controle. Sugere-se que se reconheça a presença das emoções e aprenda-se a lidar com elas³⁸¹.

Em regra, pensamos que atuamos livremente, mas em verdade nossas atitudes são tomadas sem manifestação direta do nosso consciente, que se apresenta posteriormente para que encontremos justificativas (para nós mesmos) para agirmos de determinada maneira³⁸², pois “O senso moral humano é capaz de desculpar qualquer atrocidade na mente de quem a comete, e isso lhe fornece razões para atos de violência que não lhe trazem benefício tangível”.³⁸³ Em outras palavras, “somos muito bons em mentir para nós mesmos”.³⁸⁴ Indispensável, entretanto, esclarecer que “isso não significa que seja admissível nos exirmos de responsabilidade por nossos atos e decisões. Muito pelo contrário, o conhecimento de nossa condição deve nos deixar mais atentos para que não cometamos qualquer atrocidade.”³⁸⁵

Maliska e Schier propõem que o Estado esteja presente, e crie mecanismos de cooperação entre si e a sociedade para lidar com a sua complexa estrutura atual.³⁸⁶ Clève e Lorenzetto fazem menção ao proposto por Thaler e Sunstein, de um “paternalismo libertário”³⁸⁷ ou “paternalismo fraco”, que “se funda no entendimento de que as pessoas são livres para a definição de suas escolhas, cabendo, todavia, ao Poder Público, a tarefa de orientá-las para prevenir aquelas cujos resultados são ou podem ser indesejáveis.”³⁸⁸

Essa composição entre liberdade individual e presença Estatal para proteger o sujeito de si, e será melhor estudado no próximo tópico.

³⁸⁰ Ibidem. p. 9

³⁸¹ Ibidem. p. 10

³⁸² NAHMIS, Eddy. “A psicologia do livre-arbítrio” In: NOJIRI, Sérgio (org.). **O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. Appris: Curitiba, 2019. p. 93.

³⁸³ PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza**: porque a violência diminuiu. Tradução de Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013. p. 831.

³⁸⁴ HAIDT, Jonathan. “A psicologia moral e o Direito: como as instituições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências” In: NOJIRI, Sérgio (org.). **Ob. cit.** p.32.

³⁸⁵ NAHMIS, Eddy. “A psicologia do livre-arbítrio” In: NOJIRI, Sérgio (org.). **Ob. cit.** p.105.

³⁸⁶ MALISKA, Marcos Augusto. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado estado autárquico e o indiferente estado mínimo. Reflexões sobre o estado constitucional cooperativo a partir de um caso concreto. In: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 20 n. 20 (2016). p.172.

³⁸⁷ SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard H. “Libertarian Paternalism is not an oxymoron”. In **The University of Chicago Law Review**. vol. 70. n. 4, 2003. p. 1162.

³⁸⁸ CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. In **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. p.134.

5.2.5 Direitos indisponíveis passíveis de transação

Diante do exposto no item anterior, o Estado se apresenta para proteger o homem de si, das emoções que podem prejudicar a tomada de decisões que influenciam a sua vida e daqueles que dele dependem (como menores e interditados). A figura se assemelha ao conto de Ulisses, que pediu que sua tripulação lhe amarrasse ao mastro do navio, com olhos vendados para não cair nas armadilhas das sereias, e não lhe libertassem, por mais que assim fosse implorado.

Determinações legais, como a exigência de homologação em alguns casos também podem desestimular a utilização da mediação extrajudicial³⁸⁹ mas, em alguns casos, “a atuação do Estado-juiz faz-se necessária para garantir se não a pacificação, ao menos a salvaguarda de direitos”³⁹⁰. A lei, então, demanda que os acordos envolvendo direitos indisponíveis sejam homologados judicialmente, após ouvido o representante do Ministério Público³⁹¹.

Consideram-se direitos indisponíveis aqueles “dos quais a pessoa não pode abrir mão, como o direito à vida, à liberdade, à saúde e à dignidade”.³⁹² A ideia remete imediatamente à Constituição Federal, cuja natureza torna os “direitos” em garantias não apenas individuais, mas coletivas e indispensáveis para a manutenção do próprio Estado Democrático de Direito. A amplitude da concepção mencionada, entretanto, transforma em regra a necessidade de homologação judicial, que deveria ser exceção. Além disso, restringe e desestimula a autonomia dos indivíduos para disporem acerca de seus direitos de forma extrajudicial, uma vez que a questão deverá necessariamente ser submetida ao Judiciário.

A isso, acrescentam-se os artigos 840 e seguintes do Código Civil, e a possibilidade de transação estará limitada a “direitos patrimoniais de caráter privado.”³⁹³ Resta, então, pouco espaço para desenvolvimento da liberdade sem intervenção. Conclui-se, portanto, que a Lei 13.140/2015 não ampliou tanto o escopo

³⁸⁹ SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Ob. cit.** p.553

³⁹⁰ FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p.11

³⁹¹ Artigo 3º, parágrafo 2º da Lei de Mediação. *In*: BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias...**

³⁹² Agência Câmara de Notícias. Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/115436-direitos-indisponiveis>%2C%20consulta. Acesso em 20 set. 2020.

³⁹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 13.fev.2022. Art. 852

transacional previsto no Código Civil, mas apenas reforçou a possibilidade de fazê-lo extrajudicialmente.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIX, item 2, dispõe acerca da necessidade de limitação da liberdade dos indivíduos para tanto, porém, “exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.”³⁹⁴

Por conseguinte, essa interferência estatal encontra fundamento na manutenção da democracia. Sarlet destaca a importância dos direitos fundamentais para manutenção do Estado: “constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material.”³⁹⁵

A limitação da liberdade de dispor sobre alguns direitos é medida estatal para proteção desses mesmos direitos, tendo em vista a realização de outro direito fundamental³⁹⁶, qual seja, o Estado Democrático de Direito. Trata-se, deste modo, de uma questão de segurança, pois permitir ao sujeito viver como bem entender implicaria em “permanente insegurança e guerra.”³⁹⁷ Ao fazer menção ao posicionamento de Eucken, Maliska esclarece que abdicar da liberdade natural é garantir a proteção da liberdade em si.³⁹⁸

Soma-se a essa concepção o Contrato Social de Rousseau, que apresenta o conceito de liberdade civil limitada pela vontade geral³⁹⁹. Essa proposta ganha maior proporção e validade na medida em que sua natureza reforça a própria democracia. Nas palavras de Maliska, “A conformidade da ordem à vontade da maioria é o objetivo da organização democrática.”⁴⁰⁰ Para reforçar esse pensamento, segundo Bobbio, “sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem

³⁹⁴ Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acessado em 20 set. 2020.

³⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p.46

³⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2010. 2. ed. p.169-170

³⁹⁷ MALISKA, Marcos Augusto. “O Estado Moderno”. *In. Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional*. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität). p.14-55

³⁹⁸ Ibidem. p.19

³⁹⁹ Ibidem. p. 22

⁴⁰⁰ Ibidem. p. 46

democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos”⁴⁰¹.

Depreende-se, assim, que a interferência estatal nas relações particulares é necessária para garantir a harmonia social, a segurança jurídica, bem como uma forma de manutenção dos direitos fundamentais, inerentes ao Estado Democrático de Direito, inclusive para promoção da paz. Muito embora a questão em torno do conceito exato dos direitos fundamentais careça de resposta, sua banalização não é recente⁴⁰², e merece especial atenção justamente para fortalecimento e identidade. Todavia, diante dos limites do estudo proposto, mais importante do que conceituá-los é identificar a melhor forma de harmonizar a garantia de liberdade com a intervenção estatal, mediante identificação de prioridades e valores. Para tanto, é essencial reforçar, como clarifica Sarlet, que a dignidade humana é o maior dos princípios⁴⁰³. Dignidade humana e liberdade caminham juntas, porquanto a liberdade individual merece ser estudada como meio de emancipação e independência, sem prejuízo do preceito mencionado.

Conforme apresentado no capítulo anterior, uma das principais características da mediação é a emancipação promovida aos envolvidos. Nesse caso, o sentido não é jurídico, mas social, na medida que educa e encoraja as partes a comporem conjuntamente a mais apropriada forma de dissolver o dilema em que se encontram. Isso se dá por meio da promoção do diálogo, especialmente relevante nas relações familiares, tendo em vista a continuidade das relações e sua relevância como núcleo da sociedade.⁴⁰⁴ Surge, então, uma verdadeira contradição, pois neste terreno fértil para a mediação – a família – estão os direitos indisponíveis que, em grande parte, exigem a presença do Ministério Público e homologação judicial⁴⁰⁵. Tais exigências se justificam especialmente pelo envolvimento de crianças e adolescentes, que não possuem autonomia para falar por si.

De um modo geral, os conflitos familiares envolvendo menores discutirão questões relativas a guarda, alimentos, e convivência, cujas tomadas de decisão, em

⁴⁰¹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 7.

⁴⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.34

⁴⁰³ Ibidem. p.35

⁴⁰⁴ SIX, Jean-François. **Ob. cit.** p. 58.

⁴⁰⁵ Art. 3º, § 2º, Lei de Mediação. *In*: BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias...**

tese, não poderiam prejudicar os envolvidos. Entretanto, o desafio de equilibrar o público e o particular ficou evidente quando o Superior Tribunal de Justiça admitiu que os termos de um acordo fossem modificados quando de sua homologação, para majorar o valor dos alimentos de R\$ 50,00 para R\$ 100,00 mensais, mantendo-se os demais termos⁴⁰⁶, por liberalidade do juiz de primeira instância, contrariando o interesse de ambos os pais que firmaram o termo.

Em que pese a aparência irrisória dos valores, certamente sua fixação correspondia à realidade dos envolvidos, e não a do juízo. Majorá-los coercitivamente pode ser medida inócua, tendo em vista que o mais provável é que seja ignorada por quem recebe os R\$ 50,00 (e se satisfaz), ou inexecutível, por incapacidade financeira de quem paga.

A problemática da situação não está resumida ao interesse e à possibilidade dos envolvidos, mas se estende à complexidade dos demais elementos considerados pelas partes para entabularem um acordo. Inclusive, em outra ocasião submetida ao STJ, foi homologado acordo com modificações apresentadas por apenas uma das partes envolvendo a guarda de menor, ainda que não houvesse manifestação do outro responsável. Eis parte da fundamentação do acórdão:

o acordo estabelecido e subscrito pelos cônjuges no tocante ao regime de guarda, de visita e de alimentos em relação ao filho menor do casal assume o viés de mera proposição submetida ao Poder Judiciário, que haverá de sopesar outros interesses, em especial, o preponderante direito da criança, podendo, ao final, homologar ou não os seus termos. Em se tratando, pois, de mera proposição ao Poder Judiciário, qualquer das partes, caso anteveja alguma razão para se afastar das disposições inicialmente postas, pode, unilateralmente, se retratar.⁴⁰⁷

Por outro lado, no mesmo caso, o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva apresentou seu voto-vencido no sentido de que a homologação de uma transação nesses termos significaria “impor uma transação a fórceps, com manifesto desequilíbrio entre as partes, violação da autonomia da vontade por não observância da consensualidade e ofensa ao princípio da paridade de armas”. No seu voto, o Ministro acrescenta que:

⁴⁰⁶ “A percepção de alimentos configura direito indisponível e irrenunciável dos filhos, desautorizando renúncia ou transação dos genitores que possam prejudicá-los. Cabe ao juiz da causa avaliar a regularidade do ato e o seu alcance, antes de homologá-lo, avaliando se ele prejudica os interesses dos incapazes envolvidos no feito.” *In*: Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no Recurso Especial **1391790/TO**. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

⁴⁰⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial **1756100/DF**. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

Por fim, entender de modo diverso seria admitir que a transação se subordina à vontade de apenas uma das partes, o que é contrário à própria natureza do negócio jurídico em si, que deve ser interpretado de forma restritiva, porquanto negócio benéfico que limita intencionalmente os direitos obrigacionais dos envolvidos justamente para prevenir ou findar controvérsias. Resulta latente dos autos que não há como se impor parcela do acordo em feito judicial já instaurado e com notória litigiosidade.⁴⁰⁸

A questão, portanto, permanece em torno do melhor interesse do menor, sem ignorar a presença de divergência sobre qual seria a melhor forma de protegê-lo. Considerando-se a hipótese desse mesmo acordo não se submeter ao crivo judicial, as partes estariam obrigadas a retomar o diálogo e adequar a situação à modificação sofrida, sem o prejuízo da espera e a submissão a imposição de terceiro alheio às suas necessidades - o judiciário – cuja fragilidade é confirmada pela própria divergência apresentada.

Por outro lado, há “responsáveis” legais capazes de prejudicar seus filhos, colocando-os aquém de seus interesses egoísticos, físicos ou emocionais, utilizando-se dos menores como moeda de troca em determinada negociação, ou mesmo abusando literalmente para obtenção de prazeres que deturpam qualquer ideia de proteção e responsabilidade⁴⁰⁹. Ainda que não sejam regra, a gravidade das exceções certamente justificaria uma intervenção estatal para evitá-la. Todavia, essa atuação do estado não corresponde ao evitamento de sua ocorrência, posto que a presença do Ministério Público e a homologação judicial de um acordo - por preencher as exigências legais e constitucionais - infelizmente, não afastam a possibilidade de usurpações da infância e da adolescência daqueles que mais deveriam estar protegidos.

