

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO ESPÍRITO SANTO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL**

BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS

**O TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS NO PROCESSO
CIVIL BRASILEIRO**

VITÓRIA

2017

BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS

**O TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes Dias.

Co-orientador: Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei.

VITÓRIA

2017

Dados Internacionais de Catalogação-na-publicação (CIP) (Biblioteca Central da Universidade Federal do Espírito Santo, ES, Brasil)

C433t Chagas, Bárbara Seccato Ruis, 1991-
O tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro / Bárbara Seccato Ruis Chagas. – 2017.
150 f.

Orientador: Ricardo Gueiros Bernardes Dias. Coorientador:
Rodrigo Reis Mazzei.
Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Universidade Federal do Espírito Santo, Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.

1. Conflito social. 2. Processo civil – Brasil. 3. Reconciliação.
I. Dias, Ricardo Gueiros Bernardes. II. Mazzei, Rodrigo. III. Universidade Federal do Espírito Santo. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas.
IV. Título.

CDU: 340

BÁRBARA SECCATO RUIS CHAGAS

**O TRATAMENTO ADEQUADO DE CONFLITOS NO PROCESSO CIVIL
BRASILEIRO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Processual, da Universidade Federal do Espírito Santo, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito, na linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais.

Aprovada em 24 de maio de 2017.

COMISSÃO EXAMINADORA

**Prof. Dr. Ricardo Gueiros Bernardes
Dias**

Orientador

Prof. Dr. Rodrigo Reis Mazzei

Co-orientador

Prof^a. Dr^a. Adriana Pereira Campos

Universidade Federal do Espírito Santo

Prof^a. Dr^a. Fernanda Tartuce Silva

Universidade de São Paulo

AGRADECIMENTOS

Enveredar pelo percurso acadêmico representa escolha deveras árida. No trajeto, enquanto amiúdam-se as certezas, brotam ideias, esvai-se o tempo. Mas o tempo, também, amadurece os tais pensamentos, dá força e faz as questões enraizarem-se cada vez mais profundamente em busca do conhecimento. Neste ainda curto período acadêmico, alguns elementos foram essenciais para manter vivo o interesse pela pesquisa, pelo direito, e pelo processo.

A Universidade Federal do Espírito Santo – UFES, em primeiro lugar, enquanto segunda casa. Desde a graduação, até o mestrado, conviver com o micro-universo do campus permitiu compreender melhor a diversidade de pessoas e grupos que convivem na sociedade, bem como a complexidade que pode circundar problemas aparentemente simples. Acima de tudo, por nunca deixar sumir a vontade por uma educação e um ambiente acadêmico melhor, e mais diverso.

A Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), pelo incentivo à pesquisa por meio da bolsa de estudos. Aos professores doutores Ricardo Gueiros e Rodrigo Mazzei, pela orientação, bem como à professora Adriana Campos, pela contribuição na elaboração deste estudo, especialmente na banca de qualificação. Ainda, aos servidores do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual (PPGDIR), nominalmente nas pessoas de Adriele Coelho e Fernando Nascimento, pela diligência e atenção para dar o suporte necessário para o desenvolvimento das atividades acadêmicas.

Ao NEAPI, grupo de pesquisa que me permitiu enxergar o direito e o processo a partir de outra ótica, bem como me introduziu à pesquisa e à extensão acadêmica. A todos os colegas e professores que passaram pela composição do grupo, pelos debates e provocações enriquecedoras, e pelos exemplos a serem seguidos.

A minha família, por garantir todas as condições materiais e afetivas essenciais para a elaboração de um trabalho como este, e por compreenderem minhas ausências. Especialmente, por me formarem um caráter inquieto e aguerrido, e por me fazerem buscar além das respostas simples e prontas.

Aos meus amigos, nominalmente nas pessoas de Helder, Luiza, Diego e Thais, por dividirem angústias, ouvirem e debaterem dedicadamente o tema do presente trabalho. Também por lembrarem e provarem que todo processo de amadurecimento também deve ser celebrado.

A Luiza, Thais, Saulo e Daniela, por garantirem a saúde e integridade mental, mesmo nos momentos mais turbulentos.

A tantos outros que não caberiam nestas linhas, obrigada.

*"There are no panaceas; only promising avenues to explore.
And there is so much we do not know".*

*("Não há panaceias, apenas caminhos promissores para explorar.
E há tanta coisa que não sabemos.")*

Frank Sander ("Varieties of dispute processing")

RESUMO

A presente pesquisa pretende analisar a forma como o processo civil brasileiro trata os conflitos civis, para investigar, a partir do método hipotético-dedutivo, a existência, ou não, de um tratamento adequado, que, a partir de processos construtivos, seja capaz de extrair os aspectos positivos das controvérsias interpessoais. O Direito existe como regulador da sociedade, estabelecendo direitos e obrigações, a fim de garantir o convívio pacífico entre os cidadãos. Contudo, a ocorrência de conflitos é inerente à vida em comunidade, de modo que o direito também deve prever meios para tratar as tensões sociais. Esses mecanismos são estudados pelo direito processual, que, historicamente, vinculou a função pacificadora quase exclusivamente ao Poder Judiciário. A análise do funcionamento judicial, a seu turno, permite verificar que, diante do abarrotamento de causas, atrelado a uma lógica combativa, o processo judiciário tem mais agravado os conflitos do que solucionado. Nesse contexto, iluminado pela Constituição Federal de 1988, o processo civil passa por reformulações, que culminaram na promulgação do Código de 2015. Neste, a ressignificação do acesso à justiça, a participação e a adequação do processo figuram como fundamentos das normas processuais. Em paralelo, tem-se a elaboração de um microssistema de tratamento adequado de conflitos, composto por normas que disciplinam os principais mecanismos chamados “alternativos” de solução de conflitos, quais sejam, predominantemente no ordenamento pátrio, a arbitragem, a mediação e a conciliação. Assim, a proposta de tratamento de conflitos civis implica em conjugar as ferramentas disponíveis no ordenamento jurídico, a fim de arquitetar a estratégia mais adequada para as partes, em relação a seus respectivos conflitos. Para tanto, imprescindível o estudo pormenorizado das técnicas de tratamento de conflitos disponíveis, bem como a paulatina reformulação da cultura dos atores processuais, para que, enfim, o Direito seja capaz de cumprir o objetivo da paz social.

PALAVRAS-CHAVE: Tratamento de conflitos civis. Pacificação. Colaboração. Mecanismos de solução de conflitos. Processo civil.

ABSTRACT

The present research intends to analyze the way the Brazilian civil procedure treats civil conflicts, to investigate, from the hypothetic-deductive method, the existence, or not, of an adequate treatment, that, from constructive processes, is able to extract the positive aspects of interpersonal disputes. Justice exists to regulate society, establishing rights and obligations, in order to ensure a peaceful life amongst citizens. However, conflict is inherent to the communal life, therefore justice must predict means to treat social tensions. These means are studied by procedural justice, which, historically, has entailed the pacification office to the judiciary almost exclusively. The analysis of the Judiciary's operations, in turn, allow verification that, in face of the congestion of cases, combined with a combative logic, the judiciary procedure has worsened conflicts rather than solving them. In this context, under the light of the 1988 Brazilian Federal Constitution, the civil procedure underwent reformulations which culminated on the 2015 Civil Procedure Code promulgation. In this, the renewed understanding of access to justice, party participation and the matching of the procedure to the case appear as fundamentals to the procedural norms. Concurrently the design of an adequate conflict treatment microsystem is on course, composed by norms that discipline the main mechanisms, so called "alternative", of conflict resolution, those being prevalent on the national order: arbitration, mediation and conciliation. Hence the proposal of civil disputes treatment implies in the conjugation of the tools available in the legal order, in order to architect the most adequate strategy for both parties, regarding their respective conflicts. Thus the meticulous study of available conflict treatment techniques is paramount, as well as the ceaseless reformulation of the procedural actors' culture, so that, ultimately, Justice is capable of realizing the goal of social peace.

KEYWORDS: Civil Conflicts Treatment. Pacification. Collaboration. Conflict Resolution Methods. Civil Procedure.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: ALGUMAS NOTAS HISTÓRICAS	14
2.1	O BRASIL IMPÉRIO E AS RAÍZES DOS MECANISMOS CONSENSUAIS	15
2.2	O BRASIL REPÚBLICA E O SILENCIAMENTO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS ...	22
2.3	A REDEMOCRATIZAÇÃO E A NOVA ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS E O TRATAMENTO DE CONFLITOS.....	25
3	O PODER JUDICIÁRIO E O MONOPÓLIO ESTATAL NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS	30
3.1	UBI SOCIETAS, IBI JUS – A FUNÇÃO PACIFICADORA DO DIREITO.....	31
3.2	O JUDICIÁRIO COMO “MONOPÓLIO”: RESOLVER CONFLITOS OU DIZER QUEM TEM RAZÃO?.....	33
3.3	O PROCESSO JURISDICIONAL COMO CAMPO DE BATALHA.....	37
3.4	O MANIQUEÍSMO DA SENTENÇA JUDICIAL E A LÓGICA DA SUCUMBÊNCIA (PERDE-GANHA)	39
4	O (NEO)PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O TRATAMENTO DE CONFLITOS	45
4.1	(RE)LEITURA DO INCISO XXXV, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA 48	
4.2	A PARTICIPAÇÃO/COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL E A ADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS.....	56
4.2.1	<i>Negócios jurídicos processuais: o artigo 190 do CPC/15</i>	61
4.2.2	<i>A audiência inaugural de Mediação ou Conciliação do Procedimento Comum: o artigo 334 do CPC/15</i>	67
4.3	O PAPEL DOS ATORES PROCESSUAIS NA MUDANÇA DE CULTURA	83
4.3.1	<i>As Partes</i>	83
4.3.2	<i>Advogados, defensores públicos e Ministério Público</i>	85
4.3.3	<i>Os Auxiliares da Justiça: conciliadores e mediadores</i>	88
4.3.4	<i>O juiz</i>	93

5 MECANISMOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS E O PROCESSO CIVIL: UMA ABORDAGEM ADEQUADA	98
5.1 O CONFLITO.....	98
5.2 QUESTÃO DE NOMENCLATURA.....	101
5.3 AS ESPÉCIES DE MECANISMOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS.....	105
5.3.1. <i>Autocomposição x heterocomposição</i>	106
5.3.2. <i>Negociação</i>	107
5.3.3. <i>Mediação</i>	110
5.3.4. <i>Conciliação</i>	112
5.3.5. <i>Arbitragem</i>	114
5.3.6. <i>Mecanismos híbridos</i>	118
5.4 A PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO.....	120
6 CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS	130
APÊNDICE A – Documentos Legais Históricos	142
APÊNDICE B – Microsistema de Tratamento Adequado de Conflitos Cíveis	147

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar a forma como o processo civil brasileiro trata os conflitos civis, para investigar a existência, ou não, de um tratamento adequado, que, a partir de processos construtivos, seja capaz de extrair os aspectos positivos das controvérsias interpessoais. A partir do método hipotético-dedutivo, o estudo visa analisar o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente as leis – atuais e pretéritas – que tratam das matérias concernentes a conciliação, mediação e arbitragem, bem como a doutrina processualística pátria, para buscar delimitar o tratamento adequado de conflitos civis.

O direito existe onde há convivência social e desempenha duas funções principais: regular a sociedade e pacificar conflitos. Ambas estão vinculadas à existência do homem enquanto ser relacional, pois é a partir da interação entre os indivíduos que surge a necessidade de estipular regras para tais relações, seja para prevenir eventuais controvérsias, seja para lidar com as inevitáveis. Nesse sentido, o conflito apresenta-se como tema fulcral no estudo e aplicação do direito.

Em análise mais detida, o conflito está intimamente conectado com o estudo do direito processual, que busca, ao final do processo, resolver a controvérsia e pacificar a relação entre as partes. Em tal contexto, o Estado, particularmente a partir do Poder Judiciário historicamente, foi vinculado ao direito processual, de tal maneira que este só poderia ser concretizado naquele, ou seja, o ambiente em que deveria ocorrer a pacificação e a realização da justiça seria, exclusivamente, o processo judicial. Este itinerário procedimental, contudo, apresenta indícios de obsolescência, diante da complexidade e dinamicidade dos direitos e das relações interpessoais.

Paralelamente, outros mecanismos de lidar com os conflitos foram criados, estudados e aprimorados, tais como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem – os principais exemplos verificados no direito brasileiro. Tais instrumentos evidenciam que o conflito pode – e, em alguns casos, até deve – ser tratado fora do ambiente judiciário, com abordagens voltadas primordialmente para a autonomia da vontade das partes, autorizadas a definir desde o terceiro facilitador

ou julgador, até o procedimento a ser utilizado. E, desde a segunda metade do século XX, estes métodos ganharam destaque no debate jurídico, sobretudo a partir da chamada crise do Judiciário, que marcou não só o Brasil, mas diversos países do mundo, no contexto de ampliação e consolidação do rol de garantias e direitos fundamentais, que aumentou e diversificou grandemente o número de ações propostas perante o poder estatal.

Não obstante este contexto de alternatividade, ou seja, de uma segunda via em relação à via judicial, os chamados *métodos alternativos de resolução de conflitos* apresentam características, peculiaridades e nuances próprias. O procedimento, os objetivos, o envolvimento das partes, o custo – tanto de tempo quanto de dinheiro – são elementos variáveis em cada um dos instrumentos, de modo que apenas o estudo cuidadoso garante a efetiva compreensão da melhor forma de aplicá-los e, por conseguinte, de resultados mais efetivos para as partes.

Neste contexto insere-se o presente trabalho: a partir de conceitos-chave interdisciplinares, buscar-se-á analisar o atual processo civil judicial e, além, propor uma nova abordagem sobre os conflitos, um tratamento adequado.

Neste íterim, vale ressaltar que o corte metodológico realizado para a confecção do estudo cinge-se à ótica do processo civil pátrio. Tangencialmente, serão elencados instrumentos de outros ramos jurídicos, como o direito civil e o direito administrativo, porém apenas a título argumentativo.

Inclusive, como será possível notar no Capítulo 1 - Breve diálogo histórico, desde o período imperial, o tratamento adequado de conflitos no Brasil passou por um período de considerável silenciamento – tanto na perspectiva dos debates teóricos, quanto na implementação prática. Por conseguinte, existe na doutrina e na *práxis* jurídica certa resistência ao tema, seja por desacreditar em sua eficiência – reproduzindo um discurso já identificado nos séculos anteriores, quanto ao suposto caráter protelatório dos mecanismos consensuais -, seja por desconfiar do seu caráter jurídico. É dizer, para muitos juristas, o tema pode até ser relevante – para áreas como psicologia ou sociologia, mas não para o direito.

Esta argumentação insere-se num paradigma jurídico-dogmático tecnicista, identificado por Boaventura de Sousa Santos como um direito ensinado e propagado como autossuficiente, distante de outras áreas de conhecimento¹. Intentando maior penetração neste contexto acadêmico e dogmático, a primeira parte do presente trabalho busca apontar, a partir das bases de conhecimento dos métodos adequados de tratamento de conflitos, reflexões sobre o funcionamento do direito atual, em relação à função a que se propõe, qual seja, a pacificação social. Assim, pretende-se que, a partir da identificação de pontos de crise do processo judicial, sobretudo as heranças de um modelo liberal, o direito processual acolha com mais parcimônia as contribuições que tais mecanismos podem apresentar.

Ainda, ao se mencionar o processo civil, destaca-se que o trabalho debaterá a restrição sobre questões patrimoniais e disponíveis. Inclusive, conforme será abordado de maneira detida nos capítulos subsequentes, a discussão sobre disponibilidade e indisponibilidade de direitos tem especial relevância para o processamento dos conflitos. Logo, pelo recorte de processo civil, quer-se delimitar que será analisado o contexto dos conflitos de cunho cível.

De maneira complementar, o estudo dos múltiplos mecanismos de tratamento de controvérsias tem caráter multidisciplinar. O conflito tem caráter social², envolve indivíduos detentores de um universo peculiar de subjetividade, e se manifesta por meio de linguagem – não só técnica, jurídica, mas também vulgar e cotidiana. Por conseguinte, uma abordagem efetiva deve considerar também outras áreas do conhecimento, como a psicologia, a sociologia e a filosofia³.

Ainda, deve-se atentar para a nomenclatura utilizada. Na doutrina, tanto nacional, quanto internacional, o tema em análise assume múltiplas nomenclaturas - métodos extrajudiciais de solução de controvérsias, mecanismos consensuais, não-

¹ “O paradigma jurídico-dogmático que domina o ensino nas faculdades de direito não tem conseguido ver que na sociedade circulam várias formas de poder, de direito e de conhecimentos que vão muito além do que cabe nos seus postulados. Com a tentativa de eliminação de qualquer elemento extra-normativo, as faculdades de direito acabaram por criar uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade”. SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, P. 106-107).

² SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

adjudicatórios, métodos alternativos etc. Conforme análise mais detida, que será apresentada no Capítulo 5, não há consenso sobre conflitos serem *solucionados*: por se tratar de fenômeno inerente à vida em sociedade, entende-se que, na verdade, não há uma resolução, definitiva, mas sim um tratamento, para que os sujeitos envolvidos sejam capazes de extrair o cunho positivo da situação, em detrimento do negativo, garantindo a coexistência pacífica.

Ademais, a abordagem mais comum na doutrina e nos textos normativos sobre o tema consiste em ressaltar as espécies de mecanismos. Não obstante, como se pretende analisar, os métodos são identificados e estudados de maneira singularizada apenas por questão didática. Na prática, porém, podem – e frequentemente o são – ser utilizados de maneira conjugada, como diversas ferramentas disponíveis para abordar um problema.

Destarte, opta-se pela nomenclatura *tratamento*: propõe-se que o enfoque seja dado no processo de análise e estratégia de ação sobre as controvérsias. Ainda, este trâmite, para ser adequado, deve conjugar os diversos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico, conforme as peculiaridades apresentadas pelo conflito. Assim, considerando o contexto em que se instaura a controvérsia, bem como os indivíduos nela envolvidos, é que deve ser arquitetado o tratamento.

Nesse contexto, destaca-se que o presente trabalho vincula-se à linha de pesquisa *Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais*, do Programa de Pós-Graduação em Direito Processual da Universidade Federal do Espírito Santo, especialmente aos objetivos de “desenvolver pesquisa que analise o uso e resultado das chamadas técnicas processuais diferenciadas, a partir do modelo constitucional e das peculiaridades do direito material envolvido; identificar os pontos de litigiosidade (evolutiva e decrescente) vinculados às tutelas dos direitos existenciais e patrimoniais; verificar a viabilidade das técnicas diferenciadas, com o fim de que os direitos existências e patrimoniais sejam protegidos por mecanismos processuais eficientes”⁴.

⁴ Apresentação da linha de pesquisa Processo, Constitucionalidade e Tutela de Direitos Existenciais e Patrimoniais. Disponível em <<http://www.direito.ufes.br/pos-graduacao/PPGDIR/detalhes-da-linha-de-pesquisa?id=428>>, acesso em 24 de janeiro de 2017.

Quanto à hipótese, busca-se avaliar se há proposta(s) de tratamento(s) de conflitos no processo civil brasileiro. Havendo, avaliar-se-á se pode ser considerada adequada à função pacificadora do direito e, em caso negativo, quais melhorias poderiam ser feitas.

Para tanto, a dissertação desenvolve-se em quatro capítulos:

No *Capítulo 1 - Breve diálogo histórico*, analisar-se-á, a partir do estudo histórico dos atos normativos brasileiros desde o Brasil Imperial, a trajetória dos mecanismos de tratamento de conflitos. A partir da coleta de informações, dados e análise doutrinária, propor-se-á uma comparação entre a forma de desenvolvimento ou silenciamento dos institutos do ordenamento pátrio pré-1988 e pós-1988, não só para melhor compreender o trajeto histórico percorrido, mas também para evitar equívocos já cometidos previamente no direito brasileiro.

No *Capítulo 2 – O Poder Judiciário e o Monopólio Estatal na Pacificação de Conflitos*, analisar-se-á criticamente o modelo idealizado para pacificar os conflitos sociais, qual seja, o processo judicial. Buscar-se-á questionar o papel do Judiciário como (único) responsável por desempenhar esta função do direito, bem como a forma como tem se desenvolvido os procedimentos judiciais. Ainda, buscar-se-á verificar se o modelo de processo judicial apresenta-se eficiente, ou não, para buscar a paz entre as partes.

No *Capítulo 3 - O Processo Civil Brasileiro e o Tratamento de Conflitos*, serão analisados alguns temas fulcrais do processo civil a partir do Código de 2015 no que concerne à pacificação social. A partir de tal análise, pretende-se analisar quais nuances do “novo” processo civil contribuem para um tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiros, tanto do ponto de vista normativo, ou seja, as inovações legislativas, quanto da perspectiva dos sujeitos envolvidos no trajeto em prol da pacificação.

Por fim, no *Capítulo 4 - Os mecanismos de tratamento de conflitos e o processo civil: uma abordagem adequada*, estudar-se-ão os diversos instrumentos disponíveis para lidar com as controvérsias. Para fins didáticos, serão abordadas separadamente as

principais ferramentas, quais sejam, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem. Não obstante, o principal objetivo do capítulo consiste em analisar a melhor forma de aplicá-las, seja isolada, seja conjugadamente, a partir das nuances da relação interpessoal das partes, para propor um tratamento adequado.

Estabelecidas tais premissas, passa-se ao desenvolvimento da pesquisa.

2 A CULTURA JURÍDICA BRASILEIRA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM: ALGUMAS NOTAS HISTÓRICAS

O direito tem como uma de suas principais funções a pacificação social. A partir da modernidade, racionaliza-se o estudo jurídico, que passa a se preocupar não só com questões morais e éticas, justo e injusto, mas também com a segurança da vida em comunidade. Em tal contexto, a elaboração dos sistemas normativos norteia-se pela diretriz segundo a qual “a teoria instaura-se para o estabelecimento da paz, a paz do bem-estar social, a qual consiste não apenas na manutenção da vida, mas da vida mais agradável possível”⁵.

Nesse íterim, o desenvolvimento das teorias da separação dos poderes e dos Estados Nacionais trouxe consigo a incumbência do Poder Judiciário como protagonista na execução deste *telos* jurídico. Seguindo a lógica da racionalização e do formalismo, designou-se o processo judicial como meio para os cidadãos em conflito destinarem as pretensões resistidas, para que um terceiro, agente estatal, decidisse de maneira definitiva e vinculante o litígio⁶. Todavia, a associação feita pelo direito da resolução de conflito como a mera decisão sobre qual interesse deve, ou não, ser atendido, ainda se vincula a uma concepção liberal do processo e não abrange a complexidade das controvérsias.

Nesse panorama, insere-se a temática do tratamento de conflitos no direito brasileiro, como proposta de modernização da perspectiva de processo e de direito. Todavia, para melhor compreender o trajeto histórico até esse ponto, essencial

⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2003, p. 69.

⁶ “A partir dos novos conceitos sobre Estado e organizações jurídicas deflagrados pela Magna Carta (LGL\1988\3) de 1215 e pelas Constituições de Melfi, do século XII, sob o reinado de Frederico II da Sicília, surge o princípio do “juiz natural”, para o qual a Justiça só poderia ser administrada por tribunais constituídos pelos magistrados escolhidos pelo rei, não se admitindo tribunais especiais para nobres e demais cidadãos. Este conjunto de leis obrigava a todos, indiscriminadamente. ¹⁴Contudo a mediação continuou sendo utilizada não sob as vestes de um tribunal especial - cuja característica jamais possuiu - e sempre em pequena escala, mas em quase todos os continentes, de forma empírica e concorrente ao poder estatal jurisdicional - nunca como uma forma substitutiva”. MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da Tradição no Uso da Mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3/2004, P. 142-153, set.-dez. 2004.

realizar um breve diálogo, desde o Brasil Império, para observar e analisar os aspectos legislativos e, de certo modo, culturais que permeiam a questão da pacificação de conflitos no direito pátrio.

Não obstante, deve-se ressaltar que a análise a partir do período brasileiro dos oitocentos representa recorte metodológico do presente estudo. Isso, porque o estudo de mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem, pode remontar até ao Direito Romano, a períodos que antecedem a própria concepção de Estado, tendo em vista que, antes de este tomar pra si a função de aplicar a lei, julgar e pacificar, eram as próprias pessoas do povo as responsáveis por dirimir suas controvérsias⁷⁻⁸. Assim, estabelecida a ressalva, passa-se a analisar a cultura jurídica de tratamento de conflitos a partir do Brasil Imperial.

2.1 O BRASIL IMPÉRIO E AS RAÍZES DOS MECANISMOS CONSENSUAIS

Retrospectivamente, a análise histórica permite concluir que os mecanismos conhecidos pelo nome de “alternativos” – dentre os quais se destacam, principalmente, a conciliação, a mediação e a arbitragem - conviveram com a

⁷ Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona: “De fato, enquanto a arbitragem não dependia diretamente da força e da autoridade do Estado – uma vez que as partes envolvidas em algum litígio dirigiam-se voluntariamente a um terceiro (normalmente um membro da própria comunidade que lhes inspirasse confiança pela idade, experiência, sabedoria e conduta ilibada) para que este desse solução ao conflito, cumprindo *bona fide* o preceito ditado pelo árbitro escolhido – a jurisdição teve de esperar o fortalecimento do poder estatal para afirmar-se, pois a aplicação da norma não mais dependia do acordo prévio das partes”. *Arbitragem e Jurisdição*. In: In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 296.

⁸ “Traçar o panorama histórico e mundial da mediação não é tarefa simples. Conflitos e disputas existem desde sempre no convívio humano e social e, de algum modo, os métodos de resolução de tais conflitos e disputas também existem, desde sempre, em diferentes tempos, lugares e culturas. [...] As análises históricas hoje existentes preferem abordar a história da mediação tal qual a entendemos atualmente, já que o moderno estudo da resolução de conflitos enfoca os diferentes fatores dos conflitos com vistas a analisar quais métodos serão mais apropriados para lidar com diferentes controvérsias”. FALECK, Diego; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (orgs.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*, v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. [Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 24 de março de 2017].

atividade jurisdicional estatal brasileira. A este respeito, destacam-se nuances de duas culturas que influenciaram sobremaneira na construção do direito brasileiro na transição do período colonial para o período de independência: a portuguesa e a espanhola. Quanto aos portugueses, deve-se ressaltar que, desde o século XV, D. João II já manifestava nos debates das cortes preocupação em “meter concórdia” e pacificar as controvérsias, por meio dos “concertadores das demandas”⁹.

Paralelamente, os espanhóis – cuja construção normativa também influenciou na construção dos primeiros regramentos jurídicos brasileiros – enfatizavam os benefícios dos “juízos de conciliação”, que chegavam a prevenir centenas de demandas. Não obstante, havia divergências, pois parte dos juristas acreditava que o instituto era protelatório, enquanto outra parcela entendia o oposto, ou seja, que representava verdadeira economia processual¹⁰.

Inspirada por tais debates, a Constituição Brasileira de 1824¹¹ trouxe duas previsões significativas quanto aos métodos. Em análise topológica, primeiramente o artigo 160 da Carta Constitucional, que traz a figura da arbitragem, ao autorizar às partes a nomeação de árbitros, cujas sentenças poderiam ser executadas sem recurso, desde que convencionado pelas partes¹². O dispositivo, que pode passar despercebido, por estar, de certo modo, isolado no texto constitucional, sem qualquer destaque de capítulo, não só reconhece a figura do tratamento de conflitos por meio de árbitros, como também garante às partes a autonomia para estipular convenções quanto à nomeação dos árbitros e quanto à execução das sentenças.

Sequencialmente, o artigo 161 prossegue com o breve, mas significativo, setor do texto constitucional destinado ao tratamento de conflitos¹³. Segundo o referido artigo,

⁹ CAMPOS, Adriana; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 59, nº 1, 2016. P. 275.

¹⁰ Idem, ibidem, p. 275-276.

¹¹ BRASIL, Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

¹² “Art. 160. Nas civeis, e nas penas civilmente intentadas, poderão as Partes nomear Juizes Arbitros. Suas Sentenças serão executadas sem recurso, se assim o convencionarem as mesmas Partes”.

¹³ Érica Barbosa e Silva ressaltam que “a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, incentivava expressamente a solução de litígios por outros meios que não a decisão judicial”. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 154.

“sem se fazer constar, que se tem intentado o meio de reconciliação, não se começará Processo algum”, de modo que a conciliação prévia configurava verdadeira condição de procedibilidade, cujo descumprimento acarretaria a falta do interesse de agir para dar início à demanda judicial¹⁴.

A realização de tal procedimento prévio incumbiria aos juízes de paz¹⁵, cujas atribuições deveriam ser regulamentadas por lei, nos termos do artigo 162 da Carta Constitucional. Contudo, de imediato, seja pela falta de regulamentação da matéria, seja pela ausência de interessados, nos tempos que seguiram a outorga constitucional faltaram juízes de paz, o que impedia os cidadãos de acessarem o Judiciário. Como forma provisória para resolver o empecilho prático, D. Pedro I editou o Decreto de 17 de novembro de 1824¹⁶, determinando que “*todos os juízes e autoridades do Império deveriam observar o mandamento constitucional e promover a conciliação*”¹⁷, ou seja, reforçando a proposta do mecanismo consensual¹⁸.

¹⁴ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 48.

¹⁵ Quanto ao tema dos juízes de paz, Debora Ceciliotti Barcelos destaca que representaram uma política de inspiração liberal, visando a representatividade popular na esfera jurídica: “A integração de cidadãos na administração da justiça tinha claro objetivo de contraposição ao antigo regime das monarquias modernas. O liberalismo buscava mecanismos políticos de controle do poder pela comunidade de cidadãos também em clara oposição ao conceito de súdito”. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, p. 39

¹⁶ BRASIL, Decreto de 17 de novembro de 1824. *Ordena que antes de começar qualquer processo, se tentem os meios de reconciliação*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38696-17-novembro-1824-567442-publicacaooriginal-90798-pe.html>, acesso em 20 de abril de 2017.

¹⁷ CAMPOS, Adriana; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 59, nº 1, 2016. P. 278.