A questão que se apresenta, então, é se o remédio (Estado) é eficaz e necessário no formato legal existente, ou se é pior que a “doença”, verificada na incapacidade (igualmente questionável) dos sujeitos de resolverem de forma equilibrada seus próprios conflitos.⁴¹⁰

⁴⁰⁸ Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no Recurso Especial **1756100/DF**. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

⁴⁰⁹ GOVERNO FEDERAL. **Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes**. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes>. Acesso em 21 set. 2020

⁴¹⁰ KOZICKI, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011. p. 12

A proposta é repensar a relevância do princípio da liberdade individual frente a intervenção estatal para garantia de paz social, justiça e democracia. Até porque, a aparente incompatibilidade, em verdade, depende da harmonização e do adequado sopesamento dos elementos, pois não são excludentes, mas se somam, se fortalecem, e são indispensáveis. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade: “os direitos fundamentais são pressupostos elementares (...) tanto para o indivíduo como para a comunidade: o indivíduo só é livre e digno numa comunidade livre”.⁴¹¹

A liberdade pode ser concebida sob diversos pontos de vista. No contexto jurídico, apresenta-se como garantia constitucional. Ao tratar do assunto, Sanchis faz menção ao Tribunal Constitucional Alemão, que protege o livre desenvolvimento da personalidade, limitando-o, porém, aos direitos dos outros, a ordem constitucional e a moral.⁴¹² Essa disposição legal representa a liberdade no Brasil também, na medida em que expressamente traz exceções ao livre dispor sobre si.

Para Locke, a liberdade estaria limitada à lei da natureza, sendo que os sujeitos poderiam agir “sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer outro homem”⁴¹³. Kant, por outro lado, dissocia liberdade de lei natural, ao afirmar que agir para atender à própria fome, por exemplo, seria apenas obedecer a uma necessidade, pois a verdadeira autonomia implicaria em agir conforme lei que o sujeito impõe a si.⁴¹⁴ O filósofo alemão entende, ainda, que há uma intrínseca relação entre liberdade e justiça, o que se apresenta um tanto pertinente para o presente estudo, uma vez que a liberdade de dispor de seus próprios direitos independentemente de aval do Estado tem íntima conexão com o conceito de justiça.

Mill ressalta a soberania que o indivíduo tem sobre seu “corpo e sua própria mente”⁴¹⁵, respondendo perante a sociedade apenas no que concerne aos outros, sujeitando-se a “quaisquer consequências que daí resultem: (...), mesmo que considerem a nossa conduta tola, perversa ou incorreta. (...), partindo-se do princípio de que as pessoas que compõem o grupo são maiores de idade e não foram forçadas,

⁴¹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Ob. cit.** p. 108

⁴¹² SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003. Cap.5

⁴¹³ LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 382.

⁴¹⁴ SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019, p.141

⁴¹⁵ MILL. John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>. Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. p.26

ou enganadas.”⁴¹⁶ O sujeito de direito é livre para dispor sobre si e firmar acordos, desde que não prejudique terceiros ou atinja os preceitos do Estado Democrático do Direito.

As técnicas envolvidas⁴¹⁷ somadas aos resultados positivos indicados pelo Conselho Nacional de Justiça⁴¹⁸ sinalizam e reforçam a eficiência da mediação na resolução de conflitos. Premente destacar especialmente a relação estabelecida entre mediação e democracia, sendo uma forma de concretização desta. Pozzatti Junior e Kendra ressaltam que a mediação pode ser “a melhor forma de realização da autonomia/emancipação, democracia e cidadania. Isto, na medida em que educa, facilita e ajuda a produzir diferenças e a realizar tomadas de decisões sem a intervenção de terceiros”⁴¹⁹. Na mesma obra, os mesmos autores acrescentam que “o que se propõe é que pacifique sem decidir, e não decidir sem pacificar”.⁴²⁰

5.3 MEDIAÇÃO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Até então, o presente estudo abordou a mediação de conflitos especialmente sob o ponto de vista do acesso à justiça. O Estado Democrático de Direito, entretanto, foi abordado apenas superficialmente, muito embora seja extremamente necessário aferir se a mediação se encontra alinhada a esse princípio constitucional. Para tanto, pesquisaram-se seus propósitos e conceitos mais atuais.

“A ‘Constituição Cidadã’ inaugurou uma nova ordem de valores, tendo a dignidade da pessoa humana como fundamento de validade do Ordenamento Jurídico”, cuja efetividade passou a depender da participação popular⁴²¹. De acordo com Moraes, garantias e meios concretos de democratização da solução de conflitos são princípios basilares do Estado Democrático de Direito, desde que “não desvirtuem os ideais de verdade e justiça social do processo”⁴²². Por um lado, a Mediação conta com potencial de democratização da Justiça, a reforçar sua natureza constitucional e, por outro, sua utilização inadequada prejudica o sistema como um todo.

⁴¹⁶ Ibidem. p.28

⁴¹⁷ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Ob. cit.** p.149-210.

⁴¹⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020: ano-base 2019**. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

⁴¹⁹ POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. **Ob. cit.** p.28-29.

⁴²⁰ Ibidem. p.30

⁴²¹ OLIVEIRA, Marcello. PONTES, Mariana Veras Lopes. PELAJO, Samantha. **Ob. cit.** p. 289.

⁴²² MORAIS, José Luis Bolzan de. SILVEIRA, Anarita Araújo da. **Outras formas...** p. 76.

Clève afirma acertadamente que “o que vemos muitas vezes entre os juristas alternativos é um desenvolver desenfreado de postulados jurídicos voluntaristas e subjetivistas despidos de rigor metodológico ou teórico”⁴²³, não obstante seja responsável “pela criação (reconstrução) da ordem jurídica que cai se operar a partir dos dados emancipatórios inscritos na Constituição”⁴²⁴.

Esse redesenho do sistema é indispensável, inclusive para viabilizar a superação dos paradigmas apresentados no primeiro capítulo, nos quais “O direito é tradicionalmente encarado como uma ciência da estática, da estabilização as relações humanas. Julga, quando utiliza de padrões tradicionais, uma situação passada”⁴²⁵. No Estado Constitucional, entretanto, a jurisdição ultrapassa a mera aplicação das leis, tendo em vista que, “depois de compreender os casos concretos a partir dos valores constitucionais da sociedade, deve dimensionar a lei com base nos princípios constitucionais de justiça e nos direitos fundamentais”⁴²⁶.