¹⁸ Apesar de outorgada pelo imperador, “a possibilidade de maior descentralização do poder empolgava os partidários do liberalismo, enquanto outros políticos se mostravam mais receosos. Nas primeiras décadas do século XIX, o primeiro grupo conseguiu lograr sucesso em sua empreitada e o Brasil testemunhou um Judiciário em que juízes de paz e jurados decidiam grande parte das demandas. Com o passar dos anos, essa distribuição de poder alterou-se, principalmente com a concentração de praticamente toda jurisdição criminal nas mãos dos magistrados de carreira” (idem, ibidem, p. 279). Não obstante, houve bastante debate entre os deputados, que questionavam a constitucionalidade do Decreto imperial, alegando que a realização de conciliações pelos juízes de direito seria contrária à “lei e ao espírito da Constituição” (MOTTA, Katia Sausen. *Juiz de Paz e Cultura Política no Início dos Oitocentos*. 2013. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, P. 62).

Posteriormente, em 1826 foi proposto o projeto que, em 15 de outubro de 1827¹⁹, resultou na publicação da Lei Orgânica das Justiças de Paz. Em seu artigo 5º, § 1º, determinava-se a atribuição de conciliar, por todos os meios pacíficos, as partes, que deveriam comparecer pessoalmente, restringindo-se a atuação de procuradores e havia, destaque-se, verdadeira “*crítica à presença do advogado nas tentativas conciliatórias por suposto interesse deste na delonga do feito*”²⁰. Ao final do procedimento, deveria ser lavrado termo do resultado, a ser assinado pelo juiz de paz, o escrivão e as partes.

Nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei de 1827, os juízes de paz não precisavam ter formação jurídica, bastando ter os requisitos para serem eleitores²¹. Logo, tratava-se de juiz leigo, que obtinha sua legitimidade por meio da eleição por seus pares, seguindo a periodicidade e a forma das eleições de vereadores. Ainda, o juiz de paz deveria ter os mesmos emolumentos do que o juiz de direito, podendo, inclusive, substituí-lo em certos casos, além de poder se valer de termo de desobediência para reforçar sua autoridade.

O trabalho dos juízes de paz era acompanhado por criteriosa avaliação estatística, havendo, inclusive, um modelo padrão de mapa de conciliação, para ser preenchido com os dados sobre conciliações intentadas e verificadas, atingindo taxas de sucesso de mais de 70% (setenta por cento) em algumas freguesias²². Sobre o tema, vale ressaltar:

A conciliação evocada pelo *Aurora Fluminense*, de 22 de fevereiro de 1830, em sua quarta página, registrava, em tom elogioso, que seu efeito já se enunciava em freguesias próximas à Corte. Segundo o jornal, o exercício da conciliação afugentara o “gênio da chicana”. Na Paraíba (do Sul), certo

¹⁹ BRASIL, Lei Orgânica das Justiças de Paz. *Lei de 15 de outubro de 1827*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html>, acesso em 20 de abril de 2017.

²⁰ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 49.

²¹ Os requisitos para serem eleitores estavam dispostos nos artigos 91 e 92 da Constituição de 1824, e restringiam a parcela eleitora da população, em linhas gerais, aos maiores de vinte e cinco anos, com renda líquida anual igual ou superior a cem mil réis por bens de raiz, indústria, comércio ou empregos. A disciplina completa sobre o processo eleitoral dos juízes de paz foi realizada por meio da Lei de 1º de outubro de 1828: disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-1-10-1828.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

²² CAMPOS, Adriana; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 59, nº 1, 2016. Passim.

escrivão queixava-se de que “depois da criação dos juizes de paz, há dias em que não se faz hum real no cartório”²³.

Neste íterim, cabe tomar nota a respeito de uma preocupação evidenciada pela mídia da época: os mecanismos conciliatórios afugentavam receitas de instituições burocráticas tradicionais do modelo jurisdicional, como os cartórios. Além disso, como se referenciou acima, desaconselhava-se a presença dos procuradores, por levarem consigo a imagem de dificultarem a negociação. Atrelando tais informações com os elevados índices de sucesso apresentados pelas freguesias, o discurso defendido por parcela da academia e de setores políticos da época de que as medidas conciliatórias eram meramente protelatórias parece muito mais vinculado a interesses de mercado e de poder^{24,25}.

Retomando o período imperial e a Lei de 15 de outubro de 1827, insta mencionar que, não obstante a existência de fonte normativa específica para reger os juizes de paz, esta não discriminava o procedimento a ser seguido. Por conseguinte, apesar da simpatia e da popularidade alcançada perante a população, também há relatos sobre certos abusos praticados pelas autoridades, especialmente no que tange à coação para realização de acordos²⁶⁻²⁷.

Posteriormente, outros atos normativos trataram da conciliação obrigatória, seja para excepcioná-la, seja para reforçá-la. Já na metade do século XIX, o Decreto nº 737,

²³ Idem, ibidem, p. 287.

²⁴ Sobre o tema, vale a contextualização apresentada por Katia Sausen Motta, para quem, na década de 1820, os juizes de paz se tornaram “os principais atores políticos municipais”, tendo absorvido diversas atribuições dos então magistrados (*Juiz de Paz e Cultura Política no Início dos Oitocentos*. 2013. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, P. 68)

²⁵ O tema, inclusive, merece especial destaque, tendo em vista que se verifica o “discurso protelatório” a respeito dos mecanismos adequados de tratamento de conflitos até os dias de hoje. Vale destacar que, diferentemente do período imperial, em que os dados a respeito das taxas de sucesso e insucesso das conciliações eram rigorosamente documentados, no Brasil democrático pós-1988 há poucas referências estatísticas sobre o tema – inclusive, o Relatório “Justiça em Números” de 2016 (ano base 2015), elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), foi o primeiro a incluir processos resolvidos por acordo, desde que o projeto foi iniciado, em 2004²⁵. Desta forma, relevantíssimo um estudo mais aprofundado sobre as razões que embasam tal teoria protelatória, conjugando não só os argumentos teóricos, como também os dados empiricamente colhidos.

²⁶ Idem, ibidem, p. 285.

²⁷ “Acresça-se ainda que não havia, sobretudo no Brasil, um estudo aprofundado sobre as técnicas necessárias nem distinção alguma entre os institutos da conciliação e da mediação. Assim, é possível afirmar que o instituto era aplicado de forma intuitiva e indistintamente a todos os conflitos”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 156.

de 25 de novembro de 1850²⁸ - Regulamento 737 -, responsável por disciplinar as causas comerciais, previu o juízo conciliatório prévio em seu artigo 23²⁹ e destinou o capítulo do artigo 23 ao artigo 38 à matéria. Nota-se, no Regulamento, o incentivo às tentativas consensuais, por exemplo, por meio do artigo 24³⁰, que autorizava a realização do procedimento perante qualquer juiz de paz onde o réu fosse encontrado, bem como no artigo 36³¹, que garantia às partes a possibilidade de, independentemente de citação, comparecerem voluntariamente e intentarem a conciliação.

Principal destaque, contudo, foi dado na Consolidação de Ribas³², já na década de 1870, que destinou um capítulo inteiro à conciliação, a partir de seu artigo 185. A Consolidação, idealizada para auxiliar na interpretação e na aplicação das leis brasileiras à época, passou a ter força de lei por meio da Resolução Imperial de 28 de dezembro de 1876³³, e já inicia tendo em seu primeiro capítulo as regras referentes aos juízes de paz. O jurista, inclusive, apresenta resgate histórico sobre o tema das tentativas de conciliação, *in verbis*:

Embora incompletas fossem as leis athenienses sobre o processo, bem como sobre a organização judiciária, onde tão conspicuo papel fazia o Tribunal dos Heliastes, já nellas se encontra a providencia de procurarem os juizes evitar os litigios por meio da previa conciliação das partes.

²⁸ BRASIL, Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. *Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

²⁹ Art. 23. Nenhuma causa commercial será proposta em Juizo contencioso, sem que préviamente se tenham tentado o meio da conciliação, ou por acto judicial, ou por comparecimento voluntario das partes. Exceptuam-se: § 1º As causas procedentes de papeis de credito commerciaes, que se acharem endossados (art. 23 do Titulo unico Codigo). § 2º As causas em que as partes não podem transigir (cit. art. 23), como os curadores fiscaes dos fallidos durante o processo da declaração da quebra (art. 838 Codigo), os administradores dos negociantes fallidos (art. 856 Codigo), ou fallecidos (arts. 309 e 310 Codigo), os procuradores publicos, tutores, curadores e testamenteiros. § 3º Os actos de declaração da quebra (cit. art. 23). § 4º As causas arbitraes, as de simples officio do Juiz, as execuções, comprehendidas as preferencias e emhargos de terceiro; e em geral só é necessaria a conciliação para a acção principal, e não para as preparatorias ou incidentes (Tit, 7º Codigo).

³⁰ Art. 24. Póde intentar-se a conciliação perante qualquer Juiz de Paz, onde o réo fôr encontrado, ainda que não seja a freguezia do seu domicilio.

³¹ Art. 36. Independente de citação poderão as partes interessadas em negocio commercial apresentar-se voluntariamente na audiencia de qualquer Juiz de Paz, para tratarem da conciliação, sendo o seu processo e effeitos os mesmos determinados nos arts. 33, 34 e 35.

³² BRASIL, Decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879. *Consolidação das Leis do Processo Civil de Antonio Joaquim Ribas*. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>>, acesso em 20 de abril de 2017.

³³ MAZZEI, Rodrigo. Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973. In MACÊDO, Lucas Buriel de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 35-63.

Também a antiga legislação portuguesa, desde as Ordenações Affonsinas (L. 3 tit. 20 § 5), consagrava esta medida; e ainda nas Philippinas (L. 3. tit. 20 § 1) a encontramos revigorada.

Ella, porém, constituía para os Juizes apenas um dever de honestidade, nos casos em que bem o poderem fazer, e não uma necessidade, ou obrigação rigorosa para todos os casos (Ord. cit. § 1º)³⁴.

Ribas conclui, ainda, que a regra constitucional de obrigatoriedade de juízo conciliatório prévio consistiu em herança do direito francês, mais precisamente o artigo 48³⁵ e seguintes do seu código processual civil. Todavia, Katia Sausen Motta³⁶ disserta que a análise dos debates legislativos sobre o tema dos juizes de paz no Brasil evidencia que a Inglaterra também foi base considerável das discussões, mas, ao final, a figura brasileira tomou formas próprias, com influências não só da França, mas também dos ingleses e portugueses.

A Consolidação demonstra, também, a relevância jurídica dada à conciliação por meio do artigo 195, segundo o qual o termo circunstanciado terá força de sentença. Desta forma, o juiz de direito não teria competência para homologar o acordo realizada pelo juiz de paz, tendo em vista que este, por si só, já seria plenamente exequível.

Encerrando o capítulo destinado à conciliação, o artigo 199 da Consolidação de Ribas previa o dever do juiz leigo de envidar todos os meios pacíficos para conciliar, vedando, expressamente, o constrangimento das partes. Nota-se, portanto, a preocupação jurídica no sentido de que a atuação fosse direcionada à pacificação consensual pelas partes, e não imposta de maneira coerciva³⁷ pelo Estado-juiz.

³⁴ RIBAS, Antonio Joaquim. *Consolidação das leis do processo civil*. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. Disponível em < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>>, acesso em 31.10.2016. P. 149.

³⁵ *De la Conciliation. Art. 48. Aucune demande principale introductive d'instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui, peuvent être la matière d'une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n'ait été préalablement appelé en conciliation devant le juge de paix, ou que les parties n'y aient volontairement comparu. (Code de procédure civile*. Disponível em < <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j>>, acesso em 24.11.2016).

³⁶ *Juiz de Paz e Cultura Política no Início dos Oitocentos*. 2013. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, *passim*.

³⁷ Sobre a preocupação entre a paz construída pelos envolvidos no litígio e a paz imposta, o trabalho de Laura Nader - *Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm>, acesso em 04 de maio de 2016.

2.2 O BRASIL REPÚBLICA E O SILENCIAMENTO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS

Apesar dos esforços envidados no Brasil Império, o período republicano brasileiro teve início com mudanças significativas. Em 26 de abril de 1890, o Marechal Manoel Deodoro da Fonseca publicou o Decreto nº 359³⁸, que revogou as leis que exigiam tentativa de conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial às causas cíveis e comerciais. Dentre as considerações apresentadas como motivação do ato normativo, alegou-se, ainda que indiretamente, a autonomia da vontade das partes, que deveriam ser livres para optar pela via conciliatória, bem como os custos elevados e a procrastinação que acarretava ao processo³⁹.

No ano seguinte, a Constituição de 1891⁴⁰ seguiu a mesma orientação e não apresentou qualquer menção à conciliação ou à Justiça de Paz⁴¹. No contexto da primeira ordem constitucional republicana, a conjugação dos artigos 34, 63 e 65 permitiram a elaboração dos códigos de processo civil estaduais⁴² e, nestes diplomas, alguns entes da federação optaram por manter a tentativa conciliatória a cargo dos juízes leigos⁴³. No caso do Código de Processo Civil do Espírito Santo,

³⁸ BRASIL, Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. *Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e comerciais*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>, acesso em 20 de abril de 2017.

³⁹ “Que, entretanto, as despezas resultantes dessa tentativa forçada, as dificuldades e pro rastinação que della emergem para a propositura da acção, e mais ainda as nullidades procedentes da falta, defeito ou irregularidade de um acto essencialmente voluntario e amigavel, acarretadas até ao gráo de revista dos processos contenciosos, além da coacção moral em que são postos os cidadãos pela autoridade publica encarregada de induzil-os a transigir sobre os seus direitos para evitar que soffram mais com a demora e incerteza da justiça constituida, que tem obrigação legal de dar promptamente a cada um o que é seu; são outros tantos objectos de clamor publico e confirmam a impugnação de muitos jurisconsultos, quaes Meyer, Benthán, Bellot, Boncene, Boitard, Corrêa Telles, a essa obrigatoriedade, nunca admittida ou ja abolida em muitos paizes e notavelmente reduzida, modificada em seus efeitos, para não dizer annullada, pela carta de lei de 16 de junho de 1855 e novo Codigo de Processo Civil promulgado em 8 de novembro de 1876, no proprio reino de Portugal, donde o Imperio a adoptou com supplementos da legislação franceza”. Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>, acesso em 31.10.2016.

⁴⁰ BRASIL, Constituição de 1891. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁴¹ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 54.

⁴² MAZZEI, Rodrigo (organizador). *Código de Processo Civil do Espírito Santo: breve notícia histórica texto legal*. Vila Velha: Editora Eppur Si Muove, 2014, p. 13.

⁴³ DEMARCHI, Juliana. *Ibidem*, p. 55.

não houve menção ao tema, porém merece destaque o tema da arbitragem, cujo processo foi disciplinado em um título específico, do artigo 1.580 ao artigo 1.626.

Os códigos estaduais, contudo, não tiveram prolongada vigência, tendo em vista terem sido abolidos pela Constituição de 1934⁴⁴. Esta Carta, por sua vez, resgatou a Justiça de Paz, no artigo 104, § 4º, atribuindo caráter eletivo aos juízes de paz e conferindo aos jurisdicionados a possibilidade de recorrerem ao Judiciário. Em 1937, a nova ordem constitucional manteve a menção no artigo 104, com ligeira modificação redacional e, ainda na década de 1930, o Código de Processo Civil de 1939⁴⁵ não apresentou qualquer disposição específica acerca das conciliações, ficando o método restrito à Justiça do Trabalho.

Posteriormente, a Constituição brasileira de 1946⁴⁶, no inciso X, do artigo 124, previu a Justiça de Paz, porém com diferenças em relação às previsões constitucionais anteriores: era nomeada *temporária*, com competência para habilitar e celebrar casamentos, vedando-se a prolação de julgamentos⁴⁷, e sem fazer menção específica à função conciliadora dos juízes leigos. No final da década, a Lei 968, de 10 de dezembro de 1949, “resgatou o instituto ao prever uma fase conciliatória preliminar nas causas de desquite litigioso ou alimentos”⁴⁸.

Instaurada a Ditadura Militar, em 1969, o Ato Institucional nº 11⁴⁹ extinguiu, por meio de seu artigo 4º⁵⁰, a justiça de paz eletiva. Determinou-se, por conseguinte, que os

⁴⁴ BRASIL, Constituição de 1934. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁴⁵ BRASIL, Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil de 1939*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁴⁶ BRASIL, Constituição de 1946. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁴⁷ SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 158.

⁴⁸ DEMARCHI, Juliana. *Ibidem*, p. 56.

⁴⁹ BRASIL, Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969. *Fixa data das eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, estabelece normas para a coincidência de mandatos no âmbito municipal, extingue a justiça de paz eletiva, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁵⁰ Art. 4º - Fica extinta a Justiça de Paz eletiva, respeitados os mandatos dos atuais Juízes de Paz, até o seu término. Parágrafo único - Os Juízes de Paz temporários serão nomeados, nos Estados e Territórios, pelos respectivos Governadores, e, no Distrito Federal, pelo seu Prefeito, pelo prazo de três anos, podendo ser reconduzidos, aplicando-se este limite aos atuais ocupantes dessas funções, salvo nos que as exercem em virtude de eleição anterior.

juizes de paz temporários fossem nomeados pelos chefes do Poder Executivo das respectivas unidades federativas. Nota-se, portanto, a tentativa de controlar o poder conferido aos cidadãos, mesmo quanto à resolução de conflitos.

Insta ressaltar, contudo, a previsão da conciliação judicial no âmbito das causas relativas à família no período ditatorial. Em 1949, a Lei nº 968⁵¹ estabeleceu fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou alimento, cabendo ao juiz promover a tentativa conciliatória antes de despachar a petição inicial. Destaca-se que o juiz poderia ouvir as partes separada ou conjuntamente, prevendo-se a possibilidade de reconciliação ou de transação: no caso da reconciliação, todos os documentos seriam devolvidos ao autor e a distribuição da inicial, cancelada; em caso de transação, seria reduzida a termo, assinado pelas partes. Por derradeiro, registrava-se que poderia não haver solução não-adjudicada, inclusive pela ausência de qualquer das partes, o que desencadearia a citação do réu e prosseguimento do feito⁵².

Neste ínterim, deve-se notar que os mecanismos de tratamento consensual de conflitos, inicialmente incentivados no período imperial, sofreram forte oposição no período inicial da República. Já no século XX, a ditadura militar, imbuída pela restrição da participação popular, contribuiu para silenciar o debate e reduzir a prática dos métodos consensuais e, por conseguinte, prejudicou também o amadurecimento e a familiarização dos cidadãos quanto ao manuseio de tais ferramentas para tratar seus conflitos⁵³⁻⁵⁴.

⁵¹ BRASIL, Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949. *Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/1930-1949/L0968.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁵² Sobre o tema, Érica Barbosa e Silva destaca que a Lei nº 5.748/1968, quanto a alimentos, seguiu a mesma linha de incentivo à conciliação. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica: 2013, p. 158.

⁵³ Sobre a restrição da participação do povo no exercício de atividades cidadãs e os prejuízos de tais políticas, José Murilo de Carvalho. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008. P. 44-45.

⁵⁴ Particularmente quanto aos juizes de paz, a respeito do período da República Velha e da Ditadura Militar, Debora Ceciliotti Barcelos analisa que a diminuição de seus poderes e de sua atuação atrela-se à racionalização do Judiciário e endurecimento do Estado. Para análise detida do período, veja-se BARCELOS, Debora Ceciliotti. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, p. 41-42.

Não obstante, já no processo de reabertura democrática, insta salientar a iniciativa dos Juizados de Pequenas Causas, instituídos pela Lei nº 7.244/84⁵⁵, como fruto do anteprojeto elaborado pelo Programa Nacional de Desburocratização⁵⁶. Destinados às causas de até 20 (vinte) salários mínimos sobre direitos patrimoniais, os juizados deveriam ser instituídos com base nos “critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível a conciliação das partes”⁵⁷. Para tanto, previa a figura dos conciliadores judiciais, como auxiliares da justiça recrutados preferencialmente entre os bacharéis de direito, bem como a figura dos árbitros, restrita aos advogados indicados pela Ordem dos Advogados do Brasil. A conciliação poderia ser feita pelo juiz, ou pelo conciliador, sob a orientação do magistrado, e, caso não fosse bem sucedida, então as partes poderiam optar pelo juízo arbitral.

2.3 A REDEMOCRATIZAÇÃO E A NOVA ABORDAGEM SOBRE OS DIREITOS E O TRATAMENTO DE CONFLITOS

Com a redemocratização, a Constituição Federal de 1988⁵⁸ não apenas restituiu a Justiça de Paz eletiva⁵⁹, como também criou a proposta dos juizados especiais, ambos previstos no artigo 98, com atribuições conciliatórias, dando continuidade aos esforços iniciados com os Juizados de Pequenas Causas. Em verdade, a vocação pacificadora da Constituição Cidadã está insculpida desde o preâmbulo, no qual se lê:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-

⁵⁵ BRASIL, Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. *Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁵⁶ SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 160.

⁵⁷ Art. 2º da Lei nº 7.244/84.

⁵⁸ BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁵⁹ O inciso II, que trata da justiça de paz, contudo, até hoje não foi regulamentado por lei.

estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (grifou-se)

Desta forma, pode-se inferir que o acesso à justiça, consagrado pelo inciso XXXV, do artigo 5º, propõe não só um direito do jurisdicionado em acionar o poder estatal. Considerando o valor interpretativo do preâmbulo, interpreta-se que o Judiciário, enquanto parte deste Estado Democrático relatado pelos constituintes, também deve se orientar pela busca de solução pacífica de controvérsias. Assim, em análise mais aprofundada, a atuação estatal deve visar garantir a tutela adequada dos conflitos, tanto para tratá-los, quanto para preveni-los⁶⁰⁻⁶¹.

Guiado por esse novo viés quanto à função pacificadora, o legislador infraconstitucional, aos poucos, inseriu novas regras no ordenamento pátrio sobre o tratamento de conflitos. Em 1994, a Lei Federal nº 8.952⁶² modificou o artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73), para prever a possibilidade de realização de audiência preliminar de conciliação, diante de direitos disponíveis. O diploma processual, porém, não apresentou outras regras significativas quanto ao tema.

Em seguida, a Lei Federal nº 9.099⁶³, de 26 de setembro de 1995, dispôs sobre os juizados especiais cíveis. Os juizados, segundo o texto normativo, foram criados com a intenção de propor um processo menos formal e mais atento à conciliação,

⁶⁰ “O novo enfoque de acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa “terceira onda” de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas. [...] Seu método não consiste em abandonar as técnicas das duas primeiras ondas de reforma, mas em trata-las como apenas algumas de uma série de possibilidades para melhorar o acesso”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 25.

⁶¹ Quanto à abertura para o aprofundamento que o acesso à justiça permite, vale a lição de Boaventura de Sousa Santos: “Por reunir tensões e disjunções do conflito entre justiça procedimental e justiça material, o acesso à justiça é uma janela analítica privilegiada para se discutir a reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas de um repensar radicalmente democrático do direito”. *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 8.

⁶² BRASIL, Lei Federal nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. *Altera o artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁶³ BRASIL, Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

prevendo a realização preliminar de uma sessão, para que as partes buscassem o acordo. A Lei apresenta, ainda, menção primitiva sobre arbitragem, mas não trata de outros mecanismos, tais como a mediação, tampouco prevê orientações para a formação dos terceiros facilitadores do tratamento das controvérsias.

Em 1996, a Lei Federal nº 9.307⁶⁴ é promulgada como a “Lei de Arbitragem”. Além de equiparar compromisso arbitral e cláusula compromissória como espécies de convenção de arbitragem, a Lei também equiparou a sentença arbitral à sentença proferida pelo Judiciário, sendo caracterizada como título executivo judicial. Trata-se de marco legislativo a respeito dos métodos “alternativos”, tendo em vista que inaugura no direito brasileiro a possibilidade de um julgamento inteiramente privado: lastreado na autonomia da vontade, o processo arbitral permite que até mesmo o terceiro imparcial – árbitro – seja eleito pelas partes livremente, independentemente de formação jurídica. Consagra-se, assim, a possibilidade de uma “justiça privada”, ou seja, de haver justiça também fora do Judiciário⁶⁵.

Após certo lapso temporal, outro ato normativo de relevo foi editado, qual seja, a Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Nela, instituiu-se a Política Judiciária Nacional de tratamento de conflitos de interesses, propondo a criação de núcleos e centros judiciários para promoção dos métodos consensuais, especialmente a mediação e a conciliação. Assim, o enfoque sobre a pacificação passa a considerar também outros mecanismos e, ainda, passa a preocupar-se com a formação dos terceiros facilitadores: o Anexo I da Resolução estabelece Diretrizes Curriculares para formação de mediadores e conciliadores, avanço considerável para a disseminação de uma nova cultura jurídica.

Finalmente, em 2015⁶⁶, dois novos marcos legislativos são promulgados. Em primeiro lugar, a chamada “Lei de Mediação” (Lei Federal nº 13.140⁶⁷), que, apesar

⁶⁴ BRASIL, Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Lei de Arbitragem*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁶⁵ O Supremo Tribunal Federal, na homologação de Sentença Estrangeira SE 5.206-Espanha, reconheceu a constitucionalidade da Lei de Arbitragem, sobretudo pelo argumento de que o acesso ao Judiciário (CF, art. 5º, XXXV) é um direito, e não um dever. Assim, como a Lei Federal nº 9.307/96 não impõe a arbitragem, senão apenas autoriza que as partes, consensualmente, optem pela via arbitral, não há que se falar em vício constitucional. (SE 5.206-Espanha (AgRg), rel. Min. Sepúlveda Pertence, 12.12.2001.(SE-5206)).

⁶⁶ Destaca-se, no mesmo ano, a promulgação da Lei Federal nº 13.129, que alterou e atualizou a Lei de Arbitragem.

da alcunha, também disciplina outros meios autocompositivos; e, em segundo, o Novo Código de Processo Civil (CPC/2015 – Lei Federal nº 13.105⁶⁸), que prevê, desde o capítulo inaugural das normas fundamentais, o estímulo à solução consensual das controvérsias⁶⁹.

Vale, contudo, ressaltar que, apesar de ambas as leis terem sido promulgadas em 2015, o debate legislativo teve início bem antes. No caso da mediação, remonta-se ao Projeto de Lei nº 4.827/98, proposto pela Deputada Zulaiê Cobra, cujo texto original apresentava-se deveras conciso, na intenção de definir mediação e fazer disposições pontuais. A definição, todavia, apresentava-se confusa, misturando os conceitos de mediação e conciliação, ao disciplinar, no parágrafo único do artigo 1º ser “lícita a mediação em toda matéria que admita conciliação, reconciliação, transação, ou acordo de outra ordem, para os fins que consinta a lei civil ou penal”⁷⁰. Após as diversas mudanças ocorridas no processo civil brasileiro, o PL nº 4.827/98 também foi modificado, mas não aprovado.

Em paralelo, a partir de 2009, o Ato nº 379 do Presidente do Senado Federal convocou uma Comissão de Juristas, presidida pelo Ministro Luiz Fux, com a relatoria de Teresa Arruda Alvim Wambier, deu início aos trabalhos para elaboração de um novo código para o processo civil brasileiro. Quanto aos mecanismos consensuais, o presidente da comissão destacou⁷¹, desde a primeira apresentação dos trabalhos iniciais, o incentivo especialmente à conciliação, com a inserção de um ato no início do procedimento comum destinado a viabilizar o diálogo entre autor

⁶⁷ BRASIL, Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei de Mediação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁶⁸ BRASIL, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

⁶⁹ Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito. § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei. § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

⁷⁰ BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, Da Sra. Zulaiê Cobra*. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 03 de dezembro de 1998, p. 28075-28076. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>, acesso em 03 de abril de 2017.

⁷¹ BRASÍLIA. *Comissão de Juristas “Novo CPC” – Senado Federal*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>, acesso em 03 de abril de 2017.

e réu (que posteriormente assumiria as feições da audiência do artigo 334 do CPC/15).

No contexto dos debates de um novo diploma processual, surgiram outros três Projetos de Lei quanto à mediação, judicial e extrajudicial: o nº 517/2011, proposto pelo senador Ricardo Ferraço; o nº 405/2013, resultado de Comissão presidida pelo Ministro Luis Felipe Salomão; e o nº 434/2013, como fruto de Comissão presidida pelos Ministros Nancy Andrighi e Maco Buzzi⁷². O debate de todos esses projetos resultou, então, na promulgação da Lei Federal nº 13.140/2015, com certos problemas, porém, devido à compatibilização das diversas propostas, bem como devido ao desafio de harmonizar o novo marco legal de mediação com o CPC/15 e a Resolução nº 125/2010 do CNJ⁷³.

Desta forma, como se evidenciará na sequência do presente trabalho, o tema do tratamento adequado de conflitos deve ser considerado no contexto de um Estado, uma sociedade e um processo civil democráticos, sob a perspectiva de um novo microsistema normativo. Nele, inserem-se as leis e a resolução supramencionadas, orientadas pelas diretrizes constitucionais em prol da solução pacífica de controvérsias, para que a tutela jurídica seja efetiva⁷⁴, o que abrange ser também adequada.

⁷² Quanto à análise comparada e detalhada dos diversos projetos de lei que redundaram na Lei Federal nº 13.140/2015, veja-se: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no direito brasileiro*. Disponível em <https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil>, acesso em 03 de abril de 2017.

⁷³ Ada Pellegrini Grinover menciona, inclusive, tratar-se de verdadeiro “Frankenstein” o resultado do compilado dos vários projetos legislativos, em: *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-eevolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>, acesso em 03 de abril de 2017.

⁷⁴ “De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, P. 11-12.

3 O PODER JUDICIÁRIO E O MONOPÓLIO ESTATAL NA PACIFICAÇÃO DE CONFLITOS

O processo civil como ramo jurídico autônomo ganhou forças a partir de uma concepção liberal e técnico-científica, tendo sido implementado no Brasil sobretudo a partir de influências de Alemanha e Itália, a partir da primeira metade do século XX⁷⁵. Posteriormente, com o advento do Estado-providência, houve proliferação de novos direitos e, conseqüentemente, uma ampliação não só na quantidade, como também na qualidade das demandas processuais, culminando em uma crise do sistema judiciário para corresponder à inflação legislativa⁷⁶. Ainda, a partir da Constituição Federal de 1988, sublinha-se o movimento pela constitucionalização do direito, assim como do processo, com ênfase na democratização do acesso, na ampliação da participação e do contraditório no transcorrer procedimental.

Todavia, em que pese a aparente linearidade e evolução temporal dos diversos modelos de Estado e de direito, a análise crítica evidencia tratar-se de percurso complexo. Nesse sentido, não se trata de abandonar completamente um modelo em prol de outro, mas sim da justaposição e sobreposição de elementos, de modo que, ainda hoje, podem-se observar caracteres de concepções de direito e de processo já superadas, na teoria. Na prática, tais elementos evidenciam-se em descompasso com a modernização e complexização da sociedade, das relações sociais e dos direitos, e, por isso, deve-se analisar quais elementos representam herança de modelos já obsoletos e como podem ser reformulados, para melhor atender à concepção democrática⁷⁷.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 279.

⁷⁶ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo*. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2014, p. 150-151.

⁷⁷ “Acredito estejamos caminhando para o processo como instrumento político de participação. A democratização do Estado alçou o processo à condição de garantia constitucional; a democratização da sociedade fá-lo-á instrumento de atuação política”. PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

3. 1 UBI SOCIETAS, IBI JUS – A FUNÇÃO PACIFICADORA DO DIREITO

O brocardo *ubi societas, ibi jus* é ensinado nos períodos iniciais das faculdades jurídicas e pode ser traduzido, sinteticamente, como “onde há sociedade, há o direito”. A expressão representa uma visão ocidental do direito, com raízes históricas na Grécia antiga⁷⁸, e traduz a imprescindibilidade do direito como meio de regular o convívio dos indivíduos em comunidade, para, em última instância, garantir a paz. Desta forma, apresenta-se como principal função do direito a pacificação social.

A ideia de garantia da paz social ganha especial contorno histórico com as teorias contratualistas, que contribuíram para o desenvolvimento da concepção de Estado. Nessa contexto teórico, destacam-se as lições de Thomas Hobbes, que, a partir da figura do *leviatã*, traça os contornos do Estado como pessoa artificial, dotada de soberania, por representar a vontade de cada um do povo em garantir que todos possam exercer sua liberdade, ou seja, que possam exercer seus respectivos direitos sem invadir os direitos de ação de seus concidadãos⁷⁹. Consoante esta tese, os homens em seu estado de natureza vivem em meio ao caos, a violência seria generalizada, como forma de autotutela, e, conseqüentemente, o medo seria um sentimento constante.

A respeito deste temor, as lições de René Girard, analisadas por Rodrigo Mazzei, alertam para o funcionamento da lógica vingativa:

O temor em relação à vingança possui uma forte razão de ser: ela alastra a violência ad eternum. Um ato de vingança constitui represália a um ato violento anterior, o que justificaria essa segunda violência, a vingativa, e assim corre-se o risco de um terceiro ato de violência, em represália aquele segundo, e dessa forma sucessivamente⁸⁰.

⁷⁸ Sobretudo a partir da legislação de Sólon e dos decênvros, que apresentam como elemento comum o caráter distintamente laico, de modo que “pode dizer-se que a cidade se manifesta na lei autodisciplinando-se, e que a lei a epifania da polis”. (BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1988, p. 65).

⁷⁹ SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*. São Paulo: Editora Unesp, 1999, p. 17-18.

⁸⁰ Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

Assim, segundo os contratualistas, os indivíduos submetem-se a um pacto social para garantir a segurança necessária para a convivência do exercício de suas liberdades – ou seja, a paz. Para tanto, surge a figura do Estado como detentor da prerrogativa de uso da força e sobre a tutela dos direitos e, com o avançar da teoria da separação dos poderes, o Judiciário assume o “monopólio da vingança”, de modo que “o sistema do rito sacrificial é substituído pelo sistema judiciário e, pela função que exercem, estão relacionados”⁸¹. É dizer, ao se delegar a um terceiro o ato de represália, busca-se romper o ciclo vicioso da vingança.

Ainda quanto à função do direito, cogita-se, também, a de realizar, concretizar ou buscar a justiça, sendo o direito frequentemente aproximado de um sinônimo do que é justo. Na perspectiva do contratualismo, a justiça aproximar-se-ia da ideia de deliberação, ou seja, a representação da vontade geral dos cidadãos. Nos séculos que deram sequência a tais teorias, emerge o positivismo e, associadamente, o voluntarismo: rompe-se com a regra deliberativa e passa-se a destacar a figura do legislador, como onisciente, coerente, preciso, e como organizador e pacificador⁸². A respeito do tema, Kelsen apresenta argumento categórico:

A justiça é uma idéia irracional. Por mais indispensável que seja para a volição e a ação dos homens, não está sujeita à cognição. Considerada a partir da perspectiva da cognição racional, existem apenas interesses e, conseqüentemente, conflitos de interesses. Sua solução pode ser alcançada por uma ordem que satisfaça um interesse em detrimento de outro ou que busque alcançar um compromisso entre interesses opostos. Que apenas uma dessas duas ordens seja “justa” não é algo que possa ser estabelecido pela cognição racional [...] E, apesar de o ideal de justiça em seu sentido original, tal como o desenvolvido aqui, ser razoavelmente diferente do ideal de paz, existe uma tendência definida de identificar os dois ideais ou de, pelo menos, substituir o ideal de justiça pelo de paz⁸³.

Na visão proposta pelo jurista austríaco, pode-se notar que justiça se vincula mais a um sentimento, do que propriamente um conceito dedutível. Assim, justa seria uma ordem que considerasse o envolvimento e a efetiva participação dos interessados, de modo que se identificassem com o provimento exarado. A paz, em contrapartida,

⁸¹ “[...] o sistema judiciário utiliza do monopólio da vingança para sufocá-la, abafá-la. No fim das contas, nada difere o princípio de justiça do princípio da vingança”. MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

⁸² LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 227.

⁸³ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 19-20.

configura conceito mais tangível e objetivo: a minimização das oposições, em favor de uma existência duradoura, a convivência de diferenças sem a necessidade de extermínio de uma das partes⁸⁴. Assim, ainda que se considere como função do direito também a justiça, esta pode ser identificada a partir da concretização da paz.

Nota-se, portanto, que ao direito se atribuem as funções de realizar justiça e de se garantir a paz. Vale ressaltar, também, que definir o significado de tais funções, especialmente o de justiça, representa empreitada demasiadamente complexa e que pode levar à conclusão de que as definições se aproximam. Inclusive, podem até mesmo se confundir, na medida em que se conceba que não se pode falar em justiça em uma sociedade tomada por conflitos.

Neste ínterim, vale destacar as lições de Cândido Rangel Dinamarco, que apresenta releitura para o brocardo inaugural deste tópico, na forma de *ubi societas, ibi processus*⁸⁵. Significa, nos dizeres do processualista, que o direito material apresenta-se, sim, como autônomo, mas se expressa também e fortemente por meio do direito processual, de modo que a função legislativa e a função jurisdicional aproximam-se, sobretudo quanto ao cumprimento do escopo social, qual seja, a pacificação. Quanto às funções do Estado, com enfoque na jurisdicional, passa-se a analisar como têm sido desenvolvidas.

3.2 O JUDICIÁRIO COMO “MONOPÓLIO”: RESOLVER CONFLITOS OU DIZER QUEM TEM RAZÃO?

A partir do desenvolvimento da figura do Estado, este passa a deter os poderes de criar as leis, executá-las – interna e externamente – e julgar sua aplicação, com a finalidade de dirimir os conflitos sociais. As discussões sobre quais seriam os contornos de tais poderes, seus limites e sua separação foram complexas,

⁸⁴ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 19-20.

⁸⁵ *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005., p. 216.

envolvendo principalmente as lições de Locke, Montesquieu e Blackstone⁸⁶. Após considerável período histórico de maturação, contemporaneamente o Estado adota a separação tripartida de poderes, composta por Executivo, Legislativo e Judiciário.

Neste íterim, vale ressaltar as teorias de Giuseppe Chiovenda e de Francesco Carnelutti quanto à função jurisdicional. A doutrina chiovendiana adota perspectiva publicista sobre o processo, na medida em que este serve como instrumento para que o juiz declare a lei no caso concreto. As lições de Carnelutti, por seu turno, abordam o processo a partir da concepção de lide, ou seja, da pretensão resistida entre as partes, e sustenta a criação, pela sentença, de uma regra individual ao caso concreto, que passa a integrar o ordenamento jurídico. Na verdade, conforme destaca Luiz Guilherme Marinoni, as duas doutrinas se aproximam, na medida em que a função do juiz vincula-se à obediência à lei⁸⁷, e se realiza por meio da sentença.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, trabalha a relação entre lei e julgador de maneira peculiar: resgatando o objetivo de garantir a harmonia dos cidadãos, destaca a função legislativa do Estado, em eleger condutas favoráveis e desfavoráveis, recompensas e castigos, bem como critérios para acesso aos bens da vida, tendo em vista que estes são finitos, enquanto são infinitos os interesses possíveis dos sujeitos. Não obstante, também precisa o Estado dirimir insatisfações concretas, “decidindo e realizando praticamente os resultados que entende devidos em cada caso”, de modo que “legislação e jurisdição englobam-se, assim, numa unidade teleológica”⁸⁸. Assim, as funções legislativa e jurisdicional se complementam.

Neste sentido, o desfecho do processo jurisdicional ocorre por meio do provimento judicial, proferido por um terceiro imparcial – o juiz -, enquanto atuação vinculada à lei, e apresenta duas características merecedoras de destaque, quais sejam, ser

⁸⁶ Bartolomé de Clavero analisa crítica e detalhadamente o percurso histórico da evolução da teoria da separação dos poderes em *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Editorial Tratta, 2007. P. 39-86.

⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1), p. 35-41.

⁸⁸ *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 194-195.

vinculante e definitivo⁸⁹. Tais atributos sobrelevam-se, pois, para cumprir a função de dirimir conflitos, o processo deve colocar um termo definitivo, de modo que aquelas partes não possam continuar a discussão, ou repetir a discussão no Judiciário⁹⁰. Assim, partindo-se do pressuposto de que a sociedade civilizada só admite a autotutela em situações excepcionais, a decisão acobertada pela coisa julgada impede, em tese, que os litigantes prossigam com os embates e se submetam ao veredicto judicial.

Contudo, *“a solução adjudicada, não raras vezes [...] se resume a resolver apenas a crise jurídica, deixando em aberto as pressupostas crises de outra natureza, a quais, por não terem sido conjuntamente dirimidas, tendem a retornar [...] recrudescidas”*⁹¹. Isso porque o processo judicial é um recorte muito menor do que o real conflito social – em verdade, o recorte do recorte.

Pelo simples fato de serem indivíduos singulares e, devido ao envolvimento na celeuma, serem parciais, cada uma das partes seleciona – conscientemente ou não - determinados “trechos” da realidade e os reportam a seus respectivos advogados. Estes, por sua vez, enquanto detentores da capacidade postulatória, são responsáveis por revestir o que compreenderam – que, ressalte-se, também é uma releitura do que foi de fato narrado - em um novo relato, assumindo a roupagem jurídica. A partir dessas peças apresentadas pelos respectivos patronos, o juiz avaliará as questões que compreendeu por deduzidas e proferirá uma decisão, apontando qual dos polos tem razão.

⁸⁹ Os elementos definidores do exercício da jurisdição não são concebidos com unanimidade pela doutrina. Não obstante, no voto do Conflito de Competência nº 111.230/DF, a relatora Ministra Nancy Andrichi compila aqueles tidos como destaque pela doutrina, sinteticamente: a atuação da vontade concreta da lei com terceiridade (emanada por um órgão em substituição às próprias partes); a composição de uma lide; e a aptidão para formar coisa julgada. (CC 111.230/DF, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014).

⁹⁰ “De nada adiantaria a jurisdição caso os conflitos, uma vez resolvidos, pudessem ser rediscutidos, ou se a solução do juiz pudesse ser negada. De modo que a decisão jurisdicional, além de resolver os conflitos, deve se impor, tornando-se imutável e indiscutível”. MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1), p. 134.

⁹¹ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMBARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 7.

Nesse sentido, conforme o princípio processual da congruência, o juiz deverá decidir o processo nos limites apresentados pelas partes. Considerando a lição de Wittgenstein de que “os limites de minha linguagem denotam os limites do meu mundo”⁹², o distanciamento entre a narrativa inicial do ocorrido até a versão efetivamente posta em juízo resulta num déficit de cognição da realidade⁹³. De maneira ainda mais gravosa, esse sistema metalinguístico de relato sobre relato apenas aumenta as chances de ocorrerem ruídos na comunicação e, por conseguinte, se agravar a controvérsia.

Nesta seara, vale ressaltar a previsão da audiência de saneamento. O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15 – Lei Federal nº 13.105/2015) prevê, no artigo 357, § 3º⁹⁴, a possibilidade de o juiz designar audiência com o objetivo de sanear o processo juntamente com as partes, de maneira cooperativa. Trata-se o presente caso de oportunidade de os principais atores processuais - juiz, partes e advogados - dialogarem diretamente e conferirem se, de fato, o que está deduzido no processo e o que está sendo compreendido pelo julgador corresponde ao que as partes efetivamente querem dizer. Assim, a audiência de saneamento consensuado representa excelente mecanismo do processo civil atual brasileiro para tentar suprir a defasagem de comunicação das narrativas das peças jurídicas.

A comprovação empírica de que a atividade jurisdicional não tem atendido a função de pacificação – quanto aos conflitos já instaurados, ou quanto à prevenção de futuros litígios – está nos índices apurados pelo Conselho Nacional de Justiça. Segundo o relatório Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)⁹⁵, a taxa de congestionamento judicial atingiu a marca de 72,2%. De maneira detalhada, foram 27.280.287 casos novos, em face de 27.238.863 sentenças proferidas, além de 73.936.309 pendentes, totalizando mais de 100 milhões de processos no Judiciário brasileiro.

⁹² WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968, p. 111.

⁹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 87.

⁹⁴ Art. 357 [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações.

⁹⁵ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>, acesso em 31.10.2016.

Diante desse quadro de abarrotamento, manifestou-se Ada Pellegrini Grinover:

A morosidade dos processos, seu custo, a burocratização na gestão dos processos, certa complicação procedimental; a mentalidade do juiz que nem sempre lança mão dos poderes que os códigos lhe atribuem; a falta de informação e de orientação para os detentores dos interesses em conflito; as deficiências do patrocínio gratuito, tudo leva à obstrução das vias de acesso à Justiça e ao distanciamento entre o Judiciário e seus usuários. O que não acarreta apenas o descrédito na magistratura e nos demais operadores do direito, mas tem como preocupante consequência a de incentivar a litigiosidade latente, que frequentemente explode em conflitos sociais, ou de buscar vias alternativas violentas ou de qualquer modo inadequadas (desde a Justiça de mão própria, passando por intermediações arbitrárias e de prepotência, para chegar até os “justiceiros”)⁹⁶.

Assim, em que pese a teleologia do Judiciário seja a pacificação social, verifica-se que, na prática, esta função não tem sido cumprida. O congestionamento judicial não só comprova esta ineficiência, como também a agrava, num círculo vicioso.

3.3 O PROCESSO JURISDICIONAL COMO CAMPO DE BATALHA

Prosseguindo a análise quanto à linguagem e o monopólio de dizer o direito, deve-se destacar que a cisão entre o discurso do jurisdicionado, parte da controvérsia, e do advogado e do juiz, ou seja, dos profanos e dos profissionais, corrobora um contexto de desigualdade e dominação⁹⁷. Segundo Pierre Bourdieu

[...] o conteúdo prático da lei que se revela no veredicto é o resultado de uma luta simbólica entre profissionais dotados de competências técnicas e sociais desiguais, portanto, capazes de mobilizar, embora de modo desigual, os meios ou recursos jurídicos disponíveis, pela exploração das <<regras possíveis>>, e de os utilizar eficazmente, quer dizer, como armas simbólicas, para fazerem triunfar a sua causa⁹⁸.

Portanto, a forma pela qual se desenvolve o processo judicial assemelha-se a um campo de batalha – ainda que simbólica. Demonstração mais evidente do que se

⁹⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.

⁹⁷ BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989, p. 212.

⁹⁸ Idem, *ibidem*, p. 224.

afirma está na expressão utilizada para denominar um dos princípios basilares do devido processo legal – a paridade de *armas*.

A isonomia, historicamente, representa o princípio segundo o qual as partes devem guardar igualdade de condições no desenvolvimento do processo, o que inclui desde as oportunidades de fala, até a devida assistência jurídica⁹⁹. Ao se aplicar tais expressões como sinônimas, evidencia-se que tais condições nada mais são do que armamentos e estratégias para disputar a guerra que é o processo e, ao fim, conquistar a “vitória” – a procedência do pedido.

Outro elemento merecedor de reflexão na estrutura processual consiste no ônus da impugnação específica. No processo civil brasileiro, incumbe ao réu, à ocasião da contestação, manifestar-se especificamente sobre as alegações de fato apresentadas na petição inicial, sob pena de se considerarem verdadeiras as alegações de fato não impugnadas¹⁰⁰. Aqui, vale registrar a crítica de Daniel Mitidiero, no sentido de que a opção do processo civil brasileiro sobre a “confissão ficta” prejudica a colaboração entre os atores processuais, na medida em que reduz, em vez de ampliar, o debate¹⁰¹. Ainda, como, durante a vigência do CPC/73, a audiência de conciliação só seria designada após apresentação da resposta do réu, antes de ser oportunizada qualquer tentativa de diálogo, as partes obrigatoriamente deveriam passar por uma fase de embate, portanto.

Nesse sentido, alerta Carlos Eduardo de Vasconcelos:

⁹⁹ A respeito do processo como campo de guerra e dos atores processuais como guerreiros, leia-se MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

¹⁰⁰ CPC/2015, art. 341. Incumbe também ao réu manifestar-se precisamente sobre as alegações de fato constantes da petição inicial, presumindo-se verdadeiras as não impugnadas, salvo se: I - não for admissível, a seu respeito, a confissão; II - a petição inicial não estiver acompanhada de instrumento que a lei considerar da substância do ato; III - estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto. Parágrafo único. O ônus da impugnação especificada dos fatos não se aplica ao defensor público, ao advogado dativo e ao curador especial.

¹⁰¹ “Inspiramo-nos, mais de perto, na solução portuguesa, sem, contudo, alçar mão do termo confissão, lá encartado em lei, evidentemente inadequado para a representação da situação, consoante já observou a doutrina. E aqui justamente o ponto: em um processo que privilegia o diálogo processual, melhor seria que se considerassem fictamente contestadas as alegações de fato do demandante, constringendo os seus participantes a um efetivo debate a respeito da causa. Ter-se-ia, então, o objeto litigioso formado mantendo-se à partida uma substancial igualdade entre os litigantes, mais conforme ao ideal de um processo civil cooperativo”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 126.

O que geralmente ocorre no conflito processado com enfoque adversarial é a hipertrofia do argumento unilateral, quase não importando o que o outro fala ou escreve. Por isso mesmo, enquanto um se expressa, o outro já prepara uma nova argumentação. Ao identificarem que não estão sendo entendidas, escutadas, lidas, as partes se exaltam e dramatizam, polarizando ainda mais as posições¹⁰².

Neste quesito especificamente, já avançou o processo civil brasileiro. O CPC/2015, por meio do artigo 334, estabeleceu uma sessão preliminar de mediação ou conciliação, para que seja, pois, oportunizada a tentativa de diálogo antes do combate jurídico das partes. A sessão do artigo 334, porém, será analisada de maneira mais detida no capítulo seguinte.

O desenrolar processual, como se pode perceber, contribui para o reforço do combate e, conseqüentemente, o agravamento do conflito, em detrimento de seu apaziguamento.

3.4 O MANIQUEÍSMO DA SENTENÇA JUDICIAL E A LÓGICA DA SUCUMBÊNCIA (PERDE-GANHA)

A conclusão do processo ocorre por meio da decisão judicial, que, como visto, deveria ser responsável pela pacificação. No atual contexto processual, os provimentos jurisdicionais seguem a lógica da sucumbência, ou seja, um sistema de perde-ganha – para cada pedido deduzido em juízo, haverá um perdedor e um ganhador, total ou parcialmente. Assim, o processo civil segue a estrutura de uma linguagem binária, com resultados sempre de soma zero, ou seja, tudo o que uma parte ganha é retirado da outra (perde-ganha)¹⁰³.

Fernanda Tartuce¹⁰⁴ leciona que a comunicação pode ocorrer por meio de sistemas binários ou ternários de linguagem. O sistema binário envolve o terceiro excluído,

¹⁰² *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 22.

¹⁰³ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 41

¹⁰⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83.

seguindo a lógica da alternatividade e rege-se pela conjunção “ou” – culpado *ou* inocente; sucumbente *ou* vitorioso. O ternário, a seu turno, caracteriza-se pela conjunção “e” e, por isso, busca a inclusão de elementos na atividade comunicativa, ampliando a cognição sobre o conflito. A lógica ternária pode ser observada, por exemplo, no tratamento de conflitos por meio de mediação, que busca propostas ganha-ganha, enquanto a lógica binária é frequentemente identificada na prestação jurisdicional.

O raciocínio maniqueísta de exclusão ganhou forças na modernidade, podendo ser identificado não só na prática do direito positivo, mas também na Ciência Jurídica¹⁰⁵, com a prevalência do individualismo como princípio do liberalismo¹⁰⁶. Cabe salientar que, quanto ao Estado Liberal, destacam-se as ideias defendidas por Montesquieu quanto ao poder de julgar: tratar-se-ia de função estritamente intelectual, impossibilitada de criar direitos, ou seja, apenas afirmar, no caso concreto, o que já fora determinado pelo poder Legislativo por meio do texto legal¹⁰⁷. Nesse contexto, acreditava-se na supremacia do legislativo e no caráter absoluto da lei, é dizer, na aptidão para ser completa e indubitável, de tal maneira “que apenas poderiam gerar uma única interpretação, inquestionavelmente coreta”¹⁰⁸.

A partir desta lógica, quanto à Ciência, a divisão dos ramos jurídicos em público x privado, bem como material x processual, o que teve significativa importância na construção e consolidação dos métodos de estudos jurídicos. Quanto ao direito positivo, a figura do juiz *bouche de la loi* e a sucumbência como perde-ganha, ou como certo-errado, teve relevância histórica como forma de frear arbitrariedades dos

¹⁰⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S. A., 2003, p. 81-82

¹⁰⁶ Em análise sobre o Estado do *laissez-faire* e a perspectiva dogmática do Direito, Cappelletti e Garth: “Mesmo recentemente, com raras exceções, o estudo jurídico também se manteve indiferente às realidades do sistema judiciário [...] O estudo era tipicamente formalista, dogmático e indiferente aos problemas reais do foro cível. Sua preocupação era frequentemente de mera exegese ou construção abstrata de sistemas e mesmo, quando ia além dela, seu método consistia em julgar *normas* de procedimento à base de sua validade histórica e de sua operacionalidade em situações hipotéticas. As reformas eram sugeridas com base nessa teoria do procedimento, mas não na experiência da realidade. Os estudiosos do direito, como o próprio sistema judiciário, encontravam-se afastados das preocupações reais da maioria da população”. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 10.

¹⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1), p. 27.

¹⁰⁸ Idem, *ibidem*, p. 31.

juízes e viabilizar, por certo período, uma proposta de segurança jurídica¹⁰⁹. Todavia, ressalvadas as contribuições históricas, cada vez mais se percebe a obsolescência desse antagonismo e o distanciamento que provocou entre o direito e a realidade social¹¹⁰.

Isso, porque a partir da inserção de novos direitos a serem anunciados pelo Estado, sobretudo os direitos sociais, também o Judiciário passa a ter que se manifestar sobre questões políticas e sociais. Nesse contexto, “o juiz não pode mais se ocultar, tão facilmente, detrás da frágil defesa da concepção do direito como norma preestabelecida, clara e objetiva, na qual pode basear sua decisão”¹¹¹, tendo em vista a inserção em um novo imperativo histórico, que exige a extrapolação da interpretação maniqueísta da lei¹¹². Ademais, a pós-modernidade apresenta-se como momento histórico em que “tudo é permeado pela ambivalência. Não há mais nenhuma situação social inequívoca, da mesma forma que não há mais atores inflexíveis no palco da história”¹¹³.

A ideia da sucumbência como perde-ganha, certo-errado, vencedor-perdedor, portanto, demonstra outra limitação do processo judicial, que, como visto, desde o seu início, por meio da narrativa das partes, recortada pelo discurso técnico jurídico, reduz a cognição sobre a controvérsia a cada etapa procedimental. Para agravar o contexto, a lógica sucumbencial busca vencedores e perdedores, corroborando a ideia de que o Judiciário acaba por assumir para si a incumbência de executar a vingança, que visa a opressão do outro, e não a resolução do problema.

A este respeito, Rodrigo Mazzei manifesta-se no seguinte sentido:

¹⁰⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1), p. 28.

¹¹⁰ Tratando do paradigma científico da modernidade, a partir do século XVII, Daniel Mitidiero destaca que “A compreensão do direito como um conjunto de normas formais e abstratas, deduzidas conceitualmente, teve como consequente a sua própria colocação fora do âmbito cultural. O fenômeno jurídico (seus problemas e suas respectivas soluções) acabou congelado no tempo e desligado da realidade social”. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

¹¹¹ MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. *Gestão democrática das cidades: acesso à justiça a partir dos juízes leigos comunitários*. Disponível em: <www.ibdu.org.br/imagens/GESTaODEMOCRaTICADASCIDADES.pdf>. Acesso em: 06 de março de 2017.

¹¹² BARCELOS, Debora Ceciliotti. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, p. 47.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014, p. 11.

Imprescindível [...] abrir mão da lógica processual “vencedor x perdedor”, de modo a aceitar como resultado ideal que ambas as partes possam se sentir ganhadoras. Dessa forma, o conflito é finalizado, do mesmo modo como o desejo de vingança é banido, vez que não haverá que se falar em derrota¹¹⁴.

O desfecho por meio do provimento jurisdicional, portanto, reitera uma lógica de opressão e violência¹¹⁵ e dá-se num recorte extremamente distante da realidade social que provocou, originalmente, a atuação do Judiciário. Por conta disso, muitos processos não terminam com a decisão definitiva, mas sim retornam à máquina pública como novas controvérsias.

Nesse contexto, Boaventura de Sousa Santos, em “Para uma Revolução Democrática da Justiça”, evidencia e critica o distanciamento que existe, atualmente, entre o Judiciário e os jurisdicionados. Conforme analisa o autor, trata-se de um processo de continuidade de uma cultura de justiça – incluindo o ensino e a formação – lastreado, sobretudo, no generalismo, em privilégios de poder, refúgios burocráticos, afastamento da sociedade e (pretensa) autossuficiência. Desse modo, a figura do aplicador do direito apresenta-se como indivíduo destacado do corpo social, avesso à interdisciplinaridade, como competente pela solução de todos os litígios¹¹⁶.

Na prática, porém, como visto, o Estado, ao manter a proposta de único e absoluto responsável pela solução de litígios, amplia o abismo entre o direito e a realidade social. Assim, para Boaventura, para romper tal cultura e haver uma aproximação mais qualificada entre o conflito social e o conflito jurídico, essencial que o Judiciário se engaje com as técnicas consensuais, por meio do modelo de tribunal multiportas, que, “oferecendo respostas diferenciadas a situações diversas e, assim,

¹¹⁴ Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

¹¹⁵ "A racionalidade da justiça já não dá conta da universalidade e horizontalidade das relações humanas às voltas com sua complexidade social. A codificação das normas ancorado na tradição da aplicabilidade da lei foi paulatinamente deixando de ser somente normativa, em que o Estado representa o cidadão pela força impositiva do direito". BARCELOS, Debora Ceciliotti. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, p. 29.

¹¹⁶ *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 100-105.

contrapondo ao sistema autoritário tradicional o potencial emancipatório que a promoção do consenso abraça”¹¹⁷.

Trata-se de lição já preconizada por Mauro Cappelletti e Bryant Garth há algumas décadas, que, em sua obra *Acesso à Justiça*, destacaram como tarefa elementar dos processualistas modernos a análise dos mecanismos de processamento de litígios, e, “consequentemente, ampliar sua pesquisa para mais além dos tribunais e utilizar os métodos de análise da sociologia, da política, da psicologia e da economia, e, ademais, aprender através de outras culturas”¹¹⁸.

Assim, verifica-se que o processo civil brasileiro ainda privilegia a visão predominantemente técnica, em detrimento do escopo social da pacificação, prejudicando sua mobilidade e modernização, face à dinâmica hipercomplexa da atualidade¹¹⁹⁻¹²⁰. Nesse contexto, o monopólio da visão de processo como outorga de decisão pelo Estado-juiz, a aplicação maniqueísta da lei por meio da sucumbência e o arcabouço simbólico que afasta o cidadão do espaço de poder que é a relação processual representam elementos de uma herança liberal da concepção de Estado e de direito. Contudo, as últimas décadas têm trazido novos ares à processualística pátria, que, no bojo do Estado Democrático de Direito, passa a tratar do processo também sob o viés da participação e da adequação, como se passa a analisar.

¹¹⁷ *Para uma revolução democrática da justiça*. Coimbra: Almedina, 2014, p. 71-72.

¹¹⁸ Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 13.

¹¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 271.

¹²⁰ “Constata-se que, atualmente, em grande parte, o ordenamento jurídico processual, que se dirige predominantemente à pacificação social, organiza-se segundo a ótica de Morton Deutsch, em torno de processos destrutivos lastreados, em regra, somente no direito positivo. As partes, quando buscam auxílio do Estado para solução de seus conflitos, frequentemente têm o conflito acentuado ante procedimentos que abstratamente se apresentam como brilhantes modelos de lógica jurídica-processual – contudo, no cotidiano, acabam por muitas vezes se mostrar ineficientes na medida em que enfraquecem os relacionamentos sociais preexistentes entre as partes em conflito. [...] Torna-se claro que o conflito, em muitos casos, não pode ser resolvido por abstrata aplicação da técnica de subsunção. Ao examinar quais fatos encontram-se presentes para em seguida indicar o direito aplicável à espécie (subsunção) o operador do direito não pode mais deixar de fora o componente fundamental ao conflito e sua resolução: o ser humano”. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, p. 57.