As críticas apresentadas ao longo desse capítulo, portanto, não devem ser ignoradas. A maioria delas tem alguma relação com o conservadorismo, mas todas “precisam ser absorvidas para que os paradigmas jurídicos se desenvolvam”⁴²⁷. Clève apresenta três exigências para tanto:

“É possível construir uma dogmática não positivista e não dogmatista. Essa construção deve ser encarada como um desafio para os juristas alternativos. (...) A construção de uma dogmática jurídica alternativa, potencializadora dos valores libertários e igualitários condensados no corpo constitucional, exige (1) uma ética da responsabilidade, (2) uma política da criatividade e, mais do que isso, (3) um compromisso ideológico definido, portanto, uma crítica da neutralidade”. (53)

Responsabilidade, criatividade e ideologia são os elementos mínimos necessários para adequação da Constituição com a realidade, com quem inevitavelmente se comunica, sem a necessária “alteração formal do seu texto”. “Encontra-se aqui a válvula de oxigenação de todo o direito positivo e o canal legitimador da atuação do jurista criador e criativo”⁴²⁸.

⁴²³ CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). *In*: Carlos Henrique de Carvalho Filho (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53. p. 47

⁴²⁴ *Ibidem*. p. 49

⁴²⁵ ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de. **Ob. cit.** p. 720

⁴²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Ob. cit.** E-book.

⁴²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo...** p. 47

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 51

6 CONCLUSÃO

As relações humanas são e serão altamente complexas, porquanto a presença do Estado se faz indispensável para manutenção da paz – ou pelo menos da não instalação do caos absoluto, o que somente é possível por meio do ordenamento básico a ser respeitado, composto por aquelas regras de convivência equilibrada entre direito de um e de outro, entre o público e o privado, de maneira a evitar um colapso entre os interesses individuais e coletivos. Por outro lado, essa mesma complexidade impede que as relações e interesses sejam semelhantes umas às outras, e essas individualidades de cada uma delas não pode ser acolhida de maneira integral e suficiente por um único ente – o Estado.

Essa dicotomia encontra-se fortemente arraigada na cultura brasileira de forma inconsciente e paradigmática, pois não há questionamento acerca de como fazer diferente. Não é que o desequilíbrio seja desejável, mas a utopia da isonomia perfeita precisa ser aceita e repensadas novas maneiras para reduzir as diferenças e contradições inevitáveis. Alguns pensamentos coletivos passam despercebidos pois sua solidez leva os sujeitos a aceitarem como certo e imutável aquilo que sempre foi tal como o é. Entretanto, o sistema demonstra-se insuficiente para atender às demandas sociais cuja pluralidade exige uma nova postura, especialmente em relação à forma de solução de disputas.

Ao longo da presente pesquisa foram identificados alguns paradigmas e a necessidade de sua superação por não estarem mais alinhados à realidade – as propostas atuais de gestão de conflitos estão ultrapassadas, e não comportam as formas de vida e a velocidade de transformação nas relações. Foi verificada a presença de um pensamento heterocompositivo paternalista litigioso, que corresponde à presunção de que todo conflito deve ser resolvido por um terceiro superior de forma beligerante.

Os elementos encontrados em torno desse paradigma demonstram a força com que está sedimentado na sociedade, assim como, algumas razões que fundamentam a sua necessária quebra. A confusão entre legalidade, justiça, e acesso ao Judiciário apresentam-se como uma realidade equivocada, embora evidentemente existente. Ao lado dela, a ideia de que conflito e litígio se confundem, como se fossem sempre negativos, correspondentes a uma guerra na qual deveria haver um perdedor para que o outro seja considerado vencedor.

Uma sociedade plural em tantas esferas, cada dia mais polarizada em razão das liberdades individuais, demanda uma estrutura com ela compatível, inserida em um Estado cujo papel ultrapassa a resolução de divergências privadas. Não é que o Judiciário seja dispensável, mas, conforme visto, a pacificação social não é promovida apenas pela adjudicação, mas também pela emancipação dos sujeitos para que sejam independentes e pacíficos. O próprio conceito de justiça há de ser compreendido como pessoal, temporal e cultural para fins de aferição efetiva da qualidade da resolução de disputas, ou corre-se o risco de retroalimentar aquele paradigma no qual se confunde o justo com o legal, e considera a heterocomposição como única alternativa.

Após identificar e esclarecer alguns elementos do paradigma beligerante heterocompositivo, a pesquisa buscou formas de superá-lo por meio do Tribunal (ou Sistema) Multiportas, cuja natureza parte do pressuposto de que são várias as opções disponíveis para solução de contendas, sem prejuízo do desenvolvimento de outras, ainda não construídas. Verificou-se que há formas alternativas ao Judiciário, adequadas para cada tipo de conflito, que melhor atenda ao perfil dos envolvidos e da relação entre eles. Das portas mais conhecidas, foram identificados o Judiciário e a Arbitragem na heterocomposição, enquanto a autocomposição oferece a Negociação, a Conciliação, a Mediação, e as Práticas Colaborativas.

A principal diferença entre os métodos é a participação e influência (ou ausência) de terceiro(s) no curso do processo e na tomada de decisão. A gama de possibilidades e especificidades reforçou que o Judiciário deveria figurar como última alternativa após descartadas as demais. Esse método não é ruim ou pior, mas os outros oferecem benefícios individuais e sociais que devem ser considerados, inclusive para estimular a postura pacificadora-constructiva-emancipadora, e colocar fim no conflito como um todo, não apenas no litígio judicializado por meio da limitada petição inicial e seus pedidos. Por outro lado, a pesquisa trouxe à tona o papel do Judiciário enquanto poder estatal, e sua inafastabilidade em determinados momentos.

Enquanto foco do presente trabalho, a mediação foi explorada mais a fundo, especialmente porque considerada por muitos como alternativa primeira e mais completa, além do crescente espaço legal e processual que tem conquistado nos últimos anos no ordenamento jurídico brasileiro. Inclusive, foram levantadas as determinações legais mais relevantes, juntamente com os princípios que lhe são mais

importantes, bem como, foram apresentadas as formas mais comuns de sua utilização, além dos limites e potenciais no âmbito internacional.

Se o estudo terminasse por aqui, a conclusão seria a mesma alcançada pela maioria da doutrina, qual seja, a certeza de que a mediação é disparadamente a melhor e mais completa alternativa para solução adequada dos conflitos. Entretanto, o propósito aqui não é defender um ponto de vista, mas aferir a compatibilidade integral do instituto com os preceitos constitucionais brasileiros em torno da solução de conflitos e da pacificação social. Inevitável, portanto, levantar as principais críticas e desafios enfrentados pelo instituto, para então aferir a possibilidade de adequação ao sistema no qual está inserida.