4 O (NEO)PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E O TRATAMENTO DE CONFLITOS

Conforme destacado previamente, a concepção exclusivamente técnica do processo, dentro de um paradigma cientificista, teve relevância no reconhecimento e no desenvolvimento do direito processual como ramo jurídico autônomo; todavia, também acarretou o isolamento cultural do fenômeno jurídico, congelando-o e desligando-o da realidade social¹²¹. No cenário de consolidada autonomia científica, passa a doutrina a resgatar o vínculo entre direito material e processual, para propor uma visão teleológica do sistema, ou seja, que o processo não representa um fim em si mesmo, mas sim que busca concretizar a tutela de direitos¹²². Assim, “*sem descurar o cientificismo do processo, os novos processualistas deslocaram o eixo de suas preocupações para outros enfoques e posturas, rumo ao instrumentalismo substancial do processo e à efetividade da justiça*”¹²³.

No Direito Brasileiro, a fase instrumentalista do processo destacou-se após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual a jurisdição consagra-se como um poder, mas também uma função do Estado¹²⁴. Em tal contexto, Cândido Rangel Dinamarco defende a tese segundo a qual a jurisdição não apresenta finalidade única, mas sim múltipla, de modo que o processo deve nortear-se por três escopos – jurídico, político e social¹²⁵. O escopo jurídico traduz-se na concretização da vontade do direito material; o político verifica-se tanto na manutenção da estabilidade dos valores e instituições do Estado, quanto na participação dos

¹²¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 29.

¹²² “Ocorre que o direito processual é ciência nova, conta com menos de cento e cinquenta anos de autonomia do direito material, circunstância que limitou a difusão desses novos paradigmas de processo aos estudiosos do tema; mas agora, com o instrumental técnico legislativo e constitucional que foi posto à disposição de todos os juristas, a visão “moderna” e privatista do processo deve ser completamente abandonada, em prol da efetividade e da realização dos ideais constitucionais do Estado Democrático de Direito”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 11.

¹²³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 279-280.

¹²⁴ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 20.

¹²⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 186.

cidadãos na elaboração das decisões; por fim, o escopo social apresenta-se também em duas vertentes, a da educação, ou seja, o desenvolvimento da consciência nos cidadãos sobre seus direitos, e a da pacificação social, como eliminação de conflitos¹²⁶.

Em paralelo à doutrina instrumentalista, deve-se considerar a constitucionalização do processo, ou o *neoprocessualismo*¹²⁷. O instrumentalismo, como explanado, invoca a relação entre direito material e processual, em concepção teleológica; não obstante, a partir da concepção de um Estado Democrático de Direito, a Constituição deve assumir valor fundante no ordenamento jurídico, de modo a inspirar todos os ramos jurídicos¹²⁸. Nesse sentido, Daniel Mitidiero destaca que o direito processual constitucional constitui “*condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo*”, e revela dois sentidos vetoriais nos quais se podem identificar as relações entre processo e Constituição: em um, a tutela constitucional sobre o processo e os princípios regentes; em outro, o controle de constitucionalidade e a preservação das garantias fundamentais¹²⁹. Desta forma, cabe ao jurista, de qualquer ramo, analisar a lei à luz da Constituição, para buscar a compreensão que melhor realize os princípios, direitos e garantias fundamentais¹³⁰.

A concepção constitucionalizada do direito reverbera em diversos aspectos do processo. Primeiramente, evidencia-se que a lei processual não se mostra absoluta, ou seja, diante da “*permanente construção ante as necessidades evidenciadas pela riqueza inesgotável dos casos concretos [...] impede de acorrentá-lo, sempre e aprioristicamente, a prévias e abstratas soluções legais*”¹³¹. Por conseguinte, passa-se a conceber as regras processuais de maneira mais abrangente, como uma moldura, para que o juiz e os jurisdicionados possam, diante do caso concreto,

¹²⁶ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 21-22

¹²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 51.

¹²⁸ “Hoje a lei se submete às normas constitucionais, devendo ser conformada pelos princípios constitucionais de justiça e pelos direitos fundamentais. É correto dizer, aliás, que uma das mais importantes características do constitucionalismo contemporâneo está na definição normativo-constitucional de princípios materiais de justiça, cuja função é iluminar a compreensão do ordenamento jurídico”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1), p. 97.

¹²⁹ MITIDIERO, Daniel. *Ibidem*, p. 39.

¹³⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Ibidem*, p. 47.

¹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Ibidem*, p. 41.

identificar e eleger os instrumentos mais adequados à tutela dos direitos, a partir dos nortes constitucionais¹³²⁻¹³³.

Nesse contexto, notam-se duas outras modificações elementares na visão de processo para o presente trabalho: a ideia de *adequação* e a de *participação*. Deve-se ressaltar, na verdade, que ambas se aproximam, na medida em que o instrumento processual adequado, em uma democracia participativa, não pode ser ditado unilateralmente pelo juiz, mas sim eleito conforme o diálogo com as partes, destinatárias de todo o processo. Inclusive, porque o processo, no âmbito de seu escopo social, não se realiza exclusivamente no contexto estatal do Poder Judiciário – pode ser, e é recomendável que seja, em alguns casos, realizado também extrajudicialmente. Nesse sentido, sublinha-se a ressalva de Daniel Mitidiero:

“[...] a jurisdição não pode mais ser colocada como centro da teoria do processo civil. Insistir nessa postura revela uma visão um tanto quanto unilateral do fenômeno processual, sobre ignorar a dimensão essencialmente participativa que a democracia logrou alcançar na teoria do direito constitucional hodierno. [...] Não se nega, evidentemente, o papel fundamental que se atribui à jurisdição no quadro do processo. De modo nenhum. Antes, reforça-se a condição das partes, igualmente fundamental, para o bom desembargo do processo e para o alcance da justiça no caso posto em juízo”¹³⁴⁻¹³⁵.

Portanto, nota-se que a concepção instrumentalista, de certo modo, aproxima-se do neoprocessualismo, ou direito processual constitucional, na medida em que ambos consideram a destinação (pacificar) e o destinatário (cidadão) do processo, norteados

¹³² MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 10), p. 121.

¹³³¹³³ “[...] a Constituição deve ser entendida como um direito superior, vinculativo inclusive para o legislador. Mas não só, o seu mais importante aspecto está na presença simultânea de regras, princípios, direitos fundamentais e justiça como elementos mínimos, agregados pela exigência extra de adequação e razoabilidade entre o caso concreto e a lei [...]”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 6.

¹³⁴ *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 48.

¹³⁵ Nesse sentido, insta ressaltar a diferença entre o artigo que inaugura o Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) e o do novo código. Na Lei Federal nº 5.869/1973, o artigo 1º determina que disporá sobre a jurisdição civil, contenciosa ou voluntária, sendo esta exercida pela figura dos juízes. Na Lei Federal nº 13.105/2015, por sua vez, abandona-se a menção à jurisdição, assim como aos juízes, e estipulam-se disposições sobre processo civil. CPC/73, art. 1º *A jurisdição civil, contenciosa e voluntária, é exercida pelos juízes, em todo o território nacional, conforme as disposições que este código estabelece*. CPC/15, art. 1º *O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código*.

pelos valores democráticos constitucionais¹³⁶. Nesse contexto, dois temas destacam-se, e dialogam entre si, na fixação dos pilares para um paradigma de tratamento adequado de conflitos no processo civil brasileiro: (i) a ressignificação da inafastabilidade do Judiciário, (ii) a participação/cooperação no processo civil e a adequação dos instrumentos processuais.

4.1 (RE)LEITURA DO INCISO XXXV, DO ARTIGO 5º, DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

O inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 garante que “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”, ao qual se atribuem os princípios da inafastabilidade do Judiciário e do acesso à justiça, bem como fundamenta o direito fundamental de ação. A construção dos conceitos e da relação entre eles, contudo, merece análise mais detida.

A origem da vinculação entre justiça e direito de ação remonta, mais uma vez, aos ideais burgueses dos séculos XVIII e XIX. Conforme lecionam Mauro Cappelletti e Bryan Garth, tratava-se de um contexto em que, apesar de se acreditar no “direito natural à justiça”, “*sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros*”, de modo que o “*Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para*

¹³⁶ “Assim, o estudo das relações entre o processo e a Constituição revela-se como o caminho que deverá permitir o reconhecimento do processo, *não somente de um instrumento de justiça*, mas também um *instrumento de liberdade*. É oportuno frisar que são temas que têm relação com essa visão de processo: a necessária aproximação entre direito processual e direito material, dentro da moldura constitucional; a *judicial review*; a criação da norma pela jurisprudência (*judge-made law*); a superação dos paradigmas de processo civil “moderno”, de um *processo técnico, individual e privado* para um processo compreendido como *fenômeno de poder, social e coletivo*; a conseqüente *valorização das tutelas diferenciadas*; a necessidade de abertura para a *adequação do processo em seu curso*; a efetividade como corolário do acesso à justiça; e o devido processo legal substancial como forma de controle do “*correto*” *exercício do “poder” de julgar* (razoabilidade e proporcionalidade nas decisões judiciais)”. ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 8.

*reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente*¹³⁷. Assim, no cenário em que o Estado deveria desempenhar um papel mínimo e sob um conceito negativo, ou seja, de apenas impedir ou reprimir a violação de direitos, mas não de promovê-los, falar de garantir justiça significava permitir ao indivíduo lesado um meio de propor ou contestar uma demanda judicial¹³⁸.

Nesse sentido, a primeira Constituição brasileira a apresentar expressamente tais princípios foi a de 1946, nos termos do parágrafo 4º, do artigo 141: “*a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*”. Conforme destaca Hermes Zaneti Júnior, o dispositivo representa avanço significativo, pois se trata da primeira vez na história constitucional brasileira de haver expressa previsão da regra da ubiquidade jurisdicional, por meio de uma cláusula aberta, ou seja, sem haver um suporte fático e uma consequência jurídica expressamente previstas no texto¹³⁹. Não obstante, como se pode notar da parte final do artigo, o doutrinador também destaca a visão individualista dos direitos, considerando a titularidade dos direitos focada apenas na visão dos sujeitos singularmente – redação que foi repetida pelos textos constitucionais de 1967 e 1969.

Finalmente, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil trouxe, no inciso XXXV, do artigo 5º, redação ampliada: incluiu-se a tutela da *ameaça*, e não só lesão, a direito, excluindo-se, pois, a restrição a “individual”. Quanto à primeira ampliação, trata-se de busca pela efetividade do processo, atrelada à adequação, na medida em que a tutela dos direitos não necessariamente deve ser repressiva, mas pode, e, a depender do caso, deve ser preventiva, para as hipóteses em que não seja possível reverter a lesão, caso ocorra. Quanto à segunda, representa fruto de evolução da própria concepção de direitos, que passam a ser considerados também na perspectiva coletiva e, portanto, devem ser tutelados, a partir dos mecanismos de substituição processual. Assim, a partir da Constituição Cidadã, o controle judicial passou a abranger os direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e

¹³⁷ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p.9.

¹³⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 76.

¹³⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 39.

individuais homogêneos) e as tutelas de urgência¹⁴⁰. Insta ressaltar que a tutela coletiva dos direitos representa uma das ondas mencionadas por Mauro Cappelletti e Bryan Garth como soluções práticas para os problemas de acesso à justiça¹⁴¹.

Para os autores, a primeira onda estaria representada pela conquista da assistência judiciária para os pobres, como forma de transpor as barreiras econômicas – invisíveis para a concepção liberal de processo – para promover uma demanda judicial. Todavia, a assistência judiciária por si só não se mostra suficiente, tendo em vista depender de um elevado número de advogados e, ainda, que estejam dispostos a atuar – e com qualidade - em benefício dos mais pobres. Ainda assim, tampouco basta para determinadas causas, como as muito pequenas, ou as representativas de uma coletividade¹⁴².

Assim, exsurge a segunda onda de Cappelletti e Garth: as reformas em prol da representação jurídica para os interesses de coletividades. Especialmente focada na área ambiental e consumerista, segundo os autores, esta etapa do movimento pelo acesso à justiça modifica consideravelmente a concepção de representação judicial, tendo em vista que, pelo grande número de interessados, faz-se necessário desenvolver novos meios para manifestação em juízo, reformulando-se também o papel dos atores processuais¹⁴³. Contudo, também esta fase tem suas limitações, especialmente por focar ainda na representação jurídica.

Finalmente, a terceira onda denomina-se “enfoque de acesso à justiça” e não tem por objetivo *superar* as outras duas, senão agregá-las e ir além. Segundo os autores:

[...] esse enfoque encoraja a exploração de uma *ampla variedade de reformas*, incluindo alterações nas formas de procedimento, mudanças na estrutura dos tribunais ou a criação de novos tribunais, o uso de pessoas leigas ou paraprofissionais, tanto como juízes quanto como defensores, modificações no direito substantivo destinadas a evitar litígios ou facilitar sua solução e a utilização de mecanismos privados ou informais de solução

¹⁴⁰ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 45.

¹⁴¹ *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

¹⁴² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 47-49.

¹⁴³ Idem, ibidem, p. 67-68.

dos litígios. Esse enfoque, em suma, não receia inovações radicais e compreensivas, que vão muito além da esfera de representação judicial¹⁴⁴.

Para transpor as barreiras para o acesso à justiça, pois, os autores elencam a necessidade de adaptar o procedimento ao tipo de conflito, análise que será explorada detalhadamente na sequência do presente trabalho.

Nesse ínterim, deve-se notar que todo o trajeto histórico da redação constitucional e da disciplina doutrinária ainda associa e confunde o princípio da inafastabilidade, ou ubiquidade, do Judiciário e o princípio do acesso à justiça. Assim, por força da herança tradicional do monopólio do Judiciário para realizar “justiça” – e pacificação –, o mesmo dispositivo fundamenta o direito constitucional de ação – a garantia universal para provocar o Poder Estatal a atuar perante o conflito –, o dever de o Judiciário manifestar-se diante da provocação por meio do processo judicial (inafastabilidade) e o compromisso fundamental de se buscar garantir a todos o acesso à ordem jurídica justa (acesso à justiça). Nesse contexto, a justiça – pacificação – só poderia ser obtida por meio do processo judicial.

Contudo, no contexto democrático, o acesso à justiça não deve restringir-se ao processo judicial, mas sim volver-se também para “*habilitar o cidadão a tutelar seus interesses e possibilitar à sociedade a composição pacífica dos conflitos*”¹⁴⁵. Kazuo Watanabe, ao avaliar a relação entre a inafastabilidade do Judiciário e o acesso à justiça, defende que:

O **princípio do acesso à justiça**, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o **acesso à ordem jurídica justa**, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário não somente organizar os serviços que são prestados por meio de processos judiciais, como também aqueles que socorram os cidadãos de modo mais abrangente, de solução por vezes de simples problemas jurídicos, como a obtenção de documentos essenciais para o exercício da cidadania, e até mesmo de simples palavras de orientação jurídica. Mas é, certamente, na solução dos conflitos de interesses que reside a sua função primordial, e para desempenhá-la cabe-lhe organizar não apenas os serviços processuais, como também, e com grande ênfase, os serviços de solução dos conflitos pelos mecanismos

¹⁴⁴ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 71.

¹⁴⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

alternativos à solução adjudicada por meio de sentença, em especial dos meios consensuais, isto é, da mediação e da conciliação¹⁴⁶.

De maneira complementar, Fernanda Tartuce evidencia que a autotutela (nas hipóteses em que se permite), a autocomposição, assim como a decisão adjudicada de um terceiro, eleito pelas partes (árbitro) ou não (Estado-juiz, magistrado), são todas formas de se operacionalizar a justiça, de tal forma que esta seja considerada *“um valor superior em relação à forma para sua obtenção, sendo de grande importância a composição de conflitos apta a dar a cada um o que é seu, realizando os direitos violados e/ou ameaçados com o mínimo de convulsão social”*¹⁴⁷.

Corroborando a perspectiva doutrinária, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, responsável por dispor sobre a Política Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. O referido ato normativo, elaborado pelo órgão competente para controlar a atuação administrativa e financeira do Judiciário, bem como de zelar pela observância do artigo 37 da Constituição Federal¹⁴⁸, apresenta em seus considerandos a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social como objetivos estratégicos do referido poder estatal. Nesse sentido, acrescenta outros considerandos, justamente no contexto de resignificação dos princípios ora analisados:

CONSIDERANDO que o direito de acesso à Justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal além da vertente formal perante os órgãos judiciários, implica acesso à ordem jurídica justa;

CONSIDERANDO que, por isso, cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses, que ocorrem em larga e crescente escala na sociedade, de forma a organizar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também os que possam sê-lo mediante outros mecanismos de solução de conflitos, em especial dos consensuais, como a mediação e a conciliação;

¹⁴⁶ "Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses". Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>, acesso em 26 de março de 2017.

¹⁴⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77.

¹⁴⁸ CF/88, art. 103-B, § 4º e § 4º, II.

CONSIDERANDO a necessidade de se consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios [...]¹⁴⁹

Desta forma, imprescindível compreender que o Judiciário deve atender todos os cidadãos que a ele se socorrem, porém essa obrigação não significa obrigatoriamente a prestação de uma tutela adjudicada. Paralelamente, toda a sociedade deve buscar o acesso à justiça, mas esta pode ser realizada tanto no bojo do Judiciário, quanto fora dele, por meio dos métodos de tratamento adequado de conflitos, tais como a arbitragem, mediação e conciliação. Portanto, verifica-se a ressignificação de ambos os princípios constitucionais¹⁵⁰.

No sentido ora analisado, destaca-se o artigo 3º do Código de Processo Civil de 2015, *in verbis*:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.
 § 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.
 § 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
 § 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

Neste íterim, vale ressaltar que o Código de Processo Civil de 2015 consiste no primeiro código processual elaborado e promulgado em contexto democrático, bebendo das fontes da constitucionalização do direito. Neste contexto, inaugura-se com um título único, destinado às normas fundamentais e à aplicação das normas processuais, no qual, no Capítulo I, insere-se o artigo ora analisado.

Como se pode notar, o *caput* do artigo 3º reproduz a redação do inciso XXXV, do artigo 5º, da Constituição. Invocando a máxima *verba cum effectu sunt accipienda*, ou seja, *a lei não apresenta palavras inúteis*, deve-se buscar a teleologia que inspirou a reprodução, e esta se apresenta na redação dos parágrafos que

¹⁴⁹ BRASIL. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>, acesso em 28 de março de 2017.

¹⁵⁰ “A releitura do princípio da inafastabilidade da jurisdição deve ter como fundamento o conceito moderno de acesso à Justiça, que não se limita ao acesso ao Judiciário, mas abrange a oportunidade de solucionar conflitos no âmbito privado, onde também devem estar garantidas a independência e a imparcialidade do terceiro que irá conduzir o tratamento do conflito”. PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 17-44, abr/2016.

acompanham o artigo em análise: a ampliação do conceito de acesso à justiça, e a ressignificação da inafastabilidade do Judiciário.

Primeiramente, o parágrafo primeiro assenta, vez por todas, a validade da arbitragem no direito brasileiro. Não obstante, ao colocar a arbitragem na descrição do artigo que trabalha a noção de apreciação jurisdicional, também ratifica o posicionamento já exarado pelos tribunais superiores acerca da natureza jurisdicional da via arbitral¹⁵¹.

Em sequência, o parágrafo segundo inspira-se no preâmbulo da Constituição brasileira, onde se lê o compromisso do Estado Democrático com a solução pacífica de controvérsias, tanto no âmbito interno, quanto no internacional¹⁵². Neste dispositivo, verifica-se lição importante na expressão “sempre que possível”: os meios consensuais devem ser cogitados e tentados em primeira mão, mas também não são a panaceia para todos os males. É dizer, de um lado, a solução adjudicatória, imposta, deve ser a *ultima ratio* promovida pelo Estado; de outro, percebe-se que, para alguns casos, será necessária¹⁵³.

Finalmente, o parágrafo terceiro do artigo em análise apresenta algumas lições de relevo. A primeira parte do dispositivo apresenta a mediação e a conciliação como métodos a serem estimulados, mas apenas a título exemplificativo e, portanto, reforça a proposta de atipicidade e multiplicidade de instrumentos disponíveis para tratar os conflitos. Em seguida, a segunda parte apresenta-se como elemento essencial na mudança de cultura, pois estabelece verdadeiro dever processual de os atores processuais – não só as partes, tampouco apenas o juiz – engajarem-se no

¹⁵¹ Nesse sentido, vide Conflito de Competência CC 146.939/PA, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 23/11/2016, DJe 30/11/2016.

¹⁵² “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

¹⁵³ “O que se pretende com a remoção dos entraves ilegítimos e a universalização do acesso à Justiça, de fato, não é tornar a sociedade um grande tribunal, mas sim permitir a legítima canalização dos conflitos, sobretudo daqueles que ficavam à margem do ingresso no Judiciário”. SILVA, Érica Barbosa. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 30.

estímulo ao tratamento adequado¹⁵⁴. Finalmente, o último trecho do dispositivo, ao mencionar “*inclusive no curso do processo judicial*” atesta que os métodos consensuais devem ser estimulados em qualquer tempo e contexto – antes ou durante o processo judicial, judicial ou extrajudicialmente.

Portanto, pode-se concluir que o processo civil brasileiro preocupa-se com a universalização da justiça, desde a Constituição Federal de 1988, sendo atualmente evidenciadas tais diretrizes pelo Código de Processo Civil de 2015¹⁵⁵. Todavia, esta preocupação deve ser concebida numa acepção ampla, para abranger a inafastabilidade da jurisdição, que abrange a atipicidade das ações, podendo tutelar tanto lesões quanto ameaças a direitos. Ainda, abranger o acesso à ordem jurídica justa, que deve considerar não só os meios adjudicatórios, mas também consensuais de tratamento de conflitos, judicial ou extrajudicialmente¹⁵⁶.

Não obstante, a ressignificação do conteúdo do inciso XXXV, do artigo 5º, da CF/88 consiste apenas um dos elementos em prol de um tratamento adequado de conflitos: passa-se a analisar também a concepção da participação/cooperação do processo civil e da adequação dos instrumentos processuais.

¹⁵⁴ Quanto à mudança de comportamento das partes como elemento essencial para modificação da cultura em relação ao conflito, vide o tópico XXX.

¹⁵⁵ Refletindo sobre o tema, Carlos Eduardo Vasconcelos: “as atuais inovações do CPC resgatam, portanto, uma dívida histórica do direito processual civil para com a Constituição da República. A supervalorização de processos de ganha-perde, com ênfase para as particularidades formais, hipertrofiava os mecanismos adjudicatórios e aviltava as possibilidades dos métodos autocompositivos”. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 86.

¹⁵⁶ “O aparato estatal democrático é um sistema capaz de propor e gerir os princípios a partir dos quais os processos de resolução de conflitos possam se dar. O Estado, nesse aspecto, é fomentador do compromisso ético com a leitura e a compreensão da realidade na qual se dão os litígios”. BARCELOS, Debora Ceciliotti. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013, p. 27.

4.2 A PARTICIPAÇÃO/COOPERAÇÃO NO PROCESSO CIVIL E A ADEQUAÇÃO DOS INSTRUMENTOS PROCESSUAIS

Os princípios da adequação e da participação são distintos entre si, de modo algum podendo ser confundidos. Todavia, para a construção da ideia de uma teoria de tratamento de conflitos no processo civil brasileiro, relacionam-se de maneira simbiótica.

Primeiramente, deve-se atentar para o princípio da participação como elemento basilar de um Estado Democrático de Direito¹⁵⁷. A democracia, enquanto governo do povo, precisa justamente da atuação do cidadão para legitimar-se: no caso das atividades legislativa e executiva, a Constituição discrimina essa participação por meio primordialmente do voto para eleição dos representantes¹⁵⁸, sem prejuízo dos votos em plebiscitos ou referendos. Não obstante, a democracia não se restringe ao voto, de modo que, na verdade, “*todas as formas de influência sobre os centros do poder são participativas, no sentido de que representam algum peso para a tomada de decisões; conferir ou conquistar a capacidade de influir é praticar democracia*”¹⁵⁹. No caso do Judiciário, porém, a participação realiza-se de maneira diversa. Os magistrados, bem como todo o corpo de servidores auxiliares, assumem os cargos por meio de concurso público¹⁶⁰, de modo a não poder falar-se em atuação direta do povo quanto à escolha de tais agentes do poder estatal.

Nesse contexto, a doutrina processualística, sobretudo a partir da virada da constitucionalização, enxerga a participação como um dos escopos do processo¹⁶¹ e

¹⁵⁷ PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 95.

¹⁵⁸ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A Constitucionalização do Processo*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 128.

¹⁵⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 208.

¹⁶⁰ Aqui, ressalva-se a questão do quinto constitucional, por meio do qual um quinto dos lugares nos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e Territórios compõe-se de membros do Ministério Público e de advogados, nos termos do artigo 94 da Constituição Federal de 1988, havendo indicação de seus pares, por meio dos órgãos de representação de classe.

¹⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Ibidem*, p. 207.

passa a vislumbrar sua concretização no exercício do contraditório¹⁶². Assim, pode-se dizer que, no processo civil constitucional, o contraditório apresenta-se como um desdobramento do princípio democrático da participação. Nesse sentido, doutrinariamente, sobreleva-se o contraditório não como ação e reação, ou seja, não como mero direito de resposta de uma parte em relação a outra: passa a envolver também o juiz, no sentido de representar, na verdade, a prerrogativa de poder influenciar na construção da decisão¹⁶³.

Desta forma, pode-se elencar alguns exemplos fulcrais para a concepção exposta acima, sobretudo a partir do CPC/15, tais como a motivação das decisões, a vedação às decisões surpresa e o saneamento compartilhado. Para seguir a ordem que tais fenômenos ocorrem no processo, analisa-se primeiro o saneamento compartilhado: trata-se de oportunidade de ambas as partes, juntamente com o juiz, fixarem consensualmente os pontos controvertidos do processo, insculpida expressamente no novo diploma processual em seu artigo 357, § 3º¹⁶⁴. Assim, evidencia-se o enfoque nos destinatários imediatos do processo – se a demanda é proposta por autor, devido a um desentendimento com o réu, nada melhor do que o juiz reunir-se com ambos para que *concordem sobre discordar* e, assim, evitar o enfoque em questões não relevantes para as partes, ou a falta de atenção para questões tidas como essenciais pelos litigantes. Percebe-se, pois, a importância em evitar o desperdício de trabalho por parte do juiz, bem como a prevenção contra uma possível insatisfação das partes sobre o objeto litigioso¹⁶⁵.

¹⁶² “O Estado constitucional revela aqui a sua face democrática, fundando o seu direito processual civil no valor participação, traduzido normativamente no contraditório. O valor participação, a propósito, constitui a base constitucional para a colaboração no processo”. MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2011, p. 85.

¹⁶³ MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista de informação legislativa*. Brasília: 2011, v. 48, n. 190 t. 1, p. 289-302, abr./jun, p. 291.

¹⁶⁴ “Art. 357. Não ocorrendo nenhuma das hipóteses deste Capítulo, deverá o juiz, em decisão de saneamento e de organização do processo: [...] § 3º Se a causa apresentar complexidade em matéria de fato ou de direito, deverá o juiz designar audiência para que o saneamento seja feito em cooperação com as partes, oportunidade em que o juiz, se for o caso, convidará as partes a integrar ou esclarecer suas alegações”.

¹⁶⁵ “Se bem utilizada [...] pode imprimir a propalada celeridade, e, sobretudo, prestigiar o *contraditório* na forma em que é atualmente concebido, como *poder de influência e dever de debate*. Durante o ato, é possível instituir a tão almejada “comunidade de trabalho”, com cada um dos atores do núcleo processual assumindo suas responsabilidades endoprocessuais, para um adequado *saneamento do processo* (não tendo sido possível a conciliação) e, sobretudo, para uma eficiente *organização da fase seguinte* (probatória)”. SANT’ANNA, Igor Pinheiro de. *A “Fase de Saneamento e Organização”*

Outro exemplo de relevo está na vedação do CPC/15 às chamadas “decisões surpresa”, prevista no artigo 10¹⁶⁶. As decisões surpresa seriam aquelas nas quais o juiz manifesta-se e decide sobre matérias não discutidas pelas partes, de modo que não tenha sido oportunizado o debate, é dizer, sem o devido processo democrático. Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho e Maria Martins Silva Stancati:

O processo justo, ainda, em um ambiente democrático e constitucional, não pode se descuidar do foco do procedimento como estrutura de formação das decisões. Diante disso, deve-se assegurar que o ambiente processual seja de intenso e verdadeiro debate, afastando-se da visão de superioridade do Estado-juiz. Pelo contrário, o cidadão deve ser visto como participante, não um mero recebedor da atividade estatal interventora [...]¹⁶⁷

Nesse sentido, essa previsão aproxima-se da regra da motivação das decisões judiciais. Insculpida no inciso IX, do artigo 93, da Constituição¹⁶⁸, a regra quanto à fundamentação foi discriminada, minuciosamente, pelo legislador infraconstitucional, no artigo 489 do CPC/15, para garantir a compreensão sobre como atender ao comando constitucional e viabilizar aos jurisdicionados a possibilidade de controlar o provimento do juiz, no sentido de acompanhar todo o *iter* argumentativo motivador da decisão. Assim, de um lado, a fundamentação apresenta-se como um dever de o juiz expor seus argumentos; de outro, como uma garantia de os jurisdicionados verificarem se as discussões promovidas no percurso procedimental foram consideradas na tomada de decisão¹⁶⁹.

no Processo de Estrutura Cooperativo-Democrática. 2015. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2015, p. 91.

¹⁶⁶ Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

¹⁶⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A ressignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 17-44, abr/2016.

¹⁶⁸ Art. 93. [...]IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

¹⁶⁹ "Portanto, a motivação possui papel de protagonista na legitimação democrática das decisões judiciais, devendo, pois, em respeito e homenagem ao Estado Democrático de Direito, ao Estado Constitucional e à natureza cooperativa do processo civil contemporâneo, qualquer decisão observar e patrocinar um efetivo e constante diálogo com as razões levantadas pelas partes em suas manifestações processuais, sendo a motivação adequada direito fundamental e condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito". DAL'COL, João Roberto de Sá. *Motivação das Decisões Judiciais: o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (Re)Descoberta do Dever de Fundamentação*. 2016. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

Todos esses elementos trazidos, de fato, representam avanços democráticos em sede processual. Contudo, considerando que a manifestação no processo, devido à capacidade postulatória e à eleição da estratégia jurídica, por uma questão de técnica e poder simbólico, são praticadas pelos advogados, a participação direta – pessoal – das partes ainda se apresenta diminuta. Desta forma, também este princípio pode assumir uma nova significação, de modo a promover atuação protagonizada diretamente pelos jurisdicionados¹⁷⁰.

Neste íterim, deve-se invocar o princípio da adequação, pois será justamente o qual dialogará com as ideias propostas no parágrafo anterior. A ideia da adequação concebe-se a partir da visão instrumental da processualística, no sentido de o processo ser vocacionado a efetivar o direito material e, portanto, precisar relacionar-se com suas nuances. Assim, passa-se a notar a existência de uma diversidade de direitos subjetivos, com diversas particularidades no direito material, repercutindo no instrumento processual a ser manejado para efetivá-lo. É dizer, buscam-se meios pelos quais possa o direito processual moldar-se, de maneira a adequar-se às nuances materiais.

Em tal contexto, passa-se a desenvolver tutelas diferenciadas, positivadas mesmo na lei. Pode-se elencar, assim, a título meramente exemplificativo, a existência de procedimentos especiais, a tutela coletiva e as diversas modificações ocorridas no âmbito da tutela executiva. Em tais casos, são as peculiaridades tangentes ao direito material (tipo de contrato discutido no processo, natureza coletiva do direito em debate, natureza da obrigação executada) os justificadores de o legislador ter criado ritos próprios¹⁷¹. Não obstante, as adaptações ainda restringem-se ao disposto positivamente em lei¹⁷².

¹⁷⁰ Defendendo uma reformulação do direito, para abranger a atuação de mais atores sociais na interpretação e aplicação, vide VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 46.

¹⁷¹ GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. Brasília: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t. 1, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 165.

¹⁷² “A atividade jurisdicional, no entanto, ainda que auxiliada por um processo que possibilite a eleição de vários ritos previstos em lei, encontra limitações justamente na falta de flexibilidade desses ritos e na criatividade controlada da atividade decisória do juiz, que deve ater-se aos limites do pedido e às fórmulas legais e provimento judicial. Ainda que se tenha observado uma preocupação de processualistas, refletida em reformas legislativas, no sentido de privilegiar a prestação da tutela na

O debate, então, passa a ser também sobre como romper com o rigor da rigidez procedimental. Nesse sentido, vale destacar a lição de Fernando da Fonseca Gajardoni¹⁷³, segundo existem dois principais sistemas de procedimento, quais sejam, (i) *da legalidade das formas procedimentais* e (ii) *da liberdade das formas procedimentais*: no caso do primeiro, o principal norte consiste na segurança jurídica, e o procedimento encontra-se rigidamente previsto em lei, não se admitindo o desrespeito à prescrição legal; no segundo, não há uma ordem pré-estabelecida de atos, cabendo aos sujeitos do processo determinar o curso do rito. Todavia, conforme também destacado pelo autor, não há sistemas totalmente puros.

Assim, apesar de historicamente prevalecer o primeiro modelo, ou seja, a rigidez das formas procedimentais, aos poucos o processo civil permite-se ser permeado por uma *deformalização*. Segundo Ada Pellegrini Grinover¹⁷⁴, o termo pode ser usado para explicar duas acepções com relação ao tema do presente trabalho: de um lado, a simplificação do procedimento jurisdicional, direcionado pela celeridade e eficiência, utilizando meios mais simples, rápidos e econômicos; de outro, a *deformalização das controvérsias*, a busca por outros mecanismos, além do processo adjudicatório jurisdicional, de acordo com a natureza do conflito, para solucioná-lo. É dizer, a deformalização apresenta faces tanto na via judicial quanto extrajudicial.

Nesse contexto, retoma-se o debate sobre a participação, para reuni-lo com a noção de adequação: a partir da deformalização do processo, tanto judicial quanto extrajudicial, os cidadãos passam a ter papel mais ativo e direto na realização da pacificação social. Isso, porque passam a ser estimulados mecanismos que viabilizam tanto a escolha sobre o rito procedimental, quanto sobre qual instrumento será utilizado para dirimir o conflito – se adjudicatório ou consensual, etc. – de modo que as adequações deixam de ser protagonizadas apenas pelo juiz, e passam a

forma específica, a jurisdição, principalmente, e os demais métodos impositivos apresentam limitações na definição de soluções satisfatórias e adequadas aos interesses dos disputantes em algumas espécies de conflitos”. ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

¹⁷³ Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. Brasília: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t. 1, p. 163-177, abr./jun. 2011, p. 164.

¹⁷⁴ *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 280.

permitir a deliberação também das partes¹⁷⁵, inclusive de maneira imediata, ou seja, sem a obrigatória intermediação por meio de advogado. Tais mecanismos podem ser identificados no Código de Processo Civil de 2015 em duas passagens de destaque para o presente trabalho: o artigo 190, que autoriza os negócios jurídicos processuais atípicos, e o artigo 334, que expressamente insere a mediação e a conciliação no bojo do processo jurisdicional de rito comum¹⁷⁶, figuras as quais ora se passa a analisar¹⁷⁷.

4.2.1. Negócios jurídicos processuais: o artigo 190 do CPC/15

O tema de negociação jurídica historicamente vincula-se aos debates do direito material civil, como desdobramento da autonomia da vontade e da autonomia privada. Como dito anteriormente, para consolidar-se como ramo autônomo, o direito processual distanciou-se do direito material e, apenas em período mais recente, ambas as vertentes jurídicas reaproximaram-se, permitindo o debate de temas afins,

¹⁷⁵ Insta ressaltar que, no caso dos mecanismos extrajudiciais, a participação cidadã na realização da pacificação social não se amplia apenas para as partes, mas também para os terceiros – sejam conciliadores, mediadores ou árbitros. Tratando especificamente dos meios consensuais, Ada Pellegrini Grinover destaca: “Inseridos os procedimentos conciliativos, ainda que de natureza não jurisdicional, no quadro da política judiciária, a intervenção de leigos na função conciliativa também se coloca no âmbito da participação popular na administração da justiça. Representa ela, ao mesmo tempo, instrumento de garantia e instrumento de controle, configurando meio de intervenção popular direta pelos canais institucionalizados de conciliação e mediação” (Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, vol. 14/2007, p. 16-21, jul.-set./2007).

¹⁷⁶ A respeito da conciliação e da mediação como parte da política judiciária, Ada Pellegrini Grinover: “[...] permite afirmar, sem temor de erro, que corresponde ela não apenas à busca de maior racionalização e eficiência na administração da Justiça, como também aos objetivos preponderantes de pacificação social, compondo e prevenindo situações de tensões e rupturas mais amplas e profundas do que as lides levadas à Justiça tradicional e solucionadas pelo processo. Configura, ainda, significativo meio de participação do corpo social na administração da justiça, pela via da mediação institucionalizada, capaz de levar à autocomposição, além de propiciar a informação, a tomada de consciência e a politização que decorrem da orientação jurídica. Tudo obedecendo aos escopos jurídico, sociais e políticos da jurisdição que, em sua acepção mais ampla, também compreende a atividade conciliativa extrajudicial”. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 293.

¹⁷⁷ A adequação e participação na perspectiva da eleição de método em face da controvérsia para além do âmbito judiciário será feita de maneira detida no capítulo seguinte.

com desdobramentos tanto no plano material, quanto no processual. Nesse contexto, inserem-se as convenções processuais.

Os negócios jurídicos processuais representam a convenção realizada entre particulares, cujo objeto concerne a ajustes processuais, seja de ônus, poderes, faculdades ou deveres. Discriminadamente, Pedro H. P. Nogueira os conceitua como o “*fato jurídico voluntário em cujo suporte fático esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou estabelecer, dentre dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais*”¹⁷⁸. De maneira complementar, Leonardo Greco destaca não se tratar de uma privatização do direito (público) processual, mas sim do reconhecimento de que, enquanto destinatárias do provimento jurisdicional, as partes também tem interesse em influenciar nas atividades-meio do percurso¹⁷⁹. Ainda, segundo Bruno Garcia Redondo, a flexibilização procedimental representa um desdobramento do devido processo de direito, na medida em que visa adequar da maneira mais efetiva possível o meio (procedimento) ao fim (tutela jurisdicional)¹⁸⁰.

Apesar de a expressão “convenções” ou “negócios jurídicos processuais” ter ganhado destaque na doutrina a partir dos debates acerca do CPC/15, algumas figuras típicas já existiam no ordenamento pátrio. Como principais exemplos, pode-se citar a cláusula de eleição de foro (artigo 111 do CPC/73), a suspensão convencional do processo (artigo 265, II, do CPC/73) e a convenção de arbitragem (artigo 3º da Lei Federal nº 9.307/96). Na cláusula de eleição, permite-se às partes, desde a pactuação do contrato de direito material entre as partes, modificar a competência – desde que seja relativa – para julgamento da eventual demanda. No caso da suspensão, o legislador previa a autorização de as partes cessarem, por até seis meses, os esforços direcionados para a litigância jurisdicional, para tentarem conciliar-se. Por fim, no caso da convenção de arbitragem, os sujeitos podem, prévia

¹⁷⁸ *Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no projeto de código de processo civil*. In.: ADONIAS, Antônio; JR., Fredie Didier (org.). Projeto do Novo Código de Processo Civil. 2ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 574.

¹⁷⁹ “Afim, se o processo judicial não é apenas coisa das partes, são elas as destinatárias da tutela jurisdicional e são os seus interesses que a decisão judicial diretamente atinge, e, através deles, os seus fins últimos, embora remotos e abstratos, de tutela do interesse geral da coletividade, do bem comum e da paz social”. GRECO, Leonardo. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: 1ª Ed., p. 7, Outubro/Dezembro de 2007.

¹⁸⁰ Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 130, jan. 2014, p. 09-16.

(cláusula compromissória) ou incidentalmente (compromisso arbitral) estipular que o conflito será julgado por um terceiro particular, o árbitro, e não o magistrado do Poder Judiciário. Assim, pode-se perceber a existência e o reconhecimento pela doutrina de negócios processuais típicos – porque previstos expressamente na própria lei¹⁸¹ – no direito processual brasileiro até 2015.

A Lei Federal 13.105/2015, todavia, inovou ao estipular, em seu artigo 190, a autorização aos chamados negócios jurídicos atípicos:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Como se pode perceber a partir da leitura do dispositivo, o legislador autorizou genericamente os negócios processuais, porém estipulou algumas condições de validade, bem como delineou a atuação do juiz em face de tais convenções.

Quanto à validade, antes mesmo de verificar as disposições do artigo 190, deve-se destacar a necessária observância aos requisitos gerais de validade dos negócios jurídicos da teoria civilista: nos termos do artigo 104 do Código Civil Brasileiro, (a) agente capaz, (b) objeto lícito e (c) forma prescrita ou não defesa em lei. A forma e a capacidade não serão temas de maiores debates, tendo em vista a ausência de qualquer prescrição específica no artigo 190 do CPC/15, de modo que resta analisar o objeto.

O *caput* do artigo 190 delimitou como possível a negociação quando o processo versar sobre direitos que admitam autocomposição¹⁸². A redação, apesar de curta e,

¹⁸¹ “Diz-se que é “típico” todo negócio jurídico processual que tem os seus contornos característicos delineados pela lei, de forma expressa”. ÁVILA, Raniel Fernandes de. *Breves reflexões sobre a descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no Estado Democrático de Direito*. In.: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016, p. 126.

¹⁸² A análise detida a respeito de direitos passíveis de autocomposição será feita no tópico seguinte, tendo em vista que o artigo 334 do CPC/15 traz a mesma expressão.

aparentemente, simples, gera polêmica: o negócio diz respeito ao direito processual, mas se vincularia à possibilidade de autocomposição do direito material.

Primeiramente, deve-se ter como norte que o direito material e o processual não se confundem e, por isso, a possibilidade de autocomposição não implicar, obrigatoriamente, na do outro¹⁸³. Nesse sentido, Diogo A. R. de Almeida evidencia exemplos para atestar que o direito material pode, de um lado, ser disponível, o que não autoriza, por exemplo, a mitigação exacerbada do direito de defesa (direito processual) pelas partes; ou, de outro lado, a ocorrência de um direito material indisponível, que não pode prejudicar a eleição de foro, ou a negociação quanto à data de audiência¹⁸⁴. Desta forma, a análise da validade do objeto negociado precisa ser realizada com atenção redobrada, pois não deve se restringir ao direito material discutido no processo, mas sim o direito processual convencionado.

Além dos requisitos de validade já mencionados, o parágrafo único do artigo 190 evidencia também o respeito à isonomia. Ao mencionar as hipóteses de inserção abusiva em contratos de adesão ou situações de vulnerabilidade, o legislador preocupou-se em evitar que a convenção processual seja realizada de maneira que possa prejudicar a participação da parte no processo, ou que, de alguma forma, permita o benefício de um jurisdicionado em detrimento do outro. Trata-se, na verdade, de garantir a utilização dos negócios processuais como instrumentos para promover a adequação do processo em favor da participação de ambas as partes, e não para desequilibrar a relação processual e prejudicar qualquer delas.

Por fim, quanto à validade, Leonardo Greco destaca a necessária observância dos princípios e garantias fundamentais do processo no Estado Democrático de Direito, ou seja, que os negócios processuais não sejam *contra legem*¹⁸⁵.

O artigo 190 ainda apresenta expressão interessante para a classificação dos negócios processuais. Quanto ao tempo, podem ser anteriores ou incidentais, é

¹⁸³ CHAGAS, B. S. R.; MAZZEI, R. R. . *Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem*. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1ed.Salvador: Juspodivm, 2015, v. , p. 528.

¹⁸⁴ *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. Orientador Leonardo Greco, p. 177.

¹⁸⁵ Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: 1ª Ed., p. 7, Outubro/Dezembro de 2007.

dizer, podem ser realizados previamente à existência do processo, aliás, anteriormente até mesmo ao conflito em si, ou podem ser pactuados durante o transcurso processual. Insta destacar que a pactuação prévia mostra-se mais inteligente, do ponto de vista da gestão processual¹⁸⁶: uma vez instaurado o conflito, será difícil as partes entrarem em convergência, ainda que seja simplesmente quanto a regras de procedimento; logo, melhor, desde o momento da celebração da relação contratual, fixar quais diretrizes procedimentais serão adotadas, diante da eventualidade de uma controvérsia. Não há, porém, empecilho jurídico para a pactuação posterior, durante o transcorrer processual.

Deve-se ressaltar, também, que o negócio processual prévio pode ser realizado independentemente de advogado. Apesar de ainda ser tema deveras elitizado, no sentido de a população leiga em geral desconhecer as nuances da matéria, a lei não exige a presença de advogado ao celebrar negócios processuais no bojo de um contrato – e é, inclusive, o que ocorre nas cláusulas compromissórias, negócios processuais típicos, previstos na Lei Federal nº 9.307/96, sem qualquer menção a presença de advogados. Nesse sentido, corrobora-se o dito anteriormente quanto ao maior protagonismo – e protagonismo direto – das partes em relação ao processo.

Ainda no quesito da classificação, os negócios processuais podem ser unilaterais, bilaterais ou plurilaterais. Serão unilaterais aqueles independentes de uma segunda pessoa para concretizarem-se – trata-se do caso da renúncia ao direito de recorrer, ou do reconhecimento jurídico do pedido, a título meramente exemplificativo. Por outro lado, os negócios bilaterais envolvem duas partes, como nas hipóteses de eleição de foro, ou de convenção de arbitragem, analisadas anteriormente. Finalmente, pode-se dizer de negócios plurilaterais aqueles concernentes também à figura do julgador, como na situação da calendarização processual, expressamente prevista no artigo 191 do CPC/15¹⁸⁷.

¹⁸⁶ CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización Del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*. V.3, n. 3, p. 3-35, aug-dec.2012.

¹⁸⁷ Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso. § 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados. § 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

Neste íterim, imprescindível deter-se quanto à atuação do juiz diante dos negócios processuais. A previsão de convenções plurilaterais, como ocorre na calendarização, relaciona-se com as situações nas quais o juiz de alguma forma será afetado, e/ou terá informações essenciais para a estipulação do negócio: no caso do artigo 191 do CPC/15, o magistrado precisa estar presente, pois é ele quem poderá avaliar se o cartório poderá assumir os compromissos de prazos fixados, bem como se as datas estipuladas coadunar-se-ão com o andamento de todos os demais processos daquele juízo. Assim, a presença do juiz como parte da negociação processual será extremamente restrita.

Nos demais negócios processuais – unilaterais e bilaterais – o julgador poderá atuar de duas formas: realizando homologação ou controle. A homologação será necessária apenas nos casos exigidos pela lei, tendo em vista a inteligência do artigo 200 do CPC/15, segundo o qual os atos das partes produzem efeito imediatamente, independentemente da atuação do juiz¹⁸⁸. Nos demais casos, deverá ater-se à função de *fiscalizador*, ou seja, manifestar-se somente caso verifique a existência de um vício e, se este não puder ser sanado, nos termos do princípio da instrumentalidade das formas, então invalidar a convenção processual¹⁸⁹. Nesse sentido, o parágrafo único do artigo 190 do CPC/15, ao estipular que a atividade de controle será exercida no sentido de “recusar aplicação” nos casos de nulidade.

Desta forma, compreendidos os elementos básicos da doutrina relativa aos negócios processuais, torna-se mais fácil perceber o vínculo com o presente trabalho. Tais convenções podem ser realizadas diretamente pelas partes, que se tornam protagonistas na gestão processual de seus conflitos, podendo estipular os contornos procedimentais que seguirão, respeitados os limites estabelecidos no ordenamento pátrio. Portanto, trata-se de avanço considerável na participação das partes proceduralmente em relação aos conflitos, bem como do processo, quanto

¹⁸⁸ DIDIER JR., Fredie; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 61.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. Orientador Leonardo Greco, p. 214.

à abertura para adequação conforme as nuances do direito material, mas também às preferências ditadas pelos jurisdicionados.

4.2.2. A audiência inaugural de Mediação ou Conciliação do Procedimento Comum: o artigo 334 do CPC/15

Como analisado, o CPC/15 representa uma nova visão processual, constitucionalizada, marcada pela ressignificação de diversos princípios fundamentais. Nesse contexto, e em consonância com o artigo 3º do novo código, o procedimento comum passou a prever ato processual essencial para o incentivo dos métodos consensuais de tratamento de conflitos: a audiência disposta no artigo 334 do código. Veja-se:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

Esta nuance procedimental permeou os debates relativos à elaboração do CPC/15 desde o início dos trabalhos e, segundo o ministro Luiz Fux, o objetivo de incluir tal audiência como o primeiro ato de convocação do réu a juízo consistiu em “*otimizar o relacionamento social com larga margem de eficiência em relação à prestação jurisdicional*”¹⁹⁰.

Neste íterim, para melhor compreender a afirmação do ministro quanto à eficiência, imprescindível apresentar breves contornos conceituais¹⁹¹. Isso, porque o dispositivo em análise prevê a possibilidade de audiência de mediação ou conciliação, o que

¹⁹⁰ BRASÍLIA. *Comissão de Juristas “Novo CPC” – Senado Federal*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>, acesso em 03 de abril de 2017.

¹⁹¹ A conceituação e explicação detida sobre os diversos mecanismos de tratamentos de conflitos será abordada no capítulo seguinte.

não autoriza a confusão entre os dois instrumentos como sinônimos¹⁹². Tanto mediação quanto conciliação concebem-se como mecanismos consensuais de tratamento de conflitos, nos quais há presença de um terceiro facilitador (mediador ou conciliador) para atuar em conjunto com as partes¹⁹³, o que leva a doutrina a divergir quanto à diferenciação entre os dois instrumentos. Não obstante, o legislador pátrio optou por distingui-los, de maneira indireta, a partir da definição de atuação do terceiro facilitador, nos termos dos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do CPC/15:

Art. 165 [...]

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

§ 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.

Assim, pode-se diferenciar mediação e conciliação conforme a destinação a que se propõe, tanto no sentido do objetivo, quanto da espécie de conflito, bem como de acordo com a atuação do terceiro imparcial¹⁹⁴. De maneira mais detida, diz-se que a mediação destina-se a conflitos nos quais há relação prévia, ou relação continuada entre as partes do conflito, de modo a ser crucial restabelecer o diálogo entre elas. Nesse contexto, o mediador atua como facilitador da comunicação, porém sem apontar qualquer tipo de proposta de solução para as partes. A conciliação, por outro lado, recomenda-se aos conflitos pontuais, podendo o conciliador assumir postura um pouco mais interventora, chegando a sugerir propostas de acordo, porém sem qualquer coercitividade. Em ambas, indubitavelmente, apenas as partes podem decidir os próprios conflitos.

Estabelecidos os brevíssimos apontamentos conceituais, torna-se mais simples compreender a afirmação quanto à possibilidade de tal audiência contribuir para a

¹⁹² No sentido, confira-se: MAZZEI, Rodrigo; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos artigos 165-175*. In Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

¹⁹³ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 171.

¹⁹⁴ Como destacado, utilizou-se, neste tópico, posicionamento direcionado pela opção do legislador pátrio. Divergindo quanto a esses elementos de diferenciação entre mediação e conciliação, veja-se SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 171-177.

efetividade do processo. Ao prever esta audiência como primeiro ato processual para o qual se convoca o réu, o legislador buscou promover uma tentativa de tratamento consensual do conflito antes de ingressar na espiral do conflito que se torna o processo judicial. É dizer, o réu comparecerá para a tentativa de mediação ou conciliação antes mesmo de apresentar sua resposta processual¹⁹⁵ e, portanto, antes de enveredar na argumentação e impugnação específica de cada um dos pontos levantados pelo autor na petição inicial. De outro giro, o autor estará na presença do réu antes de ler todas as impugnações que este fará contra aquele.

Assim, garantem-se condições mais prováveis para estabelecimento de um comportamento cooperativo entre as partes. Nesse contexto, caso a tentativa de mediação ou conciliação resulte em acordo, a economia processual apresenta-se inegavelmente, tendo em vista o encerramento do processo. Por outro lado, se as tentativas não bastarem para o acordo, a utilização, por parte dos profissionais devidamente capacitados, das técnicas em prol do consenso podem contribuir para que o procedimento subsequente não seja tão combativo, tendo em vista que as partes podem não concordar sobre o deslinde da controvérsia, mas podem restabelecer, ao menos em parte, a comunicação entre si¹⁹⁶. Neste sentido:

O propósito hodierno do legislador foi reduzir ao mínimo a distância entre a propositura da demanda e a realização da audiência, em reconhecimento de que é no momento de encontro das partes e advogados adversos, que se tem mais praticável a combinação ou consumação de um acordo. À vista disso, lucra-se com a brevidade do feito, tendo em vista a economia de tempo e energia processual alcançada (art. 334, parágrafo 11º, NCPC); como também pelo apaziguamento factual dos ânimos então antagônicos, o que atende ao anseio preambular constitucional, em incentivo à solução pacífica das controvérsias¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Nos termos do artigo 335 do CPC/15, o prazo para oferecer contestação só terá início após a audiência de conciliação ou mediação, ou da última sessão de mediação, ou após o protocolo do pedido de cancelamento de tal audiência.

¹⁹⁶ Sobre o tema, Érica Barbosa e Silva, apesar de falar direcionadamente à conciliação, contribui com lição que também pode ser estendida à mediação: “Quando um conflito é endereçado à conciliação, os efetivos negativos do confronto pessoal são afastados. A personalidade das partes e dos advogados não prejudica a dinâmica da conciliação justamente porque o conciliador exerce certa autoridade na condução do método. O conciliador pode transformar uma afirmação negativa da parte por meio de uma intervenção técnica razoável, integrando-a ao processo como uma manifestação legítima e que pode ser superada, sempre orientando a forma pela qual a comunicação está sendo realizada. Essa postura permitirá o crescimento da confiança das partes e dos advogados no método”. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 285.

¹⁹⁷ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 110.

Uma vez estabelecidas as justificativas para inserir no rito comum uma audiência inaugural de mediação ou conciliação, deve-se analisar o seu caráter (supostamente) obrigatório e a voluntariedade. Conforme pôde ser observado previamente, o *caput* do artigo 334 menciona que, preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, e não sendo hipótese de improcedência liminar do pedido, deverá ser designada a audiência, ou, em outras palavras, não sendo o caso de interromper o curso procedimental, este deverá prosseguir com a realização da audiência de mediação ou conciliação – redação que pode ter motivado grande parte dos juristas a considerá-la obrigatória. No entanto, vale ressaltar o parágrafo 4º do mesmo dispositivo, *in verbis*:

Art. 334 [...]

§ 4º A audiência não será realizada:

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

II - quando não se admitir a autocomposição.

Portanto, o próprio artigo 334 estabelece expressamente hipóteses nas quais a audiência não será realizada. Não obstante, pode-se falar em “obrigar” uma das partes a participar, tendo em vista que o interesse de apenas um dos polos basta para ocorrência da audiência, o que, para parcela da doutrina, ofende o princípio da autonomia da vontade, no que concerne à voluntariedade¹⁹⁸.

A voluntariedade apresenta-se como desdobramento do princípio da autonomia da vontade, ambos elementos fulcrais dos métodos consensuais, no sentido de que as partes não só devem ter aptidão para autorregrem os rumos da controvérsia, como também deve poder fazê-lo manifestando expressamente, ou não, a sua aceitação sobre determinado mecanismo¹⁹⁹. Nesse sentido, estipular que a intenção de apenas uma das partes obrigaria a outra a comparecer à audiência de mediação ou conciliação infringiria tais princípios e poderia redundar em mero desperdício de tempo, na medida em que o sujeito obrigado a comparecer não poderia mudar de ideia, acirrar ainda mais os ânimos e tornaria inócua a tentativa consensual.

¹⁹⁸ Nesse sentido, vide MARCATO, Ana Cândida Menezes. *A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

¹⁹⁹ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 188.

Todavia, vale destacar a informações trazidas por Diogo Assumpção Rezende de Almeida, quanto à experiência Argentina²⁰⁰. A partir da Lei 24.573, de 1996, da Cidade Autônoma de Buenos Aires, a mediação obrigatória tornou-se verdadeiro requisito de admissibilidade da ação, devendo os jurisdicionados comprovarem a realização de uma sessão de pré-mediação para poder intentar a demanda judicial. Quanto aos resultados decorrentes desta experiência, destaca:

No que diz respeito à eficácia do novo sistema, as estatísticas não deixam dúvidas. Em que pese o fato de que a mediação é realizada sob o princípio da confidencialidade, o que dificulta a reunião de dados oficiais, pesquisas apontam que o número de ações ajuizadas caiu 34% (trinta e quatro por cento) em doze anos de vigência da nova lei²⁰¹.

Assim, a experiência prática permite cogitar dos efeitos positivos do incentivo, de certa maneira, forçoso em prol dos métodos consensuais. Ademais, complementa Fernanda Tartuce que, mesmo nos sistemas nos quais se adota a realização de procedimento consensual prévio como condição de apreciação da demanda, a obrigatoriedade restringe-se à primeira sessão²⁰². No caso do processo civil brasileiro, pode-se falar em semelhança: ainda que se fale de obrigatoriedade do comparecimento à audiência do artigo 334, nenhuma das partes compele-se a continuar no procedimento em detrimento da vontade²⁰³.

Ainda, corroborando o argumento que, ainda que se fale em obrigatoriedade de comparecimento à primeira audiência de mediação ou conciliação, o princípio da autonomia da vontade, e o desdobramento voluntariedade, foi respeitado pelo legislador pátrio, está o artigo 166 do CPC/15. Em tal dispositivo, além da enunciação expressa do princípio no *caput*, deixa-se indubitável, no parágrafo 4º a liberdade das partes para determinar os contornos do procedimento, e, de maneira complementar, o artigo 168 autoriza também a vontade das partes para eleger o conciliador ou mediador, ou a câmara privada, cadastrado ou não no tribunal. Nos dizeres de Ravi Peixoto, “*a autonomia da vontade nos meios de solução pacíficos de*

²⁰⁰ O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

²⁰¹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

²⁰² TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 294.

²⁰³ Também é este o entendimento da Lei de Mediação, que, no § 2º, de seu artigo 2º, dispõe “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação”.

*conflitos integra a organização do procedimento, a possibilidade de sua desistência a qualquer tempo e o alcance da solução*²⁰⁴, resumindo, pois, as nuances de tal princípio na mediação e conciliação judicial do CPC/15.

Em tal contexto, vislumbra-se o caráter pedagógico do artigo 334 do CPC/15. Conforme já salientado por Kazuo Watanabe²⁰⁵, a litigiosidade e o tratamento de conflitos por meios adjudicatórios ou por meios consensuais concerne a uma questão de cultura e, como tal, modifica-se lentamente, e por uma combinação de diversos fatores – não só a lei positiva, mas também o ensino nas faculdades de direito, a conscientização sobre os diversos mecanismos disponíveis, a experiência prática com cada um deles. Nesse sentido, a audiência do artigo 334 impõe um *dever processual*²⁰⁶ às partes de comparecimento – e não de permanência – ao procedimento consensual e, com isso, permite o contato com as técnicas de mediação ou conciliação.

Trata-se de evento relevante, pois grande parte dos jurisdicionados ainda não conhece a existência, tampouco o funcionamento, dos mecanismos de tratamento de conflitos. Ademais, em que pese constar no Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil como dever dos advogados estimular a conciliação e prevenir a instauração de litígios²⁰⁷, os patronos ainda não cumprem largamente esta obrigação – não por má-fé, mas sim porque a maior parte dos cursos de graduação em direito ainda não oferecem disciplinas que contemplem as técnicas adequadas de tratamento de conflitos, ou, quando o fazem, ofertam na forma de eletivas ou de atividades complementares²⁰⁸, de modo que nem mesmo os

²⁰⁴ Os “princípios” da mediação e da conciliação. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 97.

²⁰⁵ *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005. P. 684 – 690.

²⁰⁶ A caracterização como dever pode ser verificada pela imposição de sanção para o caso de descumprimento: nos termos do § 8º, do artigo 334, o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência considerar-se-á ato atentatório contra a dignidade da justiça, passível de aplicação de multa.