Um dos maiores desafios verificados se encontra na forma como a mediação tem sido conduzida dentro do Judiciário, especialmente como fase obrigatória do processo civil, pois se apresenta limitada a estrutura de um ente cujo propósito e objetivo não é promover o diálogo construtivo, mas decidir disputas nas quais ele não foi frutífero. Como uma etapa do processo, a qualidade da mediação é influenciada pelo andamento do feito, e a recíproca é igualmente verdadeira, porquanto a natureza daquela é forçosamente modificada para se adequar a uma realidade desenhada originalmente para o litígio e para a formalidade inerentes ao processo civil, e radicalmente contrárias ao método autocompositivo.

Outras fragilidades identificadas na Mediação ultrapassam sua má-aplicação, e tocam as consequências disso, tais como, o desequilíbrio entre as partes – que influenciarão a tomada de decisões; a ausência de consentimento legítimo dos representados em algumas negociações – especialmente nos casos coletivos; a inevitável influência das emoções na condução do diálogo; os reflexos sociais eventualmente necessários que somente podem advir da adjudicação (e seriam obstaculizados por um acordo); a necessidade de homologação judicial quando direitos indisponíveis compõem o acordo; e a relação da mediação com o Estado Democrático de Direito.

A maioria desses questionamentos surge da presunção de afastamento do Estado como fiscalizador do processo e promotor de equilíbrio entre as partes. Sua ausência, ainda, implicaria na falta de alguém que proteja o sujeito de si – tal como ocorre no mito de Ulisses e a tentação do canto das sereias. Por outro lado, conforme visto, a mera inserção da mediação no processo civil não é suficiente para sanar essa necessidade de cuidado e proteção, ao menos sem prejuízo da natureza do meio.

Além disso, a inclusão da mediação no Judiciário alimenta o paradigma dependente e paternalista, já inserido no contexto beligerante, ou seja, não resolve.

Ao longo do trabalho, contudo, foram identificados agentes de extrema riqueza para superação dos desafios identificados: o advogado, a pré-mediação, e o mediador. Tão logo instalado o conflito, os advogados são os primeiros a ser procurados, em regra, cabendo-lhes apresentar as opções à parte, e identificar a melhor alternativa do Tribunal Multiportas para atender aos seus interesses, sem prejuízo de revisão a qualquer momento. Isso porque, o sucesso da mediação está intimamente conectado à intenção das partes em construir juntas uma solução para o problema, além de um forte e consciente suporte jurídico para que possam ir ao encontro das melhores decisões.

A escolha do método, portanto, juntamente com a postura dos envolvidos – partes e advogados, demonstram-se ser essenciais para a eleição da forma mais adequada de resolução do conflito. O mediador deve, igualmente, estar atento para identificar se o meio escolhido é efetivamente o mais acertado – especialmente quando da pré-mediação. Esse é apenas o primeiro de tantos momentos nos quais a participação do mediador é essencial para manutenção da qualidade do procedimento, pois a ele caberá reduzir eventual disparidade entre as partes, e impedir que os envolvidos sejam prejudicados pelos seus sentimentos e impulsos.

Daí se depreende que a mudança do paradigma apresentado de forma integral e efetiva não parte do Estado, mas dos demais sujeitos, plenamente emancipados e emancipadores, que devem contar com preparação técnica e consciência paradigmática para tanto. Aguardar inovações legislativas para que a prática seja modificada seria verdadeira contradição à superação proposta.

A pesquisa demonstrou que a mediação apresenta potencial para findar os conflitos de forma integral, além de proporcionar aos envolvidos a participação direta no desenvolvimento de uma solução, com a consequente auto responsabilização advinda do compromisso voluntariamente assumido. Conforme visto, todavia, nem sempre esse método é o mais adequado, e a sua eleição (ou não) é fator determinante para garantir a qualidade do procedimento, e evitar que igualdade, liberdade e justiça sejam seriamente prejudicadas por sua má e exagerada utilização.

Prezar pela quantidade de acordos sem primar pela qualidade prejudica a imagem da Mediação e reforça o paradigma já superado na demanda social, porém tão enraizado na mente daqueles que o compõem.

A utilização da mediação dentro do contexto do Judiciário – ou fora dele – é elemento de extrema importância para transformação da forma como o conflito é enfrentado atualmente. Não há dúvidas sobre os benefícios judiciais e sociais que sua utilização pode oferecer. O presente trabalho, entretanto, buscou identificar as questões que são levantadas acerca dos pontos controversos em torno do tema, sobre os quais pouco se pesquisa, de maneira a chamar especial atenção para a necessidade de admiti-los, reconhecê-los e tratá-los adequadamente, de maneira a evitar que se transformem em problemas que superem os benefícios.

Ainda há muito a pesquisar e considerar para encontrar respostas conclusivas e eficientes. A preocupação, contudo, existe e não pode ser ignorada.

REFERÊNCIAS

- ADLER, Robert. S. SILVERSTEIN, Elliot M. When David meets Goliath: ***Dealing with power differentials in negotiations***. Harvard negotiation law review. Cambridge, MA, v.5, n.1, p.103. Spring 2000
- ALMEIDA, Diogo A. Rezende de. PAIVA, Fernanda. Dinâmica da Mediação: atores. *In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.*
- ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A Teoria dos Jogos: Uma fundamentação Teórica dos Métodos de Resolução de Disputa. *In: AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003.*
- ALMEIDA NETO, Joaquim Domingos de. A mediação no contexto judiciário e os meios adequados de resolução de disputas. *In: ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.*
- ALMEIDA, Tânia. **Caixa de Ferramentas em Mediação**: Aportes práticos e teóricos. Dash Editora: São Paulo, 2014.
- ALVIM, Teresa Arruda. DANTAS, Bruno. **Recurso especial, recurso extraordinário e a nova função dos tribunais superiores precedentes no direito brasileiro**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thompson Reuters Brasil, 2019.
- ALVIM, Teresa Arruda. Litigiosidade, uma realidade cultural difícil de mudar. Entrevista concedida a Ordem dos Advogados do Brasil – Paraná. **Revista da Ordem** n.º 80, p.7, mai. 2021.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5. ed. Almedina: Coimbra, 2012
- ARAÚJO, Carla. BADDAUY, Leticia. **Brasil assina a Convenção de Singapura: o que o agronegócio brasileiro tem a ganhar?** 22 de junho de 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347448/brasil-assina-a-convencao-de-singapuramediação>. Acessado em 13 set. 2021.