²⁰⁷ Artigo 2º, parágrafo único, inciso VI, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil. Disponível em < <http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf> >, acesso em 04 de abril de 2017.

²⁰⁸ A respeito do estímulo ao estudo dos meios de tratamento de conflito durante a graduação, vide a experiência do grupo de estudos e extensão da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em: SALLES, Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela M.; SILVA, Érica B.; TARTUCE, Fernanda;

bacharéis em direito estão amplamente familiarizados com a ideia de mediação, conciliação, arbitragem. Assim, a audiência do artigo 334 pode ser o primeiro contato – tanto de parte quanto de advogado – com os mecanismos.

Tal característica pode representar ganhos consideráveis, mas também sérios riscos ao desenvolvimento de uma cultura em prol do tratamento adequado. Quanto aos ganhos, a audiência funcionará como verdadeira experimentação em relação ao tema e, por isso, deve ser conduzida da forma mais didática possível, para que os atores processuais envolvidos conheçam e compreendam as técnicas utilizadas, verifiquem quais são as vantagens, ou eventuais desvantagens, de utilizá-las em seus conflitos. A partir de todas as informações colhidas, os jurisdicionados poderão decidir conscientizadamente sobre o melhor caminho a seguir para o deslinde da controvérsia.

Por outro lado, a primeira impressão tem grande força na construção de uma nova cultura. Assim, caso a audiência do artigo 334 seja realizada desvirtuadamente²⁰⁹, é dizer, por profissionais despreparados, valendo-se de técnicas de coação para impor acordos, e sem a devida conscientização sobre os mecanismos, há possibilidade de se provocar verdadeiro trauma nos jurisdicionados. Nesse contexto, corre-se o risco de se afastar, mais uma vez na história jurídica brasileira, o cidadão do acesso ao tratamento adequado de conflitos²¹⁰.

GUERRERO, Luis Fernando; LORENCINI, Marco Antônio G. L. *A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (NEMESC)*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100005>, acesso em 04 de abril de 2017.

²⁰⁹ Nesse sentido, Érica Barbosa e Silva, tratando das práticas ilegítimas que enfraquecem a conciliação – mas que podem ser consideradas também para a mediação -, destaca que a má realização dos institutos pode “provocar a retroalimentação do conflito e piorar a divergência existente, culminando na formalização de um acordo sem consenso legítimo ou desdobrando-se em diversas outras ações judiciais”. *Conciliação judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 251.

²¹⁰ “Nota-se, portanto, que a tênue distinção entre a imposição de meios autocompositivos e o estímulo desses meios não ocorreu devidamente, produzindo como resultado a inversão dos procedimentos de resolução de disputas, transformando a jurisdição em meio principal e a autocomposição como meio secundário, na medida em que os processualistas orientadores dos principais sistemas processuais praticamente desistiram da autocomposição. Lamentavelmente, foi isso que ocorreu em meados do século XX, quando afastaram-se a maior parte dessas tentativas de estimular a autocomposição [...]”. AZEVEDO, André Gomma de. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual*. In.: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2003, p. 160.

Nesse sentido, fundamental avanço do CPC/15 ao exigir capacitação específica para atuar como mediador ou conciliador judicial:

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

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado, poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

[...]

Em primeiro lugar, vale destacar que a capacitação mínima a que se refere o parágrafo 1º está disciplinada no Anexo I – Diretrizes Curriculares, da Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Em segundo, é de se notar que a Lei Federal nº 13.140/2015, a chamada Lei de Mediação, também exige capacitação específica para os mediadores judiciais, porém não o faz quanto aos mediadores extrajudiciais²¹¹. Essa distinção pode ser compreendida a partir justamente do caráter pedagógico da mediação judicial: no âmbito extrajudicial, cidadãos que optam por levar seus conflitos a um mediador, no mínimo, já conhecem a existência da técnica; no procedimento ocorrido no Judiciário, por outro lado, não se pode partir da mesma premissa e, como dito previamente, pode ser o primeiro contato da maior parte dos sujeitos ali presentes. Logo, fundamental haver uma formação padronizada dos terceiros que atuarão na seara judiciária, para garantir o melhor cumprimento possível da função pedagógica da audiência do artigo 334²¹².

Ainda, e para finalizar a análise quanto à função pedagógica, interessante questão concerna ao comparecimento das partes. Nos termos do parágrafo 8º do artigo 334, o não comparecimento injustificado de qualquer das partes à audiência configurará

²¹¹ Artigos 9º e 11 da Lei Federal nº 13.140/2015.

²¹² Impende notar, ainda, que a exigência de formação específica do terceiro facilitador configura também um grande distintivo em relação ao estímulo dos métodos consensuais vigentes: tanto o artigo 331 do CPC/73, que previa a possibilidade de realização de conciliação diretamente pelo juiz, quanto a Lei Federal nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais – nos quais há também uma audiência inaugural de conciliação – não há menção específica quanto à capacitação. No caso dos Juizados Especiais Cíveis, o artigo 7º da Lei Federal nº 9.099/95 menciona apenas que serão recrutados preferencialmente dentre os bacharéis de direito (o que, como visto, não configura efetivamente capacitação específica, tendo em vista a escassez de discussão sobre o tema nas faculdades jurídicas brasileiras).

ato atentatório contra a dignidade da justiça e ensejará a aplicação de multa, a ser revertida em favor da União ou do Estado. Ainda, os parágrafos 9º e 10º do mesmo artigo discriminam que o comparecimento pode se dar por meio de representante, e as partes devem estar acompanhadas de advogado ou defensor público.

Quanto à sanção por ato atentatório contra a dignidade da justiça, trata-se de medida adotada pelo legislador de modo a corroborar as normas fundamentais que inauguram o CPC/15. O artigo 3º, previamente analisado, contém verdadeira regra programática, no sentido de nortear todos os atores processuais a buscarem as formas consensuais de tratamento de conflitos. Em sequência, o artigo 5º e 6º do código trazem expressamente os princípios da boa-fé e da cooperação processual. Ora, a falta injustificada a um ato processual destinado especialmente para o incentivo de um preceito fundamental do processo, notadamente o estímulo ao diálogo entre as partes, rompe com o princípio da boa-fé²¹³ e demonstra atitude não cooperativa para com os demais atores processuais²¹⁴. Não obstante, as partes devem ser advertidas quanto à possibilidade de aplicação da sanção, e, no mandado de citação, deve constar expressamente como advertência ao réu, nos termos do artigo 250, II, do CPC/15²¹⁵. Inegável, neste íterim, o compromisso do legislador em fazer valer, ou seja, em garantir a efetiva realização e comparecimento das partes para a audiência do artigo 334.

No concernente ao comparecimento, ainda, como mencionado, há duas diretrizes merecedoras de atenção: a possibilidade de representação, e a exigência de advogado ou defensor público.

Quanto à exigência do patrono, deve-se destacar que, em âmbito extrajudicial, as partes podem realizar acordos, comprometer-se a iniciar procedimento de mediação ou conciliação e negociar independentemente da presença de advogados. Contudo, parece o legislador ter seguido a mesma orientação mencionada acima quanto à

²¹³ Nesse sentido, CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 202

²¹⁴ GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume II, 3ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 48.

²¹⁵ MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 113.

capacitação específica do terceiro facilitador (mediador/conciliador): no intuito de garantir o caráter pedagógico, e sabendo do contexto ainda embrionário da cultura consensual, exigir a presença do advogado pode (i) potencializar o cumprimento do princípio da decisão informada²¹⁶ e (ii) estimular que também os advogados e defensores públicos tenham contato e pratiquem as técnicas autocompositivas. Insta, por derradeiro, ressaltar que a decisão informada apresenta relevo especial nas autocomposições realizadas judicialmente, pois, nos termos do parágrafo 11 do artigo 334, serão reduzidas a termo e homologadas pelo juiz, formando título executivo judicial²¹⁷⁻²¹⁸, de força executória superior e maior dificuldade de desconstituir do que o título executivo extrajudicial, categoria na qual se inserem os acordos firmados extrajudicialmente²¹⁹.

A representação, de outro giro, merece atenção, conforme os conceitos elementares apresentados acerca dos mecanismos. Primeiramente, há certa dúvida quanto ao advogado poder atuar como procurador e representante, simultaneamente, da parte: isso, porque, no parágrafo 9º, como analisado acima, determina-se a necessidade de o advogado, ou defensor público, *acompanhar a parte*; no entanto, o parágrafo 10 faculta à parte fazer-se representar, desde que mediante procuração específica, com poderes para negociar e transigir, deixando em aberto a possibilidade de o patrono exercer as duas funções. Tecnicamente, o advogado pode obter poderes para negociar e transigir, desde que apresente procuração com poderes específicos, tendo em vista o artigo 115 do CPC/15 excepcionar tais prerrogativas da procuração geral de poderes²²⁰.

²¹⁶ Nos termos do artigo 1º, II, do Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo II da Resolução nº 125/2010 do CNJ), a decisão informada é princípio fundamental e representa o dever de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto a seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido.

²¹⁷ Artigo 515, II, do CPC/15.

²¹⁸ "A essencialidade da defesa técnica se extrai não só por esta se traduzir no ganho de confiança da parte para concretizar o acordo; mas, mormente, pelo fato de a eventual avença, homologada pelo juiz por sentença (art. 334, parágrafo 11, NCPC), ter aptidão de definitividade (art. 487, III, "b", NCPC), devendo ser esclarecidas previamente às partes as consequências oriundas do negócio jurídico". MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronemberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 114.

²¹⁹ Artigo 784, IV, do CPC/15.

²²⁰ Favoravelmente à representação, inclusive por advogado, vide: BARRETO, Paula Menna. *A Audiência Inicial no NCPC e a não obrigatoriedade do comparecimento pessoal da parte*. Disponível

Contudo, ainda que haja a possibilidade técnica, jurídica, para a parte fazer-se representar – por advogado ou por outrem, mediante procuração – faz-se necessário refletir sobre a finalidade do artigo 334. No que tange à ressignificação da participação, como exposto previamente, o comparecimento pessoal mostra-se muito mais hábil a viabilizar uma atuação direta da parte em relação ao conflito. Da mesma forma, na perspectiva da função pedagógica da audiência, a presença dos jurisdicionados amplia o público atingido pelas informações trazidas didaticamente pelos mediadores e conciliadores. No entanto, compreende-se, em determinados casos, sobretudo naqueles em que uma das partes for pessoa jurídica, será necessário estabelecer a figura de um representante, para garantir também outros princípios norteadores do processo, tais como a celeridade e a efetividade²²¹.

Não obstante a autorização do código à representação, imprescindível destacar que esta pode ter implicações distintas, conforme o caso. Isso, porque, como destacado, a audiência do artigo 334 pode ser de mediação ou conciliação, e cada um destes mecanismos apresenta teleologias distintas. Nesse sentido, a conciliação, destinando-se a casos cuja relação entre as partes apresenta-se mais superficial, e tendo por meta a busca por um acordo, parece admitir sem maiores complicações a figura do representante. A mediação, todavia, por destinar-se aos casos nos quais se verifica um relacionamento prévio ou duradouro entre as partes, tem por principal objetivo o restabelecimento do diálogo, ainda que do procedimento não resulte acordo²²². Logo, não parece viável, lógica e praticamente, utilizar técnicas para restabelecer o diálogo entre sujeitos que não são, na prática, as verdadeiras partes.

em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/359670547/a-audiencia-inicial-no-ncpc-e-a-nao-obrigatoriedade-do-comparecimento-pessoal-da-parte>>, acesso em 04 de abril de 2017.

²²¹ Ressalte-se, porém, que o § 7º do artigo 334 autoriza a promoção da audiência por meios eletrônicos, o que, parece, pode otimizar o agendamento de audiências e diminuir os casos em que as partes não possam se fazer presentes pessoalmente.

²²² “Ocorre que a mediação, em especial, consiste em um meio alternativo de solução de conflitos bastante complexo e multifacetado, não se podendo, em absoluto, rotular, de forma estanque e simplista, que a atuação do mediador foi malsucedida pelo fato de as partes não terem fechado um acordo. Há várias nuances entre o ponto de partida em que se encontravam as partes no início da mediação, que era o litígio, ou seja, o rompimento do diálogo ao limite do intolerável, e, no polo oposto, a celebração do acordo. O canal de diálogo pode ter sido restabelecido e os ânimos terem se acalmado graças à atuação bem-sucedida do mediador, avançando-se comparativamente ao estágio inicial de litígio e impasse, mas sem ter celebrado um acordo. Por conseguinte, consideramos simplista e equivocado rotular o profissional como bom ou mau mediador exclusivamente em razão do número de acordos celebrados”. MAIA, Andreia; HILL, Flávia Pereira. *Do cadastro e da remuneração dos mediadores*. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 161.

A título meramente ilustrativo, como buscar o diálogo, por exemplo, entre um casal em processo de divórcio, se cada um dos cônjuges manda um amigo, um parente, ou o advogado sozinho para a mediação?

Portanto, compreende-se a autorização legislativa à representação, para situações nas quais as condições fáticas não permitam a presença pessoal da parte. Contudo, o uso indiscriminado da representação pode frustrar diversos dos objetivos do novo código, tais como o intuito pedagógico de conscientização dos mecanismos consensuais, o estímulo à participação e, especificamente no caso da mediação, o restabelecimento do diálogo entre as partes. Assim, trata-se de questão sobre a qual ainda devem ser travados mais debates, especialmente a partir da colheita de dados empíricos, para que seja possível propor sugestões para incentivar a participação pessoal das partes²²³, de modo à representação ser utilizada apenas quando indispensável.

Finalmente, o último tema a ser analisado quanto à audiência do artigo 334 concerne a um dos incisos do parágrafo 4º: a definição de direitos passíveis de autocomposição. Para compreender a relevância do debate, deve-se fazer breve apanhado das expressões usadas pela legislação infraconstitucional brasileira no que concerne à disciplina de métodos de tratamento de conflitos.

A começar pelo artigo 331 do CPC/73, cuja redação foi modificada pela Lei Federal nº 10.444/02, para incluir a previsão de audiência preliminar: para delinear quais causas poderiam ser direcionadas para tentativa de conciliação, falava-se em *direitos que admitissem transação*. O Código Civil brasileiro de 2002, por sua vez, define no artigo 840 a transação como contrato mediante o qual os sujeitos previnem ou encerram litígio por meio de concessões mútuas – e, segundo o artigo 841, tal modalidade contratual está autorizada apenas quanto a *direitos patrimoniais de caráter privado*. Nesse sentido, Orlando Gomes, ao analisar quais direitos podem ou não ser objeto desta espécie de contrato, conclui sinteticamente que “todo direito de

²²³ No sentido de promover ações em prol do estímulo à cultura da pacificação, a Resolução nº 125/2010 do CNJ prevê, em seu artigo 6º, a atuação junto à rede de atores da sociedade e, dentre os incisos, destacam-se previsões quanto ao estímulo a magistrados (III), ao ensino nas instituições públicas e privadas (V), ao incentivo a OAB, ao Ministério Público, Defensorias e Procuradorias (VI) e a gestão com empresas, públicas e privadas, além das agências reguladoras, para implementar práticas autocompositivas (VII).

que o titular não pode dispor é insuscetível de *transação*²²⁴, ou, contrario sensu, direitos transacionáveis seriam sinônimos de direitos patrimoniais disponíveis.

Paralelamente, a Lei Federal nº 9.307/96, artigo 1º, permite às pessoas capazes valerem-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a *direitos patrimoniais disponíveis*. Carlos Alberto Carmona, sobre o tema, destaca que a redação legislativa optou por conceito objetivo, e não oblíquo, mas que também pode ser resumido como direitos sobre os quais os litigantes possam transigir²²⁵. Destaca, ainda, que mesmo os direitos tidos como indisponíveis podem ter repercussões patrimoniais disponíveis, como na hipótese de fixação de alimentos, na qual a definição da obrigação seria inarbitrável, mas a discussão sobre o *quantum* poderia ser levada aos árbitros²²⁶.

A Lei Federal 13.140, a seu turno, autoriza a realização de mediação nas hipóteses de conflitos concernentes a *direitos disponíveis* ou *direitos indisponíveis que admitam transação*. Finalmente, o CPC/15, no inciso II do parágrafo 4º, do artigo 334, trata de audiência de mediação ou conciliação para os conflitos que *admitam autocomposição*.

Pode-se perceber, pois, que frequentemente a noção de disponibilidade confundiu-se com a noção de possibilidade de se transacionar. Todavia, no ordenamento pátrio pode-se vislumbrar hipóteses de direitos tidos por indisponíveis, porém negociados, em certa medida, entre as partes – é o caso do direito do trabalho, cujos direitos do trabalhador são tidos por indisponíveis²²⁷, mas, mesmo assim, a conciliação se faz presente; e o direito ambiental, por meio dos Termos de Ajustamento de Conduta

²²⁴ *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 545.

²²⁵ “São arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, na esteira do que dispunha o Código de Processo Civil (art. 1.072, revogado), que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir”. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-39.

²²⁶ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 39.

²²⁷ Nos termos de Mauricio Godinho Delgado, o princípio da indisponibilidade dos direitos trabalhistas “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato”. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 196.

(TAC)²²⁸⁻²²⁹, a título meramente exemplificativo²³⁰. Sobre o tema, Érica Barbosa e Silva destaca que as polêmicas concernentes à indisponibilidade apresentam viés, muitas vezes, mais arraigados a uma mentalidade, do que propriamente por fundamentos jurídicos, e complementa no sentido de ser possível, sim, conciliar também direitos indisponíveis, “*permitindo o engendramento de tratativas sobre a elaboração de uma pauta consensual, enfocando principalmente o cumprimento desses direitos*”²³¹. A Lei de Mediação parecer ter justamente evidenciado haver diferenças entre tais conceitos.

Nesse contexto, vale ressaltar as lições de Eduardo Talamini²³², para quem, analisando a perspectiva da arbitragem e da arbitrabilidade objetiva, a definição dos critérios de disponibilidade e indisponibilidade podem ser estabelecidos em duas perspectivas, quais sejam, a do direito material e a da pretensão da tutela jurisdicional. Segundo o autor, “*em ambas as hipóteses, o termo “indisponibilidade” pode ser compreendido como impossibilidade de renúncia, abdicação, a uma posição jurídica*”²³³. Assim, no caso da perspectiva material, disponível consiste no direito substantivo que pode ser abdicado, renunciado por completo por seu titular. Por outro lado, quanto à pretensão jurisdicional estatal, disponível seria o direito que pode ser dirimido diretamente pelas partes, ou, em outras palavras, aquelas

²²⁸ Vide, quanto ao tema, a dissertação de mestrado de Petruska Canal Freitas: *O compromisso ajustamento de conduta como instrumento de tutela (material e processual) da Mata Atlântica*. 2016. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

²²⁹ Quanto ao Termo de Ajustamento de Condutas, Érica Barbosa e Silva afirma: “É evidente que a compreensão deste instituto permite flexibilizar o entendimento de que é só no Poder Judiciário – e pela adjudicação – que se pode encontrar a segurança jurídica necessária aos direitos indisponíveis”. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 209.

²³⁰ “Tanto para os legisladores como para os operadores do sistema de justiça, não podem mais bastar para justificar a restrição da disposição dos direitos considerados “indisponíveis” abstrata e retóricas presunções a respeito da hipossuficiência e da incapacidade de manifestação volitiva dos seus titulares que historicamente têm justificado academicamente sua absoluta inegociabilidade. [...] A reconstrução do sistema de justiça brasileiro, que começa tardiamente a apostar nas soluções consensuais, passa a também depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos”. VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 427.

²³¹ *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 207-208.

²³² *A (in)disponibilidade do interesse público*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

²³³ TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 279.

questões sobre as quais o ordenamento não exige que o Judiciário tutele. Nesse contexto, afirma:

Se o conflito pode ser dirimido pelas próprias partes, não faria sentido que não pudesse também ser composto mediante juízo arbitral sob o pálio das garantias do devido processo. Esse é o significado razoável da regra do art. 1º da Lei 9.307/1996, quando alude ao cabimento da arbitragem “para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. Na arbitragem, não se dispõe sobre o direito material, mas sobre o modo de composição do conflito. O objeto de disponibilidade é a pretensão de tutela judicial. É um negócio processual, e não substancial. Logo, o pressuposto de disponibilidade está igualmente no plano processual²³⁴.

O raciocínio do referido jurista ganha especial força ao se analisar o parágrafo 2º do artigo 3º, da Lei de Mediação. Nos termos do dispositivo, os acordos concernentes a direitos indisponíveis, mas transigíveis, devem ser *homologados em juízo*, ou seja, pode-se negociar tais direitos, porém não se abdica da supervisão do Judiciário.

Inegável, pois, o fato de não haver consenso na doutrina, tampouco na legislação, quanto à definição de direitos disponíveis, indisponíveis, que admitem transação ou autocomposição. Nesse panorama e reconhecendo as complicações do tema, Fernanda Tartuce destaca existirem diferentes graus de disponibilidade de direitos e que, mesmo no caso daqueles tidos por indisponíveis, em certa medida pode haver aspectos quantitativos negociáveis²³⁵. E complementa:

Eis por que se revela essencial conceber que, sob o manto da indisponibilidade, podem ser encontrados direitos de diferentes matizes; algumas vezes há um rigor mais acentuado no tratamento legal que parece excluir a possibilidade de negociação ampla e irrestrita em seus termos. Todavia, alguns aspectos podem vir a ser convencioneados consensualmente entre as partes; por tal razão, não devem ficar fora do alcance de eventual tentativa de composição dos interesses, seja judicial ou extrajudicialmente²³⁶.

Desta forma, pode-se concluir que a temática não se encontra pacificada e, em muitos casos, será necessário se debruçar sobre nuances do caso concreto. Não obstante, essencial diferenciar que, em determinadas hipóteses, a indisponibilidade concerne à tutela jurisdicional, mas não necessariamente impede que, no Judiciário,

²³⁴ TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público*. In.: ZANETTI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 288.

²³⁵ *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 29.

²³⁶ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 30.

promova-se solução consensual entre as partes. Nesse sentido, considerando que a conciliação ou mediação realizada judicialmente, por ocasião do artigo 334, poderá resultar em acordo homologado pelo juiz, dificilmente existirão hipóteses nas quais não será admissível autocomposição.

Por derradeiro, insta sublinhar a opção do CPC/15 por “autocomposição”, em vez de “transação”, e o papel da mediação em relação às causas indisponíveis. Primeiramente, como analisado, o conceito civilista de transação vincula-se à concepção de concessões mútuas; todavia, tal definição não abrange a atual riqueza de técnicas e mecanismos disponíveis para negociações, tendo em vista que, atualmente, fala-se em procedimentos *ganha-ganha*, ou seja, soluções aptas a satisfazer integralmente os interesses de ambas as partes²³⁷. Nesse sentido, utilizar o termo “autocomposição” pode viabilizar interpretação mais abrangente sobre a realidade negociável dos conflitos do que o termo “transação”²³⁸.

Portanto, a audiência de mediação ou conciliação prevista no artigo 334 do CPC/15 representa desdobramento do artigo 3º do mesmo código, na medida em que, por todo o exposto, busca incentivar o conhecimento e a prática dos instrumentos processuais da mediação e da conciliação. Nesse cenário, o caráter “obrigatório” de sua realização justifica-se pela função pedagógica, cujo cumprimento potencializa-se pela presença de profissionais capacitados especificamente para tanto (mediadores e conciliadores judiciais), bem como pelo acompanhamento das partes por advogados ou defensores públicos. Não obstante, a prática forense encontrará desafios, sobretudo quanto à necessidade, ou não, da presença pessoal das partes, bem como sobre a possibilidade, ou não, de o objeto da causa admitir autocomposição – total ou parcialmente, absoluta ou relativamente.

²³⁷ Quanto ao tema, André Gomma de Azevedo explica: “Originalmente, entendia-se que somente poderia ocorrer a autocomposição se houvesse algum sacrifício ou concessão por uma (e.g. desistência ou submissão) ou por ambas as partes (e.g. transação). Atualmente, entende-se que as partes podem, em decorrência de uma eficiente estrutura transacional adotada, encontrar soluções que satisfaçam integralmente seus interesses, sem que haja sacrifício ou concessão por qualquer uma das partes”. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual*. In.: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em Arbitragem, mediação e negociação. Brasília: Grupo de pesquisa, 2013, p. 152.

²³⁸ E, nesse sentido, não parece ter se alinhado o Legislativo ao passar como redação final do dispositivo 3º, da lei de Mediação, a menção a direitos que admitam transação.

Para potencializar o ideário do artigo 3º do CPC/15 e desvencilhar os eventuais complicadores surgidos na prática dos casos concreto, fundamental a mudança de postura dos sujeitos do processo, tema que se passa a analisar.

4.3 O PAPEL DOS ATORES PROCESSUAIS NA MUDANÇA DE CULTURA

O raciocínio traçado no presente trabalho evidencia diversas modificações ocorridas no processo civil brasileiro, especialmente no âmbito do direito positivo. Todavia, enquanto fenômeno cultural, o direito relaciona-se também com a postura dos cidadãos. No âmbito processual, os atores processuais – abrangendo desde as partes, até o magistrado – são peças-chave para tornar efetivas, ou não, as mudanças pretendidas pelo legislador²³⁹. Nesse contexto, também a postura de cada um desses sujeitos em relação ao processo – e ao conflito – assume dinâmica diferenciada.

4.3.1. *As Partes*

As partes assumem papel diferenciado na perspectiva da litigiosidade tradicional e dos procedimentos adequados de tratamento de conflitos. No processo jurisdicional, historicamente, as partes representam pilares do processo, na teoria, porém, na prática, pouco relevam no transcorrer procedimental, tendo inclusive que se manifestar por intermédio dos advogados, em virtude da exigência da capacidade

²³⁹ Quanto ao tema, vale ressaltar o artigo 6º do CPC/15, que impõe a todos os sujeitos do processo o dever de cooperar entre si: “Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva”.

postulatória. Nos outros mecanismos de tratamento de conflitos, por outro lado, as partes do conflito exercem protagonismo²⁴⁰.

Ao se falar de mediação, conciliação ou arbitragem, apesar das diferenças existentes entre os mecanismos, um princípio configura denominador comum: a autonomia da vontade²⁴¹. Nesse sentido, falar em mecanismos de tratamento de conflitos significa falar também na possibilidade de escolha, pelas partes, da via a ser adotada, do procedimento²⁴² por meio do qual enveredarão no conflito, bem como o terceiro a ser eleito para conduzi-las, ou não. Além, as partes representam um “emaranhado complexo de parcerias”, enquanto “sujeitos de afeto e dotados de subjetividade”²⁴³, e:

[...] a investigação das características das partes conflitantes, suas aspirações e objetivos, seus recursos físicos, intelectuais e sociais, suas crenças e expectativas sobre a resolução do conflito, é de suma importância para a resolução consensual do conflito. Isso porque cada parte responde à outra conforme suas percepções e expectativas, que podem ou não corresponder à realidade. A relação estabelecida entre elas é iniciada por motivos, mas também pode ser alterada ou gerar novas motivações. Assim, a dinâmica do conflito é justificada não somente pelas ações já praticadas, mas também por novas ações, produzindo percepções, valores e motivos diferentes dos originais²⁴⁴.

Nesse contexto, o protagonismo das partes representa elemento essencial para se falar em um processo participativo e adequado. Participativo, na medida em que não se deve restringir os olhares de participação no processo apenas aos bacharéis de direito – advogados, procuradores, promotores, defensores e magistrados -, mas também viabilizar a atuação dos destinatários imediatos do processo, os jurisdicionados. Adequado, pois apenas a partir da consideração dos interesses e

²⁴⁰ “Diferentemente do que ocorre na arena judicial, no âmbito da mediação é preciso aceitar a diferente lógica – implícita no processo de mediação – de que a voz predominante nas negociações deve ser das partes e não de seus advogados [...]”. FÜRST, Olivia. *Práticas Colaborativas: novos paradigmas do direito*. In.: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda. *Mediação de Conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016, p. 73.

²⁴¹ No caso da conciliação e da mediação, o princípio consta no caput do artigo 166 do CPC/15. No caso da arbitragem, não consta expressamente na Lei Federal nº 9.307/96, mas norteia os desdobramentos de todo o texto legislativo, ao mencionar os poderes das partes para eleger a via arbitral, o procedimento e a lei aplicável, etc.

²⁴² Nesse sentido, o parágrafo 4º, do artigo 166, do CPC/15: “§ 4º A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais”.

²⁴³ FÜRST, Olivia. *Ibidem*, p. 72.

²⁴⁴ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 298.

das peculiaridades das partes é que se poderá traçar uma estratégia procedimental apta a moldar-se ao conflito.

4.3.2. Advogados, defensores públicos e Ministério Público

Para potencializar o protagonismo das partes, os sujeitos processuais que atuam com capacidade postulatória em juízo, notadamente os advogados, defensores públicos e representantes do Ministério Público, também devem atuar de maneira diferenciada, em prol do tratamento adequado de conflitos. Nesse sentido, o arcabouço normativo pátrio já compreende diretrizes em prol dessa mudança, a começar pelo parágrafo 3º, do artigo 3º, do CPC/15²⁴⁵, norma fundamental do processo civil brasileiro.

No caso da advocacia, o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil²⁴⁶, assevera, no *caput* de seu artigo 2º, serem os advogados indispensáveis à administração da Justiça, defensores do Estado democrático de direito, da cidadania, da moralidade pública, *da Justiça e da paz social*. Complementarmente, o inciso VI do parágrafo único do referido artigo estabelece como dever do advogado *estimular a conciliação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios*.

Quanto aos defensores públicos, a Lei Complementar nº 80/1994, Lei Orgânica da Defensoria Pública da União, que estabelece também diretrizes gerais para as Defensorias Públicas dos Estados e do Distrito Federal, insere no inciso II do artigo 4º a função institucional de *promover, prioritariamente, a solução extrajudicial dos litígios, visando à composição entre as pessoas em conflito de interesses, por meio de mediação, conciliação, arbitragem e demais técnicas de composição e administração de conflitos*. Ainda, para reforçar, o artigo 18, inciso III da mesma lei

²⁴⁵ Art. 3º [...] § 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.