ARAUJO, Luis Alberto Gómez. Os mecanismos alternativos de solução de conflitos como ferramentas na busca da paz. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais**: Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ARGENTINA. Ley 24.573, de 25 de outubro de 1995. ***Sustitúyese con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio. Disposiciones Generales. Procedimiento. Registro de Mediadores. Causales de Excusación y Recusación. Comisión de Selección y Contralor. Retribución del Mediador. Fondo de Financiamiento. Honorarios de los Letrados de las Partes. Cláusulas Transitorias. Modificaciones al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.*** Disponível em: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/29037/norma.htm>. Acesso em: 21 fev. 2022.

ATAIDE JUNIOR, Vicente de Paula. O devido processo legal. *In* CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de Mediação Judicial**. Brasília Poder Judiciário e Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Brasília, 2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BETANCOURT, Félix. *La justicia y el fundamento intrínseco del derecho*. *In*: **Revista de la Universidad de Antioquia**. Medellín – Colômbia: n.53-54, Ago.Set., 1942.

BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin. RIBEIRO, Suzane de França. MUNIZ, Tânia Lobo. A legitimação do dispute board como meio alternativo de resolução de conflitos na ordem jurídica brasileira pelo Superior Tribunal de Justiça. (p.127-145). *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão De Conflitos – Uma Abordagem Global Dos Mecanismos De Resolução De Disputas**. Londrina: Engenho das Letras, 2020. 124

BEZERRA, Paulo Cesar dos Santos. **Acesso à justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 1. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Traduzido por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, os conflitos e a mediação. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

BRASIL. **Constituição (1946) Constituição** dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 1946.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1998. Artigos 54-A e seguintes. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm. Acessado em 13.fev.2022.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. **Dispõe sobre a arbitragem**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acessado em 13.fev.2022.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm. Acessado em 13.fev.2022.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 21 fev. 2022

BRASIL. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 21 fev. 2022.

BRASIL. **Ministério da Economia**. Nota Técnica emitida no Processo nº 10099.100646/2020-50. Disponível em: https://sei.economia.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em 16 set. 2020.

BRIGIDA, Elizabeth. ARAÚJO, Inês Guilhon de. JACOB, Wanderley José. Diferentes Modelos: mediação narrativa. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

BUSH, Robert A. FOLGER, Joseph P. ***The promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition***. 1. ed. San Francisco: Jossey-Bass, 1994

CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos conflitos e direito de família**. Curitiba: Juruá, 2005.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

CÂMPERA, Francisco. **Vale, exemplo mundial de incompetência e descaso**. *In*: El País online. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/01/27/opinion/1548547908_087976.html. Acesso em: 21 fev. 2022.

CASE NO. 2008/25274. *In* The South Gauteng High Court, Johannesburg (Republic of South Africa). Disponível em <http://www.saflii.org/za/cases/ZAGPJHC/2009/76.html>. Acessado em 08.fev.2022

CHIESI FILHO, Humberto. **Um Novo Paradigma de Acesso à Justiça**: autocomposição como método de solução de controvérsias e caracterização do interesse processual. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2000.

CLÉVE, Clèmerson Clève. Ações Afirmativas, Justiça e Igualdade. *In*: CLÉVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. LORENZETTO, Bruno Meneses. Jurisdição constitucional e paternalismo: reflexões sobre a Lei da ficha limpa. *In* **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de PósGraduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.9, n.1, 1º quadrimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória). *In*: Carlos Henrique de Carvalho Filho. (Org.). **Uma vida dedicada ao Direito. Homenagem a Carlos Henrique de Carvalho**. O editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 34-53.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Teorias Interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 19, n. 19, p. 131-168, jan./jun. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em Números 2020**: ano-base 2019. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-v2-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

COOLEY, John W. **A Advocacia na Mediação**. Tradução de: René Loncan. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

COSTA, Izabella Affonso; BELLINETTI, Luiz Fernando; NOBLE, Rafaela de Almeida. A evolução da mediação no Brasil e questões polêmicas na lei de mediação e no Código de Processo Civil. (p.61-86) *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão de Conflitos** – Uma abordagem global dos mecanismos de resolução de disputas. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

COSTA, Patricia Ayub; MUNIZ, Tânia Lobo. Sistema Multiportas: efetividade e possibilidade das políticas de gestão de conflitos no Brasil. (p.149-165) *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão de Conflitos** – Uma Abordagem Global dos Mecanismos de Resolução de Disputas. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

CRESPO, Maria Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei através da participação do cidadão. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO,

Maria Hernandez (Orgs.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. P. 39-85. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

DELGADO, José. Et al. **Mediação: um projeto inovador**. Brasília: Centro de Estudos Judiciários, CJF, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

DOTTI, Rogéria Fagundes. Garantias constitucionais processuais: devido processo legal substantivo e formalismo excessivo. *In*: **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 3. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FALECK, Diego. **Manual de Design de Sistemas de Disputas**: criação de estratégias e processos eficazes para tratar conflitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

FARIA, José Eduardo. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FENSTERDEIFER, Shana Serrão. O Direito-Garantia Fundamental à Tutela Jurisdicional Efetiva na Perspectiva Constitucional e o Caso Problemática da Sentença sem eficácia imediata *ope legis* que tutela direito em risco de dano ou perecimento. *In*: STRAPAZZON, Carlos Luiz. GOMES, Eduardo Biancchi, SARLET, Ingo Wolfgang. **Coleção Direitos Fundamentais e Sociais na Visão Constitucional Brasileira**. Tomo I. Produção Científica dos mestrados Unibrasil, Unoesc e PUCRS. Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

FERRAZ, Leslie Shériida. **Acesso à Justiça**: Uma análise dos Juizados Especiais Cíveis no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

FISCHER, Roger. SHAPIRO, Daniel. **Além da razão**. Tradução de Igor Farias. Rio de Janeiro: Alta books, 2019.

FISCHER, Roger. URY, William. **Como chegar ao sim**: negociar acordos sem fazer concessões. Tradução de Ricardo Vasques Vieira. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FISS, Owen. **The Law as it Could Be**. NYU Press. Edição do Kindle.

FISS, Owen. *Against Settlement*. In: **The Yale Law Journal**. Vol.93. n.6. Yale: Yale L. J., 1984.

FORTE, Raquel Moreno. Breve análise dos princípios que regem o instituto da mediação. In: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão de Conflitos – Uma Abordagem Global Dos Mecanismos De Resolução De Disputas**. Londrina: Engenho das Letras, 2020.

FRAGA, Beatriz Bezerra de Menezes Monnerat. MOSQUÉRA, Gloria Maria Dias. MEYER, Monica Corrêa (*in memoriam*). Alguns aportes da psicologia, antropologia e sociologia para a mediação de conflitos. In: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016

FREIRE, Ana Cristina. Convenção de Singapura pode ampliar portas comerciais para o Brasil. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2 de julho de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-02/ana-cristina-freire-brasil-convencao-cingapura>. Acessado em 13 set. 2021.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Novo CPC: vale apostar na conciliação/mediação?** 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/01/26/cpc-vale-apostar-na-conciliacao-mediacao/>. Acesso em: 20. fev.2022

GALANO, Mônica Haydee. Mediação – uma nova mentalidade. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999.