²⁴⁶ BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Código de Ética e Disciplina*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoob/codigodeetica.pdf>>, acesso em 04 de abril de 2017.

determina aos defensores *tentar a conciliação das partes, antes de promover a ação cabível*.

Já no que toca ao Ministério Público, imprescindível ressaltar a Resolução nº 118/2014, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que dispõe sobre a Política Nacional de incentivo à autocomposição no âmbito do *parquet*. No referido ato normativo, os considerandos que inauguram o documento, por si só, representam verdadeira aula quanto à mudança de perspectiva em face do processo brasileiro, dentre os quais destacam-se três:

CONSIDERANDO que o acesso à Justiça é direito e garantia fundamental da sociedade e do indivíduo e abrange o acesso ao Judiciário, mas vai além para incorporar, também, o direito de acesso a outros mecanismos e meios autocompositivos de resolução dos conflitos e controvérsias, inclusive o acesso ao Ministério Público como garantia fundamental de proteção e de efetivação de direitos e interesses individuais indisponíveis e sociais (art. 127, caput, da CR/1988);

CONSIDERANDO que a adoção de mecanismos de autocomposição pacífica dos conflitos, controvérsias e problemas é uma tendência mundial, decorrente da evolução da cultura de participação, do diálogo e do consenso;

[...]

CONSIDERANDO que a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento;

Nota-se, pois, que a Resolução coaduna-se com todo o contexto de mudança do processo brasileiro defendido no presente trabalho. Ainda, o texto normativo infralegal apresenta diversas diretrizes para o Ministério Público implementar práticas pedagógicas, não só para seus integrantes, mas também para a população. Nesse sentido, a previsão para promoção de capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores (artigo 7º, III), incluir o tema nos conteúdos programáticos dos concursos públicos para ingresso na carreira (artigo 7º, V), bem como propor e promover eventos, realizar pesquisas e publicações sobre o tema (artigo 6º, I, IV e V), a título meramente exemplificativo.

Tais previsões são essenciais, pois esses atores representam o primeiro filtro jurídico do conflito, ou seja, são eles que, uma vez procurados pelas partes, poderão enquadrar as pretensões no ordenamento jurídico material e processual²⁴⁷. Neste primeiro contato com as partes, poderão, portanto, orientar também sobre quais meios estão disponíveis para serem usados para tratar o conflito, bem como as vantagens, ou desvantagens, de cada um deles, para que o cidadão possa eleger – de maneira consciente – a ferramenta que melhor lhe aprouver.

Diante da via autocompositiva – seja pela opção extrajudicial, seja em virtude da ocorrência da audiência do artigo 334 do CPC/15 – o advogado, defensor ou membro do ministério público também assume postura diferenciada: deve preparar a parte, avaliar seus interesses, eventuais propostas possíveis, aceitáveis, ou inadmissíveis, além de embasar e esclarecer eventuais questionamentos jurídicos surgidos a partir das discussões ocorridas na conciliação ou mediação²⁴⁸.

Contudo, deve-se ressaltar, a mudança de cultura destes atores processuais – e, quanto ao que se vai dizer, também dos magistrados – esbarra na formação jurídica (ainda) arraigada pela tradição combativa do advogado guerreiro²⁴⁹. Sobre o tema, Olívia Fürst destaca que a grade curricular focada no estudo de casos perde/ganha, na competitividade e no legalismo resultam no estranhamento, e até certa aversão, à atuação cooperativa, “*em certa medida dissociada do texto legal e a deixarem o protagonismo do processo negocial e decisório com as próprias partes na busca por uma solução ganha/ganha (de benefício mútuo)*”²⁵⁰. Nesse contexto, fundamental o

²⁴⁷ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 309.

²⁴⁸ Na sessão de conciliação, o advogado pode contribuir muito no desenvolvimento de soluções de ganhos mútuos, a fim de que sejam atendidos os interesses das partes, podendo ainda esclarecer os direitos e os deveres de seus representados e aumentar o senso de responsabilidade voltado ao cumprimento voluntário das avenças realizadas. Nesse sentido, o advogado deve estimular o seu cliente a manifestar suas reais necessidades e seus verdadeiros interesses, assumindo postura construtiva na busca de resultados favoráveis a todos os envolvidos, atuando em harmonia com o conciliador. SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 311.

²⁴⁹ MAZZEI, Rodrigo. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

²⁵⁰ *Práticas Colaborativas: novos paradigmas do direito*. In.: MARODIN, Marilene; MOLINARI, Fernanda. *Mediação de Conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016, p. 71-72.

papel da Ordem dos Advogados do Brasil²⁵¹ na atuação em prol da adaptação da formação jurídica dos futuros bacharéis, em prol da cultura de pacificação.

Por derradeiro, salienta-se que os advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público também podem atuar em mediações ou conciliações como mediadores ou conciliadores – figura que se passa a analisar.

4.3.3. Os Auxiliares da Justiça: conciliadores e mediadores

Os mediadores e conciliadores judiciais são os terceiros que, de maneira imparcial, conduzirão o procedimento de mediação ou conciliação. No CPC/15, foram alçados à categoria de auxiliares da justiça pelo CPC/15, nos termos do artigo 149, classificação que corrobora as novas perspectivas da justiça, que abarcam, inclusive no próprio Judiciário, outras formas de tratar conflitos, além da adjudicação pelo magistrado. Ainda, o CPC/15 destinou uma seção inteira à disciplina destes terceiros facilitadores, do artigo 165 ao 175.

Todavia, em que pese a seção nomear-se “Dos Conciliadores e Mediadores Judiciais”, dispõe também sobre questões concernentes à mediação e à conciliação judicial no geral, tais como princípios, regras de procedimento, e critérios para implementação pelos tribunais. Nesse contexto, ao tratar dos princípios informadores, o artigo 166 do CPC/15 traz quatro merecedores de especial atenção no presente tópico, quais sejam, da independência, da imparcialidade, da confidencialidade e da decisão informada.

Primeiramente, independência e imparcialidade são trazidas como princípios distintos no CPC/15, divergindo da Lei de Mediação, cujo texto menciona apenas a

²⁵¹ A Lei Federal 8.906/1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, estabelece como finalidade da OAB pugnar pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas (artigo 44, I) e, de maneira específica quanto ao Conselho Federal, estabelece a competência para “colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos” (artigo 54, XV).

imparcialidade do mediador. A Resolução nº 125/2010 do CNJ, a seu turno, também separa imparcialidade de independência, e associa esta a autonomia, em seu Código de Ética de Conciliadores e Mediadores Judiciais (Anexo III):

Art. 1º - São princípios fundamentais que regem a atuação de conciliadores e mediadores judiciais: confidencialidade, decisão informada, competência, imparcialidade, independência e autonomia, respeito à ordem pública e às leis vigentes, empoderamento e validação.

[...]

IV - Imparcialidade - dever de agir com ausência de favoritismo, preferência ou preconceito, assegurando que valores e conceitos pessoais não interfiram no resultado do trabalho, compreendendo a realidade dos envolvidos no conflito e jamais aceitando qualquer espécie de favor ou presente;

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

Como se pode notar, a imparcialidade do mediador ou do conciliador aproxima-se do conceito aplicável aos juízes – fato corroborado pelo artigo 5º, da Lei Federal nº 13.140/2015, que determina aplicarem-se aos facilitadores as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz. A independência/autonomia, a seu turno, corroboram o entendimento de que a mediação e a conciliação devem priorizar o diálogo entre as partes e o estímulo à cooperação, e não o acordo, pura e simplesmente. Trata-se de orientação destinada a evitar os acordos a todo custo, que podem lançar mão de práticas reprováveis como a coação e a intimidação, e instaurar uma *harmonia coerciva*²⁵², e não a pacificação efetiva.

Notadamente quanto à independência e autonomia, deve-se atentar para os parágrafos 3º e 4º do artigo 167 do CPC/15: tais dispositivos preveem a categorização e publicação de dados relativos às câmaras e aos mediadores e conciliadores judiciais e, dentre os dados a serem compilados, o “sucesso ou insucesso da atividade”, com a finalidade de permitir a avaliação dos terceiros facilitadores. De fato, a colheita de dados estatísticos será instrumento de grande valia para a análise e aprimoramento das políticas em prol dos meios autocompositivos, porém a definição de sucesso ou insucesso precisa ser melhor

²⁵² Expressão utilizada por Laura Nader em: *Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos*. Disponível em <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm>, acesso em 22 de janeiro de 2017.

delineada. Afinal, se a divulgação de tais dados levar em conta apenas acordos realizados ou não, destoará, como visto, da própria Resolução nº 125/2010 do CNJ, que garante ao mediador ou conciliador a independência em sua atuação.

Retomando a ideia de imparcialidade, esta atrai a discussão para o princípio da confidencialidade, pois ambos os princípios são pilares que contribuem para a confiança das partes no procedimento. A confidencialidade deve nortear todo o procedimento de mediação ou conciliação e abarcar todas as informações nele divulgadas e abarca não só o mediador, mas também todos os demais sujeitos participantes. Contudo, a confidencialidade para o mediador e o conciliador assume especial feição, pois saber do dever de sigilo do facilitador pode deixar a parte mais confortável para expor suas razões, seus argumentos e interesses de maneira mais livre nas sessões, otimizando os trabalhos²⁵³. Pode-se dizer, então, que a imparcialidade e a confidencialidade apresentam, de um lado, a perspectiva de verdadeiro direito para as partes, no sentido de poderem exigir um terceiro sem qualquer tendenciamento e, ao mesmo tempo, que honre o dever de sigilo do que for dito no procedimento; de outro, um dever dos mediadores e conciliadores, que, caso o descumpram, poderão ser excluídos do cadastro dos tribunais (artigo 173)²⁵⁴.

Quanto ao princípio da decisão informada, a Resolução nº 125/2010 do CNJ define, no inciso II do artigo 1º do Anexo III, como o dever do mediador ou conciliador de manter o jurisdicionado plenamente informado quanto aos seus direitos e ao contexto fático no qual está inserido. Deve-se destacar, porém, que a orientação, em respeito à imparcialidade, deve ser independente, muito mais direcionada para o funcionamento do método e suas eventuais repercussões, do que propriamente sobre as nuances jurídicas das propostas, ou a qualidade jurídica do acordo²⁵⁵.

²⁵³ Sobre o tema, vale destacar o Enunciado nº 56 da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “Nas atas das sessões de conciliação e mediação somente serão registradas as informações expressamente autorizadas por todas as partes”.

²⁵⁴ Quanto ao tema, vale destacar que o parágrafo 3º, do artigo 30, da Lei de Mediação ressalva que as informações concernentes à ocorrência de crime de ação civil pública não estarão abarcadas pela regra da confidencialidade.

²⁵⁵ Sobre o tema, Fernanda Tartuce, tratando da mediação, mas em lição que também pode ser entendida para a conciliação, leciona: “[...] na prática, o princípio da decisão informada impõe o esclarecimento, por parte dos mediadores, sobre os direitos do mediando em relação a aceitar participar da via consensual e de seguir participando das sessões. [...] Em relação ao mérito da disputa, não cabe ao terceiro imparcial atuar como assessor técnico ou advogado, mas tão somente checar se os envolvidos conhecem dados suficientes para que as soluções construídas

Nesse sentido, Érica Barbosa e Silva destaca que a função de orientar as partes quanto a suas repercussões jurídicas consiste em dever do respectivo advogado, e não do facilitador²⁵⁶. Assim, nota-se mais uma vez a relevância da cooperação dos diversos atores processuais, de modo que o advogado, defensor ou membro do ministério público poderão contribuir para o melhor atendimento ao princípio da decisão informada.

Neste íterim, relevante considerar a importância também da capacitação específica dos terceiros facilitadores, pois a formação com bases sólidas – e uniformes – sobre os mecanismos garantirá melhores recursos para os mediadores ou conciliadores instruírem os demais sujeitos processuais quanto aos métodos. Com relação ao tema, a Resolução nº 125/2010 do CNJ dedica o Anexo I à definição das diretrizes curriculares dos cursos de capacitação básica de facilitadores, abrangendo uma etapa teórica e outra prática. Tais parâmetros são exigidos para o cadastro como mediador ou conciliador judicial pelo parágrafo 1º do artigo 167 do CPC/15.

Não obstante, deve-se ressaltar que a exigência para formação específica destina-se aos mediadores e conciliadores *judiciais* – aos extrajudiciais, a legislação brasileira fixa como única condicionante específica a confiança das partes, mencionando apenas de maneira genérica a ideia de “pessoa capacitada”^{257, 258}. Ainda, quanto aos facilitadores judiciais, a Lei de Mediação, em seu artigo 9º, amplia

consensualmente possam ser acolhidas como fruto de genuíno e esclarecido consentimento”. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 192-193.

²⁵⁶ “O conciliador não deve sugerir ou tentar convencer a parte a aceitar determinada proposta de acordo com a lei. Deve, ao invés, indagar à parte se determinada proposta seria adequada, para atender a seus interesses, e justa, de acordo com seus valores”. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, P. 282-283.

²⁵⁷ O artigo 9º da Lei Federal nº 13.140/2015 dispõe: “Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.” A redação parece seguir linha similar ao raciocínio conferido à Lei de Arbitragem, cujo artigo 13 estipula poder ser árbitro qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes.

²⁵⁸ Deve-se ressaltar que a ausência de maior especificidade na lei quanto à capacitação dos mediadores e conciliadores extrajudiciais deve ser interpretada no sentido de garantir o privilégio à autonomia da vontade e da informalidade de tais mecanismos, no sentido de não haver um único caminho possível de formação, e de que a confiança das partes no terceiro configura elemento extremamente relevante para o sucesso do procedimento. Todavia, como dito alhures no que toca ao desenvolvimento de uma nova cultura, a condução de procedimentos por terceiros incapacitados, ou mal capacitados, pode desenvolver verdadeira aversão dos cidadãos aos métodos, a partir de visões equivocadas sobre a prática autocompositiva. Assim, parece que a vagueza da regra legal deve ser compreendida no sentido de permitir uma amplitude de formações, mas não incentivar a falta de formação, ou a má formação.

os requisitos previstos no CPC/15, para exigir também a graduação em curso superior há pelo menos dois anos, porém não restringe à formação jurídica. Sobre o tema, destaca-se a lição de Érica Barbosa e Silva, para quem o facilitador se destaca da profissão originária e atua em área nova, exclusiva e especificamente relacionada ao tratamento de conflitos²⁵⁹. Nesse sentido, a opção legislativa pela exigência de curso superior parece mais próxima de uma opção política, na direção de restringir a atuação a profissionais com histórico de educação formal, bem como na ideia de que o período de tempo da graduação, acrescido dos dois anos, poderia garantir sujeitos mais experientes para as diversidades apresentadas pelos conflitos.

Contudo, o acúmulo desses requisitos – formação nos termos do CNJ, com etapa teórica e estágio supervisionado, curso de graduação, e ainda dois anos de formado – restringe consideravelmente o número de pessoas disponíveis para a função. Considerando este contexto fático, o Conselho Nacional de Justiça decidiu, na 35ª Sessão Extraordinária do Conselho, no dia 14 de março de 2017, que a exigência de dois anos de formado estipulada pela Lei Federal nº 13.140/2015 aplica-se apenas aos mediadores judiciais, autorizando, pois, estudantes de ensino superior a atuarem como *conciliadores* judiciais, desde que formados nos termos da Resolução nº 125/2010, ou supervisionados por professores capacitados como instrutores²⁶⁰. A interpretação dada pelo Conselho reforça a opção pátria pela distinção entre os mecanismos de mediação e de conciliação, e não parece confrontar a expressa previsão legal, tendo em vista a Lei Federal nº 13.140/2015 tratar apenas de *mediadores* judiciais.

Por derradeiro, insta ressaltar a importância de o legislador não ter restringido a atividade de condução das técnicas autocompositivas aos profissionais do direito. Em primeiro lugar, trata-se de opção consentânea as ideias propostas pelo presente

²⁵⁹ “Ele não aponta as melhores saídas jurídicas, como faria um advogado. Também não decide, como o juiz ou explora os conflitos intrapsíquicos, como o psicólogo. Move-se, sem dúvida, numa nova área de atuação, inclusive que requer formação específica, cujas disciplinas versam sobre a tipologia dos conflitos e as diversas formas de resolução, além da abordagem sobre temas como interdisciplinaridade, teoria geral dos sistemas e pensamento complexo. O conciliador deve exercer a função de facilitador da comunicação, favorecendo a resolução do conflito pela investigação de suas razões, ampliando os recursos possíveis e servindo de agente de realidade”. (SILVA, Érica Barbosa e. Conciliação Judicial. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, P. 283-284).

²⁶⁰ JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *CNJ amplia o rol de pessoas que podem atuar como conciliadores de Justiça*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84465-cnj-amplia-o-rol-de-pessoas-que-podem-atuar-como-conciliadores-de-justica>>, acesso em 06 de abril de 2017.

trabalho, no sentido de que a pacificação e o tratamento de conflitos não deve ser considerado um monopólio, mas sim um norte para todos os cidadãos no Estado Democrático de Direito. Em segundo lugar, e não menos importante, permitir que as mediações e conciliações sejam permeadas por sujeitos de diversas áreas do saber contribui para maior pluralidade e representatividade dos diálogos. Em adendo, também a presença de co-mediadores ou co-conciliadores, autorizada pelo parágrafo 3º, do artigo 168 do CPC/15, pode contribuir nesse sentido²⁶¹.

A análise sobre a recomendação, ou não, de um segundo facilitador para o procedimento, bem como a indicação para mediação ou conciliação, e a fiscalização e coordenação dos trabalhos dos mediadores e conciliadores judiciais deve ser feita com a cooperação de outro sujeito processual, o juiz.

4.3.4. O juiz

A postura do juiz no processo civil em prol do tratamento de conflitos também assume algumas peculiaridades. Em olhar raso, pode-se pensar que a figura do juiz apresenta importância diminuta nesse novo enfoque, tendo em vista o alegado protagonismo das partes, e a condução do procedimento pelos terceiros facilitadores. Todavia, a análise mais atenta do transcurso processual permite aferir que o magistrado também assume papel importante, ainda que diferente da tradicional função de julgar e sentenciar²⁶².

²⁶¹ “Entre os motivos para o exercício conjunto de conciliadores, observe-se que habilidades e experiências diversas, bem canalizadas, podem ser benéficas ao cumprimento do propósito da conciliação. Ademais, é salutar o desenvolvimento de conciliadores com perfis culturais ou gêneros distintos, de modo que as partes sintam menor probabilidade de parcialidade e interpretações tendenciosas, como também favorece o treinamento de conciliadores aprendizes, supervisionados por outros mais experientes”. SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 280.

²⁶² “Na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que assumam cada vez mais uma função de gerenciamento de disputas (ou gestão de processos de resolução de disputas). Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do Direito, ao exercerem suas atividades profissionais nesses processos, que, em regra, são menos belicosos e adversariais e mais propensos à utilização criativa

Nesse sentido, o inciso V, do artigo 159 do CPC/15, atribui aos juízes a incumbência de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, *preferencialmente* com o auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. A utilização do advérbio para caracterizar a ação de promoção enseja a interpretação de três sentidos: (i) a possibilidade de os juízes realizarem a autocomposição pessoalmente, (ii) a possibilidade de os juízes se valerem dos auxiliares de justiça para a tarefa e (iii) a preferência da segunda hipótese, em relação à primeira. Portanto, parece ter pretendido o legislador que, dispondo mediadores ou conciliadores judiciais, o juiz deve encaminhar para esses auxiliares da justiça capacitados a demanda, para tentativa de autocomposição.

Esta atuação adequa-se à ideia de *promover autocomposição*, pois o juiz desempenha relevante papel no diagnóstico dos casos, ou seja, realizar triagem, a partir dos elementos verificados nas peças ou nas audiências processuais, de quais demandas podem ser melhor conduzidas por mediação, e quais adequam-se melhor à conciliação: “*muitas vezes esse encaminhamento vai além de um ato formal e inclui um trabalho difícil de convencimento que não pode coagir, mas pode persuadir as partes ao intento do diálogo*”²⁶³. O papel de diagnosticar o melhor método aplicável à demanda está insculpido, implicitamente, no *caput* do artigo 334 do CPC/15, pois, ao determinar que, preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial, o juiz designará audiência de mediação ou conciliação, não quer dizer que a audiência será híbrida, de ambos os métodos. Na verdade, considerando, como já salientado, que o processo civil brasileiro reconhece e reforça a distinção entre mediação e conciliação, a conjunção alternativa *ou* do artigo 334 implica no dever de

dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico (e.g. novação, ajustamento de conduta e transação), para uma atuação cooperativa enfocada na solução de controvérsias, de maneiras mais eficientes. Criou-se a necessidade de um operador do Direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador – a pergunta a ser feita deixou de ser “quem devo acionar” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente””. AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 8, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004, p. 20.

²⁶³ ANDRADE, Juliana Loss de. *Magistratura & Mediação*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 219.

filtragem do juiz, para eleger²⁶⁴ qual dos métodos será mais adequado para o conflito submetido a juízo.

Quanto à atuação direta do juiz na autocomposição, como mediador ou conciliador, há certa polêmica. De maneira sintética, Érica Barbosa e Silva elucida a questão:

Outrora, o juiz era visto como o melhor sujeito para realizar acordos, principalmente pelo exercício da sua autoridade. Todavia, muitas vezes os acordos firmados provinham do receio das partes de um julgamento desfavorável e não da construção legítima do consenso pelo atendimento dos interesses das partes. Aos poucos, as limitações relacionadas ao desenvolvimento da função conciliadora pelo juiz começaram a ser reconhecidas, sobretudo porque as partes não revelavam todo o conflito e as interferências do advogado nas sessões presididas pelo juiz eram mais enfáticas, inibindo a manifestação direta das partes. A imparcialidade do juiz também passou a ser vista como elemento de grande limitação nas sessões de conciliação. Há certas restrições, sobretudo na utilização de sessões individuais com as partes, impedem o juiz de tomar maior conhecimento do conflito e das razões das partes. Por tudo isso, atualmente o juiz não é visto como o melhor sujeito para realizar a conciliação, porque as partes pouco se conciliam ou realizam acordos sem consentimento legítimo²⁶⁵.

Nesse sentido, a figura do juiz, pela hierarquia e autoridade que emana culturalmente, pode inibir as partes. Ademais, em que pese a existência do princípio da confidencialidade, que poderia, em tese, acalentar as partes, no sentido de as informações trazidas no procedimento autocompositivo não serem utilizadas para finalidade distinta, caso a tentativa de consenso reste infrutífera, o juiz-facilitador torna-se juiz-julgador. Nesse contexto, apesar de não poder utilizar as informações confidenciais como fundamentos da sentença, questiona-se a viabilidade, pela humanidade do magistrado, de impermeabilizar-se completamente em relação ao contato que teve com as partes e seus advogados.

Diante de tais questionamentos sobre a compatibilidade da figura de julgador e facilitador na mesma pessoa, ressalta-se a redação do artigo 359 do CPC/15: “Instalada a audiência, o juiz tentará *conciliar* as partes, independentemente do

²⁶⁴ A este respeito, considerando o dever de todos os sujeitos do processo cooperarem entre si (artigo 6º do CPC/15), bem como o princípio da autonomia da vontade (artigo 166 do CPC/15), parece recomendável que o autor indique na petição inicial não só a hipótese de desinteresse na autocomposição (parágrafo 5º, do artigo 334, do CPC/15), mas, caso tenha interesse, indique também qual dos métodos prefere para dirimir o conflito. Ainda, considerando o dever de todas as partes estimularem a autocomposição (parágrafo 3º, do artigo 3º, do CPC/15), também parece recomendável que a manifestação sobre o desinteresse seja fundamentada, e não genérica, para fornecer subsídios para o juiz compreender melhor as nuances que circundam o conflito.

²⁶⁵ *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, P. 316-317.

emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem”. Nesta passagem, a lei restringe o incentivo autocompositivo do juiz ao método da conciliação, de modo que a mediação ainda permanece restrita aos mediadores. Esta discriminação justifica-se pelos elementos já mencionados, em especial o caráter da mediação de abordar mais profundamente as relações entre as partes e a postura exclusivamente de facilitador do diálogo do mediador, sem autorização para fazer sequer intervenções em prol de propostas de acordo para as partes.

Assim, a atuação do magistrado em relação ao tratamento de conflitos deve orientar-se para, havendo facilitadores capacitados, diagnosticar o mecanismo mais adequado e encaminhar para o mediador ou conciliador judicial conduzir o procedimento. Caso não haja tais auxiliares disponíveis, o juiz deve se valer da conciliação para tentar compor as partes, tendo em vista a postura mais ativa e incisiva que assume, e a interpretação restritiva do artigo 359 do CPC/15²⁶⁶.

Além destas possibilidades de atuação, o juiz também funciona como verdadeiro coordenador, ou controlador, do desempenho dos mecanismos autocompositivos. Será o magistrado quem avaliará a ausência de justificativa para o não comparecimento, para aplicar a sanção por ato atentatório contra a dignidade da justiça do parágrafo 8º do artigo 334 do CPC/15; bem como afastará o mediador ou conciliador judicial por atitude inadequada, nos termos do parágrafo 2º, do artigo 173 do Código. Ainda, o artigo 9º, da Resolução nº 125/2010 do CNJ define que a função de coordenador dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) – órgão responsável pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão – também será exercida pelos juízes.

²⁶⁶ “Como conciliador, o juiz deixa de ser a figura que aplica o direito ao caso concreto e deve exortar as partes a uma nova perspectiva do conflito. No desenvolvimento dessa atividade, o magistrado não deve influenciar as partes com prognósticos de resultados favoráveis ou desfavoráveis, sob pena de comprometer sua imparcialidade no julgamento futuro, se a conciliação não resultar em acordo. Ao assumir sua função de pacificador, conduzindo a conciliação, o juiz deixa de exercer sua função jurisdicional típica, que é aplicar o direito ao caso concreto. Apenas se não houver a composição entre as partes é que o juiz voltará a assumir sua função jurisdicional. São posturas absolutamente diversas”. SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

Finalmente, vale destacar que, diante das diversas atribuições dos magistrados em face da autocomposição, fundamental sua capacitação e estímulo quanto aos métodos. Para tanto, a resolução nº 125/2010 do CNJ estabelece, no artigo 7º, o dever de os tribunais incentivarem ou promoverem capacitação, treinamento e atualização permanente dos magistrados (inciso V), bem como, no artigo 6º, o dever de o CNJ providenciar que as atividades relacionadas à conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos sejam consideradas nas promoções e remoções de magistrados pelo critério do merecimento (inciso III). Desta forma, os juízes poderão desempenhar papel fundamental no estímulo da autocomposição, seja como gestores, promotores ou facilitadores diretos.

5 MECANISMOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS E O PROCESSO CIVIL: UMA ABORDAGEM ADEQUADA

No contexto de um processo civil direcionado para a consolidação dos valores, princípios e garantias fundamentais, busca-se não só romper com as heranças negativas do modelo liberal, mas também propor novas perspectivas, em prol da pacificação social. Assim, como destacado previamente, os mecanismos *alternativos* ao Judiciário são resgatados no processo brasileiro a partir da segunda metade do século XX e, em 2015, o novo Código de Processo Civil consolida a inserção de outras vias para tratar os conflitos, além da adjudicatória. Ainda, os princípios do acesso à justiça, da participação e da adequação assumem novas significações, para dar espaço a uma nova postura das partes em relação ao conflito.

Contudo, para melhor discutir pacificação, necessário avaliar também a concepção acerca de conflito em si. A partir dessa compreensão, analisar-se-ão os diversos instrumentos disponíveis para tratá-lo e, para tanto, necessário também elucidar conceitos e técnicas relativas a tais mecanismos. Estabelecidas tais premissas, então se pode cogitar uma proposta adequada para tratar os conflitos no processo civil brasileiro.

5.1 O CONFLITO

Os conflitos, historicamente, são caracterizados com enfoque sobre o antagonismo, a divergência e o rompimento de relações, assumindo feição negativa no imaginário e no discurso cotidiano²⁶⁷. A realidade é que “*o homem é essencialmente um ser*

²⁶⁷ BRIQUET, Enia Cecilia. *Manual de Mediação: teoria e prática na formação do mediador*. Petrópolis: Editora Vozes, 2016, p. 48.

*relacional*²⁶⁸ e, ao mesmo tempo, cada indivíduo apresenta peculiaridades, vivências e uma originalidade próprias, de modo que a ocorrência de divergências e, pois, conflitos é inerente ao convívio social²⁶⁹. Ademais, em ambientes democráticos, a existência de conflitos indica o bom funcionamento da sociedade, na medida em que representam a reverberação da pluralidade e diversidade dos seus elementos²⁷⁰.

Todavia, a concepção quanto à inerência do conflito diante da sociedade não deve ser considerada conformista, mas sim como uma realidade que apresenta perspectivas positivas. Como destaca Georg Simmel, o conflito não só é inerente à sociedade, como também representa fator elementar para motivar mudanças, ou seja, retirá-la da inércia e da estagnação²⁷¹. Assim, em vez de serem um atraso, ou um entrave, os conflitos representam verdadeira mola de propulsão da sociedade.

Não obstante, para extrair esse viés positivo, é necessário promover *processos construtivos*, em vez de *destrutivos*. A partir das lições de Morton Deutsch, concebem-se os processos destrutivos como aqueles nos quais há um enfraquecimento ou rompimento da relação social, bem como um agravamento da disputa em si, “assumindo feições competitivas nas quais cada parte busca “vencer” a disputa e decorre da percepção [...] de que os interesses das partes não podem coexistir”²⁷². Os processos construtivos, por outro giro, promovem o fortalecimento da relação social preexistente e se caracterizam:

- i) pela capacidade de estimular as partes a desenvolverem soluções criativas que permitam a compatibilização dos interesses aparentemente contrapostos; ii) pela capacidade de as partes ou do condutor do processo (e. g. magistrado ou mediador) motivarem todos os envolvidos para que *prospectivamente* resolvam as questões sem atribuição de culpa; iii) pelo

²⁶⁸ "Nossa relação com os outros é parte constitutiva de nossa personalidade. A existência humana do homem não é estar-no-mundo, mas estar-com-os-outros". MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência: uma trajetória filosófica*. São Paulo: Palas Athena, 2007, p. 18.

²⁶⁹ "Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência". VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, P. 21-22.