GOODHART, Arthur L. **Determining the ratio decidendi of a case**. Yale Law Journal, Yale, p.161- 183, dez. 1930.

GOVERNO FEDERAL. **Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes**. Disponível em <https://www.gov.br/mdh/pt->

br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes. Acesso em 21 set. 2020

HÄBERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Tradução do alemão por Marcos Augusto Maliska e Elisete Antoniuk. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

HAI DT, Jonathan. “A psicologia moral e o Direito: como as instituições direcionam o raciocínio, o julgamento e a busca por evidências” *In*: NOJIRI, Sérgio (org.). **O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. Appris: Curitiba, 2019.

ISOLDI, Ana Luzia. Diferentes Modelos: manejo da linguagem e pertinência dos estilos na mediação. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

JONATHAN, Eva. AMERICANO, Naura dos Santos. Diferentes Modelos: Mediação Transformativa. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

JONATHAN, Eva. PELAJO, Samantha. Diferentes Modelos: Mediação Linear (Harvard) *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. Nota 260

KEPPEN, Luiz Fernando Tomasi. MARTINS, Nadia Bevilaqua. **Introdução à Resolução Alternativa de Conflitos**: negociação, mediação, levantamento de fatos, avaliação técnica independente... Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2009.

KOZICKI, Robert. **Anarquia, Estado e Utopia**. Tradução de Fernando Santos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

LIEBMAN, Enrico Tullio. “O despacho saneador e o julgamento do mérito”, *In*: no vol. **Estudos sobre o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro, 1976

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. Tradução de Julio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LÓPEZ, Armando Bravo. *La problemática de la justicia*. *In*: **Revista de la Universidad de San Carlos**. Guatemala: n.34, Jul/Set., 1955.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MAIA, Andrea. BIANCHI, Angela Andrade. GARCEZ, José Maria Rossani. Origens e Norteadores da Mediação de Conflitos. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

MAGALHÃES, José Luiz Quadro de. A Constituição de 1988 e a Construção de um novo constitucionalismo democrático na América Latina *In* CLÉVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre. (Coord.) **Direitos Fundamentais e Jurisdição Constitucional**: análise crítica e contribuições. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MALISKA, Marcos Augusto. **A cooperação internacional para os direitos humanos**. Entre o direito constitucional e o direito internacional. Desafios ao estado constitucional cooperativo. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/marcos_augusto_maliska.pdf. Acessado em 12 set. 2021.

MALISKA, Marcos Augusto. **Fundamentos da Constituição**. Abertura. Cooperação. Integração. Curitiba: Juruá, 2013.

MALISKA, Marcos Augusto. O Estado Moderno. *In*. **Os Desafios do Estado Moderno**. Federalismo e Integração Regional. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität).

MALISKA, Marcos Augusto. SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Entre o pesado estado autárquico e o indiferente estado mínimo. Reflexões sobre o estado constitucional cooperativo a partir de um caso concreto. *In*: **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia**. v. 20 n. 20 (2016).

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. Ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARIANI, Felipe Augusto Pinto. PRADO, Thaysa. OLIVEIRA, Ricardo Augusto de. A distinção necessária entre Judicialização e Ativismo Judicial. *In*: **Direito e Ciência na Contemporaneidade**. Vol. 1. Anais do Evento de Iniciação Científica da Unibrasil. IX Evinci 2014. Coletânea de Artigos Científicos. Eduardo Biacchi Gomes e Alexandre Godoy Mota (Org.). Conselho Editorial anexo. Curitiba: Instituto Memória, 2014.

MARIGHETTO, Andrea. A convenção da ONU e a importância da resolução amigável de conflitos. *In: Revista Consultor Jurídico*, 25 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-25/marighetto-convencao-singapura-resolucao-amigavel-conflitos>. Acessado em 12 set. 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo curso de processo civil**. 3. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. E-book.

MASON, Paul Eric. ***The Singapore Convention and its Benefits for Brazil***. Disponível em <https://imimmediation.org/2020/02/27/the-singapore-convention-and-its-benefits-for-brazil/>. Acessado em 12 set. 2021.

MICHELON, Regina Maria Coelho. A mediação dos conflitos trabalhistas. *In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

MIKLOS, Jorge; MIKLOS, Sophia. **Mediação de Conflitos**. Expressa Érica. Edição do Kindle.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. Tradução de Pedro Madeira. Ed. especial. Conversão para e-book: Celina Faria e Leandro B. Liporage. Disponível em <https://efabiopablo.files.wordpress.com/2017/02/sobre-a-liberdade-col-saraiva-de-bolso.pdf>. Acessado em 21 set. 2020. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011.

MORAIS, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: Alternativas à jurisdição**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

MORAIS, José Luis Bolzan de. SILVEIRA, Anarita Araújo da. Outras formas de dizer o direito. *In: WARAT, Luis Alberto (Org.). Em nome do acordo*. Argentina: Angra Impresiones, 1998. p. 82

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários para a educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. Revisão técnica: Edgard de Assis Carvalho. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez, 2011. p. 25

MUNIZ, Petronio R. G. **A mediação e a Arbitragem no Brasil**. Uma abordagem perspectiva. *In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). Mediação: métodos de resolução de controvérsias*. São Paulo: LTr, 1999.

NAHMIS, Eddy. "A psicologia do livre-arbítrio" *In*: NOJIRI, Sérgio (org.). **O Direito e suas Interfaces com a Psicologia e a Neurociência**. Appris: Curitiba, 2019.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NINGELISKI, Adriane de Oliveira. **Acesso à Justiça pelos Caminhos da Mediação**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

NOGUEIRA, Octaviano. **A Constituição de 1946**. Getúlio, o sujeito culto. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

OLIVEIRA, Marcello. PONTES, Mariana Veras Lopes. PELAJO, Samantha. Regulamentação da Mediação: Fundamentos Jurídicos. *In*: ALMEIDA, Tânia. **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em 20 set. 2020.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.acerislaw.com/wp-content/uploads/2020/12/Singapore-Convention-on-Mediation.pdf>. Acesso em 13 set. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/sustainable-development-goals.html>. Acesso em 12 set. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso em 12 set. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acessado em 12 set. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas**. Disponível em: <https://uncitral.un.org/>. Acesso em 12 set. 2021.

ONU. **Organização das Nações Unidas.** Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/69/313. Acesso em 12 set. 2021.

PANTOJA, Fernanda Medina. ALMEIDA, Rafael Alves de. Os métodos 'alternativos' de solução de conflitos (ADRs) *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos: para iniciantes, praticantes e docentes.** Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

PEELAERT, Françoise; MARQUESI, Roberto Wagner; MINAMI, Sandra Regina. A Mediação no Brasil e a análise do instituto em alguns ordenamentos europeus. (p.27-60) *In*: RIBEIRO, Suzane de França; BERMEJO, Aracelli Mesquita Bandolin; MUNIZ, Tânia Lobo. (orgs.). **Gestão De Conflitos – Uma Abordagem Global Dos Mecanismos De Resolução De Disputas.** Londrina: Engenho das Letras, 2020.

PERIS, J. Henri Bouché; MENA, F. Hidalgo (Directores). **Mediación Familiar**, Tomo III. Madri: Dykinson, S.L., 2010

PINKER, Steven. **Os anjos bons da nossa natureza:** porque a violência diminuiu. Tradução de Bernardo Joffily e Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2013

POZZATTI JUNIOR, Ademar. KENDRA, Veridiana. Acesso à Justiça e Mediação: Por uma revolução democrática da prestação jurisdiciona”. *In*: **Revista Direitos Fundamentais e Democracia.** v.18 n.18 (2015), Curitiba, Centro Universitário Autônomo Unibrasil, p.14-35. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/599/439>. Acessado em 21 set. 2020

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos Precedentes e Interpretação Legislativa.** Dissertação (mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba. 2011.

REZENDE, Caroline Gaudio. Soares, SUELLEN Kercia Peris de Souza. A Mediação Como Meio De Se Promover O Acesso À Justiça E A Preservação Do Processo Justo. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. SANTANNA, Ana Carolina Squadri. SOBREIRA, Eneisa Miranda Bittencourt. PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa (Orgs.). **Mediação Judicial e Garantias Constitucionais –** Niterói: PPGSD – Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, 2013.

RODRIGUES RAMOS, VICTOR. **A Evolução da Conciliação e da Mediação no Brasil**: Influências do direito americano, principais inovações trazidas pelo CPC/2015 e análise das possíveis... Edição do Kindle.

ROSA, Alexandre Moraes da. MENDONÇA, Rafael. Sistema Único de Justiça (SUJ) x Especial Adequação da Mediação aos Conflitos Interpessoais. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

ROSENBLATT, Ana. MARTINS, André. Mediação e Transdisciplinaridade. *In*: ALMEIDA, Tânia; PELAJO, Samantha; JONATHAN, Eva (Orgs.). **Mediação de Conflitos**: para iniciantes, praticantes e docentes. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SALLES, Carlos Alberto de. **Arbitragem em Contratos Administrativos**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia constitucional y derechos fundamentales**. Trotta: Madrid, 2003. Cap.5

SANDEL, Michael J. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 26. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

SANDER, Frank; CRESPO, Maria Hernandez. Diálogo entre os professores Frank Sander e Maria Hernandez Crespo: explorando a evolução do Tribunal Multiportas. *In*: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tânia; CRESPO, Maria Hernandez (Orgs.). **Tribunal multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/10361/Tribunal%20Multiportas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2022.

SANDER, Frank E. A. GOLDBERG. Stephen B. Fitting the Forum to the Fuss: A User-friendly guide to selecting an ADR Procedure. *In*: **Negotiation Journal**, Cambridge, MA, v. 10, p.49-68, 1994.

SANDER, Frank; ROGERS, Nancy H.; COLE, Sarah Rudolph; GOLDBERG, Stephen B. **Dispute resolution: negotiation, mediation, arbitration, and other processes**. 6th Edition. New York: Wolters Kluwer Law & business, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais. Conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVEIRA, Bruna Braga da. MEGNA, Bruno Lopes. Autocomposição: Causas De Descumprimento E Execução – Um Panorama Sobre Meios Alternativos De Solução De Conflitos E O Processo De Execução No Novo Cpc. *In: Revista de Processo*. vol. 264/2017. p. 473 – 495. Fev. 2017. DTR.2016.25044.

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

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da jurisdição à mediação**. Por uma outra cultura no tratamento de conflitos. Ijuí: Unijuí, 2010.

SUNSTEIN, Cass R. THALER, Richard H. *Libertarian Paternalism is not an oxymoron*. *In The University of Chicago Law Review*. vol. 70. n. 4, 2003.

Superior Tribunal de Justiça: Agravo de Instrumento no **Recurso Especial 1391790/TO**. Julgado em 21/09/2017, publicado em 19/10/2017.

Superior Tribunal de Justiça. CUEVA, Ricardo Villas Bôas. Voto-vencido proferido no **Recurso Especial 1756100/DF**. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1756100/DF**. Julgado em 02/10/2018, publicado em 11/10/2018.

SUSSKIND, Richard. *The end of lawyers? Rethinking the nature of legal services*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

TAKAHASHI, Bruno, *et al.* **Manual de Mediação e Conciliação na Justiça Federal**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2019.

TAPIA, Graciela. ILUDAIN, Mirta. Mediação e violência familiar. *In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.)*. **Mediação: métodos de resolução de controvérsias**. São Paulo: LTr, 1999.

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

TARTUCE, Fernanda. Conciliação em juízo: o que (não) é conciliar? *In*: SALLES, Carlos Alberto de. LORENCINI, Marco Antonio Garcia Lopes. SILVA, Paulo Eduardo Alves da. (Coord). **Negociação, mediação, conciliação e arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TESLER, Pauline H. THOMPSON, PEGGY. **Divórcio Colaborativo**: a maneira revolucionária de reestruturar sua família, resolver problemas e seguir adiante. Tradução de Claudia Abraham Chueke. São Paulo: Instituto Brasileiro de Práticas Colaborativas, 2017.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VENTURI, Elton. Direito à razoável duração do processo *In*: CLÈVE, Clèmerson Merlin. (Org.). **Direito constitucional brasileiro**: volume I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação e o mediador. A justiça e outros conceitos. *In*: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação**: métodos de resolução de controvérsias. São Paulo: LTr, 1999. (49)

WARAT, Luis Alberto. Tradução de Julieta Rodrigues. Ecologia, psicanálise e mediação. *In*: WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em nome do acordo**. Argentina: Angra Impresiones, 1998.

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *In*: YARSHEL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide de (Coords.) **Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover**. São Paulo: DPJ, 2005.

WATANABE, Kazuo. Estratégia para a Solução Pacífica dos Conflitos de Interesses *In*: CURY, Augusto (org.). **Soluções Pacíficas de Conflitos**: para um Brasil moderno. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico**: fundamentos de uma nova cultura no direito. 4. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2015.