²⁷⁰ "Nas democracias, conflitos, em vez de ser suprimidos, emergem. É por isso que esse sistema de governo às vezes parece tão turbulento e belicoso quando comparado a modelos mais autoritários". FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 12.

²⁷¹ SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

²⁷² BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, p. 55.

desenvolvimento de condições que permitam a reformulação das questões diante de eventuais impasses e iv) pela disposição de as partes ou do condutor do processo a abordar, além das questões juridicamente tuteladas, todas e quaisquer questões que estejam influenciando a relação (social) das partes²⁷³.

Neste íterim, vale destacar que o direito, tradicionalmente, compreende restritivamente o conflito, cingindo-o a uma dúvida sobre quem tem, ou não, razão²⁷⁴. Tal concepção direciona-se a partir de uma visão jurídica voltada predominantemente para a segurança jurídica, no sentido de dar certeza quanto à dicção do direito, em detrimento da perspectiva da pacificação social. Todavia, conforme identificado nos capítulos anteriores, o direito também passou a identificar a importância do escopo social, ou seja, do processo como instrumento em prol da pacificação, verificando que a certeza sobre quem tem o direito não necessariamente cumpre o objetivo de garantir paz entre os cidadãos.

Isso, porque, nos dizeres de Carlos Eduardo de Vasconcelos, vivemos uma “Revolução dos Conhecimentos”, na qual “as pessoas, sociologicamente urbanizadas, vão-se tornando avessas às hierarquias tradicionais, pois o amplo acesso ao conhecimento não é compatível com posturas de imposição unilateral”²⁷⁵, ou seja, não se mostra suficiente o mero *dizer o direito* no sentido de dizer quem tem razão (sistema vencedor-perdedor). Nesse sentido, sobrelevam-se as reflexões de Mauro Cappelletti:

A justiça coexistencial [...] não visa a trancher, a decidir e definir, mas antes a “remendar” (falei justamente de uma *mending justice*) uma situação de ruptura ou tensão, em vista da preservação de bem mais duradouro, a convivência pacífica de sujeitos que fazem parte de um grupo ou de uma relação complexa, à qual dificilmente poderiam subtrair-se. [...] exatamente no interesse das partes, deve prevalecer, sobre a pesquisa de um “erro” e de uma “razão” (no passado), a procura de uma possibilidade de permanência e de convivência (no futuro). Sobre a justiça do caso concreto – justiça legal, técnica, profissional -, deve prevalecer, precisamente, aquela a que insisto em chamar “coexistencial”; ou seja, uma justiça que tenha em

²⁷³ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, P. 55-56.

²⁷⁴ Nesse sentido, Daniela Monteiro Gabbay, invocando as lições de Liebman, destaca que “o conceito de conflito sociológico não se confunde com o de conflito jurídico”. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 29.

²⁷⁵ *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 31.

vista a inteira situação na qual se inseria o episódio contencioso, e que tenda a “curar”, não a exasperar, a situação de tensão²⁷⁶.

Ademais, como analisado, o direito e o processo não se realizam apenas por meio da via adjudicatória. Aliás, nem mesmo o processo judicial comporta mais a concepção restritiva de conflito, inserindo no bojo do percurso judiciário técnicas de negociação, conciliação e mediação²⁷⁷, em que a investigação acerca da controvérsia ultrapassa a profundidade rasa de uma dúvida meramente quanto a quem tem o direito subjetivo. Para não restarem dúvidas, o parágrafo segundo do artigo 515 do CPC/15 atesta: *a autocomposição judicial pode envolver sujeito estranho ao processo e versar sobre relação jurídica que não tenha sido deduzida em juízo*. Portanto, é de se notar que o novo código de processo civil não só consolida meios autocompositivos no bojo do Judiciário, como também permite, a partir deles, ampliar a visão do direito sobre as controvérsias.

Assim, o objetivo não pode nem deve ser extinguir, suprimir ou aniquilar os conflitos, mas sim desenvolver processos construtivos para tratá-los adequadamente e, assim, extrair deles e potencializar os aspectos positivos que apresentam²⁷⁸.

5.2 QUESTÃO DE NOMENCLATURA

A questão de nomenclatura concerne à expressão adotada para o presente estudo: tratamento adequado de conflitos. Para compreender os termos, analisar-se-ão os demais termos verificados na doutrina jurídica a respeito dos mecanismos em face dos litígios.

²⁷⁶ Problemas de Reforma do Processo Civil nas Sociedades Contemporâneas. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 65/1992, p. 127-143, jan-mar/1992.

²⁷⁷ CPC/15, art. 166 [...] § 3º Admite-se a aplicação de técnicas negociais, com o objetivo de proporcionar ambiente favorável à autocomposição.

²⁷⁸ "Por mais estranho que pareça, o mundo precisa de mais conflitos, e não menos. O desafio não é eliminar conflitos, mas transformá-los. É mudar o modo como lidamos com nossas diferenças – em vez de conflitos antagônicos e destrutivos, solução de problemas de forma conjunta e pragmática". FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 13.

Ao se discutir temas como mediação, conciliação, arbitragem, popularizou-se classificá-los como métodos *alternativos* de resolução de disputas²⁷⁹. O nome aproxima-se do termo utilizado no direito norte-americano, qual seja, *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, ou, em tradução literal, “resolução alternativa de disputas”. Conforme destaca André Gomma de Azevedo, o emprego da alternatividade justifica-se porque, originalmente, mecanismos como mediação e arbitragem passaram a ganhar maior destaque nos Estados Unidos em decorrência do abarrotamento do Judiciário do país²⁸⁰. É dizer, ainda se considerava o sistema judiciário adjudicatório como via principal, e as demais seriam opções secundárias, diante de seu abarrotamento²⁸¹.

Em paralelo, pode-se invocar a expressão *equivalentes jurisdicionais*, nomenclatura utilizada no Brasil como adaptação de “equivalentes do processo civil”, utilizada por Francesco Carnelutti²⁸². Isso, porque tanto esta, quanto a anterior, utilizam o modelo estatal como via primária em relação às demais: a alternatividade sugere tratar-se de opção secundária; a equivalência, mecanismos “como se fossem” jurisdicionais. Em ambos os casos, mediação, conciliação, arbitragem são categorizados, ainda que indireta e subliminarmente, em hierarquia inferior em relação à via jurisdicional estatal²⁸³.

²⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 32.

²⁸⁰ AZEVEDO, André Gomma de. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual*. In.: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Vol. 2. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2003, p. 162.

²⁸¹ "Em boa lógica (e tendo em conta o grau de civilidade que a maior parte das sociedades atingiu neste terceiro milênio), é razoável pensar que as controvérsias tendam a ser resolvidas, num primeiro momento, diretamente pelas partes interessadas (negociação, mediação, conciliação); em caso de fracasso deste diálogo primário (método autocompositivo), recorrerão os conflitantes às fórmulas heterocompositivas (processo estatal, processo arbitral). Sob este enfoque, os métodos verdadeiramente alternativos de solução de controvérsias seriam os heterocompositivos (o processo, seja estatal, seja arbitral), não os autocompositivos (negociação, mediação, conciliação). Para evitar esta contradição, soa correta a referência a métodos adequados de solução de litígios, não a métodos alternativos". CARMONA, Carlos Alberto. *Ibidem*, P. 32-33.

²⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). Participação e Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988, p. 279.

²⁸³ "A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente, um processo de resolução de disputas é melhor do que outro". BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, p. 56.

Outro termo encontrado na doutrina brasileira consiste em métodos *amigáveis*, ou *consensuais* de resolução de conflitos. Neste caso, não se verifica pejoratividade no termo, como analisado nas expressões anteriores, mas sim uma insuficiência para o objeto que se pretende estudar: a negociação, a conciliação e a mediação podem ser considerados instrumentos consensuais, pois fundamentam-se na horizontalidade da relação e na busca, de fato, por um consenso construído pelas partes. Todavia, certos conflitos demandarão a atuação verticalizada de um terceiro, como ocorre na arbitragem, que, portanto, não está abarcada na categoria amistosa ou consensual²⁸⁴.

Ainda, fala-se em meios *extrajudiciais* de solução de conflitos. Tal qual analisado no parágrafo anterior, não se trata de expressão pejorativa ou errada, mas também insuficiente: os mecanismos propostos, sobretudo a negociação, a mediação e a conciliação, podem ser praticados também no bojo do Judiciário. Inclusive, trata-se da opção eleita pelo legislador pátrio quanto ao artigo 334 do CPC/15, que, nos termos da doutrina, implementou a *Justiça Multiportas*²⁸⁵.

A proposta da justiça multiportas, por sua vez, também se lastreia no direito norte-americano. A ideia de *multidoor courthouse* remonta ao estudo apresentado pelo professor de Harvard Frank Sander, na *Pound Conference*, em 1976, no qual propôs a ideia de serem necessários métodos diferenciados, para diferentes tipos de conflitos²⁸⁶. A expressão tem especial relevância por permitir que os variados mecanismos sejam considerados em igualdade, ou seja, não há hierarquia entre os métodos, pois não se trata de ser superior ou inferior, mas sim mais ou menos eficiente para cada tipo de conflito. Contudo, ainda alude a um monopólio estatal ao referenciar a ideia de *courthouse*, ou “justiça”.

²⁸⁴ Insta ressaltar que parcela da doutrina fala em um cunho consensual da arbitragem, porém se refere à eleição do mecanismo: para que as partes levem o conflito para a via arbitral, elementar haver um consenso sobre a exclusão da via estatal. Nesse sentido, de fato, há um consenso, exarado na convenção de arbitragem (cláusula compromissória ou compromisso arbitral). Todavia, uma vez eleita a arbitragem como método, esta se resolve por meio de sentença arbitral, proferida pelo terceiro imparcial, com poder decisivo e vinculante, o árbitro. BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012, p. 4.

²⁸⁵ ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

²⁸⁶ SANDER, Frank. Varieties of Dispute Processing. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

Finalmente, a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) inova no direito brasileiro e cunha o termo *tratamento adequado dos conflitos de interesse*²⁸⁷. Quanto a “tratamento”, duas observações sobressaem: (i) o foco não está em aniquilar o conflito e (ii) não se isolam os instrumentos disponíveis para lidar com o conflito. Tratar, em vez de resolver ou solucionar, implica em reconhecer, como analisado, que o conflito configura elemento essencial de uma sociedade democrática, bem como fenômeno inerente à convivência humana.

Ainda, falar em tratamento permite análise mais abrangente quanto às diversas ferramentas disponíveis: os diversos mecanismos estão à disposição para as partes relacionarem-se de maneira construtiva com o conflito e, inclusive, podem conjugá-los. O isolamento dos métodos contribui didaticamente para estudá-los e ensiná-los, porém não deve significar que, na prática, não possam ser combinados, para melhor tratar a controvérsia.

Já a *adequação* consiste em enfoque que “reconhece a necessidade de correlacionar e adaptar o processo civil ao tipo de litígio”²⁸⁸. A palavra permite inferir o entendimento de que o tratamento deve ser proposto conforme o conflito, suas nuances e peculiaridades, e, nessa linha, os diversos métodos não são inferiores ou superiores, mas sim menos, ou mais adaptados a levar as partes à pacificação. Assim, resgata-se a discussão sobre o princípio da adequação, que, nos dizeres de Diogo Assumpção Rezende de Almeida, inclui a eleição do método mais eficiente e apropriado de composição, destacando-se, porém, não se tratar de norma cogente, tendo em vista que sua inobservância “acarreta unicamente a eleição de mecanismo menos eficaz”²⁸⁹. Aproxima-se, então, da proposta de Frank Sander, porém sem vincular os mecanismos à atuação estatal.

Por derradeiro, “conflito”, e não “disputa” porque esta, para parcela da doutrina, seria espécie daquele, na medida em que só sealaria em disputa quando o conflito fosse

²⁸⁷ Art. 1º Fica instituída a Política Judiciária Nacional de tratamento dos conflitos de interesses, tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e peculiaridade.

²⁸⁸ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 71.

²⁸⁹ ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

demandado em juízo²⁹⁰. Por raciocínio semelhante, prefere-se “conflito” a “litígio”, pois esta última origina-se do conceito carneluttiano de conflito de interesses levado a juízo e, como analisado, os conflitos podem ser resolvidos diretamente pelas partes, ou com a presença de terceiros, sem necessariamente depender da Jurisdição estatal.

Não obstante a abordagem quanto à nomenclatura, o propósito deve ser promover a reflexão quanto ao tratamento de conflito, e não restringir ou dogmatizar a utilização de termos²⁹¹.

5.3 AS ESPÉCIES DE MECANISMOS DE TRATAMENTO DE CONFLITOS

A análise das espécies de mecanismos de tratamento, como ressaltado, não deve ser compreendida como uma tentativa de engessar o diagnóstico e o processamento do conflito, senão o contrário. Na verdade, Frank Sander destaca que verificar (i) quais as características elementares das várias ferramentas e (ii) como essas características podem ser utilizadas diante da variedade de conflitos permitirá a melhor capacitação para triagem dos conflitos, ou seja, para avaliar quais instrumentos serão úteis para quais conflitos²⁹². Assim, a distinção proposta tem por principal objetivo facilitar e otimizar a didática de ensino e aprendizagem sobre o tema.

²⁹⁰ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, p. 54.

²⁹¹ “[...] a prática deve prevalecer sobre a semântica”. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, p. 54.

²⁹² SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979, p. 67.

5.3.1. Autocomposição x heterocomposição

Antes de adentrar propriamente nas espécies de mecanismos de tratamento de conflitos, deve-se atentar à classificação verificada na doutrina quanto à atuação, ou não, de um terceiro. A partir desse critério, classificam-se nas categorias *autocomposição* e *heterocomposição*.

A autocomposição engloba as espécies nas quais as próprias partes (*auto* = mesmo, próprio) tratam o conflito. Nos termos de André Gomma de Azevedo, consiste na “forma de solução, resolução ou decisão do litígio decorrente de obra dos próprios litigantes sem intervenção vinculativa de terceiro [...] na medida em que as partes conseguem encontrar uma forma de adequação dos interesses”²⁹³. Vale destacar a utilização da expressão *vinculativa* pelo autor.

Isso, porque a atuação de um terceiro, por si só, não desnatura o caráter autocompositivo. De fato, o mecanismo primário de as partes tratarem o conflito, no sentido de existir antes mesmo de se pensar de maneira complexa em técnicas para lidar com as controvérsias, consiste na negociação direta: os contendores, por si mesmos, debatem e conversam para atingir um consenso. Todavia, classificam-se como autocompositivas também a mediação e a conciliação, tendo em vista que, nesses casos, há a atuação de um terceiro, porém como facilitador, mas não como julgador, com poderes para decidir vinculativamente.

Assim, diferencia-se da *heterocomposição*, *heterotutela* ou *meio adjudicatório* (*hetero* = outro) “para se referir ao meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial, alheio ao conflito, define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”²⁹⁴. A respeito de mecanismos que se valem da adjudicação, Frank Sander também elenca outros dois aspectos que usualmente são verificados: (i) a natureza perde-ganha da decisão e (ii) a tendência de focar na controvérsia de

²⁹³ *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual*. In.: AZEVEDO, André Gomma de (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação. Vol. 2. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2003, p. 152.

²⁹⁴ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 55.

maneira mais restrita e imediata, sem necessariamente preocupar-se com o relacionamento que envolve as partes²⁹⁵. Nesta categoria inserem-se a Jurisdição estatal e a arbitragem, nas quais o magistrado e o árbitro figuram, respectivamente, no papel de julgadores definitivos do conflito.

Tais definições importam em compreender melhor a necessidade, ou não, de haver um terceiro perante o conflito, bem como na função que este pode vir a exercer em relação às partes. Contudo, mais uma vez, sublinha-se que não se objetiva engessar ou isolar os mecanismos, pois, na prática, pode haver processos híbridos²⁹⁶, mesclando etapas autocompositivas, com heterocompositivas, em prol da melhor adequação ao conflito²⁹⁷.

Compreendidas tais noções preliminares, passa-se a analisar os principais instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico pátrio para tratar conflitos.

5.3.2. Negociação

A negociação talvez seja o mecanismo mais conhecido, no sentido vulgar, pois, em linhas gerais, aproxima-se do conceito em que é empregado cotidianamente: trata-se de conflitantes, diretamente, sem a necessidade de um terceiro, buscarem, a partir do diálogo, chegar a um consenso. Em outras palavras:

A negociação pode ser entendida como a comunicação estabelecida diretamente pelos envolvidos, com avanços e retrocessos, em busca de um

²⁹⁵ SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979, p. 69.

²⁹⁶ Idem, *ibidem*, p. 70.

²⁹⁷ “Mistos ou híbridos são os métodos que apresentam características dos grupos anteriores. Divide-se o procedimento em etapas, utilizando-se na primeira um instrumento de solução de conflitos. Na hipótese de seu insucesso, há previsão para passar-se imediatamente à aplicação de outro método já estabelecido. É o caso da mediação-arbitragem, arbitragem-mediação, mini-julgamento, *dispute boards* etc.” ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

acordo; trata-se do mais fluido, básico e elementar meio de resolver controvérsias, e também o menos custoso²⁹⁸.

A ideia de avanços e retrocessos historicamente vinculou a ideia de negociação com concessões, seja unilateral – nos casos de desistência ou reconhecimento do pedido (submissão)²⁹⁹ – ou bilateral – no caso de transação³⁰⁰, ou seja, um método perde-ganha (ou perde-perde). O problema desta forma de negociar, ou de conceber a negociação, é que, diante da inevitabilidade de um ganhador e um perdedor, ambas as partes farão o possível para ganhar e, conseqüentemente, buscarão que a outra perca (ceda). Nesse cenário, as partes assumem posições, ancoram-se nelas e tornam o ambiente cada vez mais hostil para a obtenção de acordo³⁰¹.

Tal concepção passou a ser reformulada a partir do desenvolvimento da chamada “negociação baseada em princípios”. Criada por Roger Fisher e William Ury, e desenvolvida no Programa de Negociação de Harvard (*Program on Negotiation at Harvard Law School – PON*), classifica as negociações em dois grandes tipos: barganha posicional, ou baseada em princípios³⁰². A barganha posicional aproxima-se da postura adversarial, prevê uma análise superficial do problema e, por isso, considera apenas propostas limitadas, que tornam inevitável a concepção perde-ganha, além de representar uma forma de negociar que não depende de preparação ou técnica³⁰³. A negociação por princípios, a seu turno, caracteriza-se, nas palavras de seus criadores:

O método de negociação baseada em princípios, desenvolvido pelo Projeto de Negociação de Harvard, consiste em deliberar sobre as questões em pauta levando em conta os seus méritos e não promovendo um processo de regateio focado naquilo que cada lado afirma que fará ou deixará de fazer. O método sugere que se busquem ganhos mútuos, sempre que possível, e que, no caso de conflitos de interesses, se insista em que o resultado tenha por base padrões justos, independentes das vontades de cada lado. O método de negociação baseada em princípios é duro em relação aos

²⁹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 42.

²⁹⁹ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 102.

³⁰⁰ Como visto em capítulo anterior, o conceito de transação no Código Civil Brasileiro adota a visão de concessões mútuas: “Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.”

³⁰¹ FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, P. 27-28.

³⁰² GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011, p. 52.

³⁰³ FISHER, Roger; URY, William. *ibidem*, p. 28.

métodos, afável em relação às pessoas. Não emprega truques e nem assume posturas. A negociação baseada em princípios mostra como obter o que lhe é de direito sem ser indigno. Permite a você ser justo e, ao mesmo tempo, ficar protegido daqueles que desejam tirar vantagem de sua correção³⁰⁴.

Resumidamente, vale-se de quatro pilares principais: (i) separar as pessoas dos problemas, (ii) focar em interesses e não em posições, (iii) inventar opções de ganhos mútuos e (iv) utilizar critérios objetivos.

Em primeiro, destaca-se não ser necessário atacar a pessoa, mas sim o problema, e, para tanto, sugere-se, inclusive, colocar-se no lugar da outra pessoa, para desenvolver empatia³⁰⁵. Em segundo, a negociação com base em princípios deve ultrapassar a análise superficial sobre o que as partes declaram inicialmente, investigando os porquês e os porquês-não de cada uma das partes, além de compreender a possibilidade de existirem múltiplos interesses em cada parte. Em terceiro, a possibilidade de desenvolver opções de ganhos mútuos fundamenta a concepção ganha-ganha, e deve ser promovida por meio de técnicas como o *brainstorming*, separando a etapa de criação de opções da etapa de avaliação das opções. Finalmente, a utilização de critérios objetivos torna mais provável a obtenção de resultados justos, além de aproximar ambas as partes, uma vez que refutar um critério objetivo demanda a utilização de outro critério ainda melhor fundamentado, refinando ainda mais o resultado final.

A pesquisa de Roger Fisher e William Ury desenvolveu-se em verdadeira Escola de Negociação. A mudança de enfoque da negociação, considerando-a um “método organizado que exige preparo é [sic: foi] o primeiro passo para o tratamento profissional dessa forma de composição”³⁰⁶. A partir das bases construídas em Harvard, a negociação passou a ser vista do ponto de vista colaborativo e profissionalizado e, conseqüentemente, passou a ser adotada também no transcorrer de outros métodos de tratamento de conflitos.

³⁰⁴ FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014, p. 22.

³⁰⁵ Duas das expressões mais famosas dos professores de Harvard que resumem esses pensamentos são: “seja gentil com as pessoas, duro com os problemas” e “calce os sapatos da outra pessoa”. FISHER, Roger; URY, William. *Ibidem*.

³⁰⁶ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, p. 103.

5.3.3. Mediação

A mediação configura método autocompositivo de tratamento de conflitos, no qual um terceiro – mediador – auxilia as partes a restabelecerem a comunicação entre si, de maneira imparcial, e sem poder de decisão ou sugestão. O parágrafo único, do artigo 1º, da Lei de Mediação acrescentou à definição a menção à *atividade técnica* do mediador, para destacar a existência de estudos específicos em prol do desenvolvimento da comunicação estimulada por terceiro. De outro giro:

A perspectiva da mediação é criar condições para a negociação cooperativa e para a integração dos interesses das partes, permitindo-se ampla discussão dos aspectos subjetivos existentes entre as partes na dinâmica de seu relacionamento [...] O objetivo perseguido é o restabelecimento do diálogo, a facilitação da comunicação entre pessoas em conflito ligadas por alguma espécie de inter-relação num ambiente confiável no qual o sigilo é assegurado³⁰⁷.

Nesse sentido, Fernanda Tartuce destaca que a comunicação apresenta três elementos essenciais, quais sejam, o emissor, o canal pelo qual a mensagem é transmitida, e o receptor³⁰⁸. Para promover a melhor utilização possível desse canal, Carlos Eduardo de Vasconcelos elenca algumas técnicas³⁰⁹, tais como a atitude de acolhimento, a escuta ativa, as perguntas sem julgamento e a reciprocidade escuta-fala³¹⁰. A atitude de acolhimento fundamenta uma postura de tolerância, mas também de incentivar as partes a se reconhecerem em um ambiente seguro e confortável para se expressarem. A escuta ativa, por sua vez, abrange a atividade de ouvir, ou seja, oferecer o silêncio, mas também a de identificar-se sem

³⁰⁷ DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007, P. 110-111.

³⁰⁸ *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 52.

³⁰⁹ Vale destacar que o autor se inspira na teoria da *Comunicação Não-violenta*, teoria desenvolvida pelo psicoterapeuta norte-americano Marshall B. Rosenberg, a partir de estudos em psicologia social. As lições de Rosenberg podem ser verificadas no livro ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

³¹⁰ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, P. 153-159.

juízos³¹¹ – e sem aconselhamentos³¹². Por fim, as perguntas sem julgamento implicam em perguntar com a finalidade de detalhar, contextualizar ou obter informações, ou seja, vinculando-se à narrativa anterior, estabelece uma circularidade, para direcionar o diálogo³¹³.

Complementarmente, o Manual de Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça traz o emprego de linguagem neutra, da recontextualização e do reconhecimento e validação dos sentimentos³¹⁴, além de recomendar a complementação com as técnicas da negociação por princípios de Harvard³¹⁵. A linguagem neutra objetiva retirar elementos de cunho negativo e preferir palavras de cunho positivo, para transmitir as informações de maneira mais amena entre as partes. A recontextualização, a seu turno, deve ser a habilidade de o mediador trazer a tona informação já manifestada pelas partes, porém de maneira reformulada, a fim de direcionar para a visão positiva e prospectiva. Por fim, o mediador reconhece e valida sentimento da partes, ainda que não manifestados expressamente, para construir confiança, ao demonstrar que se importa, bem como retirar o caráter de culpa dos sujeitos, ao validar o que estão sentindo³¹⁶.

Trata-se, portanto, de mecanismo cujo principal norte concerne ao restabelecimento da comunicação das partes. Como objetivos secundários, a partir dessa comunicação eficiente, pode-se promover a preservação do relacionamento entre as partes, bem como prevenir novos conflitos³¹⁷.

Por derradeiro, vale destacar que, por promover uma investigação mais profunda quanto aos sentimentos e interesses das partes e, portanto, ultrapassar questões

³¹¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 156.

³¹² “Em vez de empatia, tendemos a ter uma forte tendência de dar conselhos ou encorajamento e de explicar nossa própria posição ou sentimento. A empatia, por outro lado, requer que se concentre plenamente a atenção na mensagem da outra pessoa”, isso, porque “acreditar que temos de “consertar” situações e fazer os outros sentirem-se melhor impede que estejamos presentes. ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006, P. 134-136.

³¹³ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Ibidem*, P. 156-157.

³¹⁴ BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016, P. 209-210.

³¹⁵ *Idem*, *ibidem*, p. 196.

³¹⁶ *Idem*, *ibidem*, p. 206.

³¹⁷ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 219-220.

meramente jurídicas, a mediação tem especial destinação naqueles conflitos nos quais há um envolvimento prévio e/ou duradouro entre as partes. Nestes casos, restabelecer a comunicação mostra-se essencial, justamente para garantir que não ocorra a litigiosidade remanescente³¹⁸, ou seja, questões mal ou não resolvidas, que retornarão como novos conflitos posteriormente.

5.3.4. Conciliação

A conciliação consiste em mecanismo autocompositivo de tratamento de conflitos, no qual há presença de um terceiro imparcial – o conciliador -, cuja função reside em facilitar a comunicação entre as partes, podendo, se necessário, sugerir propostas, para alcançar o objetivo final, qual seja, o acordo³¹⁹. Em decorrência de tal descrição, “é apresentada como meio de resolução de conflitos pela autocomposição indireta ou triangular, posto existir um terceiro que interfere na composição, com a finalidade de pôr fim ao conflito”³²⁰.

No Brasil, historicamente a conciliação foi empregada e estudada no bojo do Judiciário³²¹ e, durante essa experiência judicial, alguns desvios foram detectados na aplicação do instrumento. Érica Barbosa e Silva elenca como principais práticas ilegítimas que desvirtuam o instituto a parcialidade do conciliador, a intimidação e pressão e o acordo imposto³²². Nesse sentido, argumentar favoravelmente pelo acordo, sob a justificativa de que a decisão definitiva do juiz pode demorar muito, ou porque a decisão final do juiz provavelmente será em quantia inferior, são práticas frequentes no dia-a-dia das audiências de conciliações de juizados especiais, por exemplo. Análise mais detida, porém, evidencia tratar-se de práticas que

³¹⁸ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, P. 219-221.

³¹⁹ “O objetivo da atuação do conciliador é alcançar um acordo que evite complicações futuras, com dispêndio de tempo e dinheiro”. TARTUCE, Fernanda. *Ibidem*, p. 48.

³²⁰ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, P. 134-135.

³²¹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 180.

³²² *Ibidem*, P. 251-260.

demonstram níveis de coerção ao acordo e, portanto, desvirtuam a ideia de composição legítima.

Isso, porque, o conciliador, apesar de autorizado a valer-se de perguntas, sugestões, a realizar elucidações e até mesmo sugestões de acordo, deve utilizar tais instrumentos com parcimônia para estimular as partes a, elas mesmas, elaborarem as soluções³²³. Devido a esse enfoque preferencial nas partes e na comunicação, parte da doutrina entende que a conciliação configura, na verdade, espécie do gênero mediação³²⁴.

Todavia, em que pese a dissidência doutrinária, o legislador brasileiro distinguiu mediação e conciliação, como se evidencia da leitura dos parágrafos 2º e 3º do artigo 165 do CPC/15:

Art. 165 [...]

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

§ 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.

A partir desses dispositivos, pode-se traçar alguns elementos diferenciadores entre conciliação e mediação, quais sejam: (i) objetivo ou finalidade do mecanismo; (ii) atuação do terceiro em relação às partes; (iii) casos em que preferencialmente serão aplicados. Assim, na conciliação, o objetivo reside no acordo, o terceiro pode atuar de maneira mais incisiva, porém sem qualquer intimidação, para sugerir propostas e, por conseguinte, destina-se a relações mais superficiais, sem vínculo anterior entre as partes. A mediação, em contrapartida, objetiva precipuamente o restabelecimento do diálogo, conta com um terceiro facilitador da comunicação sem autorização para sugerir propostas e destina-se a hipóteses envolvendo relações jurídicas com vínculo anterior entre as partes, nas quais o envolvimento dos sujeitos apresenta complexidades como emoções, sentimentos, histórico, etc.

³²³ SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 185.

³²⁴ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 179.

5.3.5. Arbitragem

A arbitragem consiste em meio heterocompositivo de tratamento de conflitos, no qual as partes, por meio de uma convenção, optam por que um terceiro imparcial decida definitivamente a controvérsia, sem intervenção do Estado³²⁵⁻³²⁶. Gary B. Born ressalta quatro elementos essenciais da arbitragem: (i) a convenção que elege o procedimento; (ii) o terceiro imparcial não-estatal; (iii) a decisão final definitiva e vinculante e (iv) o uso de procedimentos adjudicatórios³²⁷.

A convenção de arbitragem é gênero, do qual são espécies a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, e representa o acordo de vontade das partes em eleger a via arbitral para tratar seus conflitos³²⁸. A cláusula compromissória antecede o conflito e insere-se em um contrato, comprometendo-se a levar a eventual controvérsia para ser decidida em sede arbitral; o compromisso arbitral, por sua vez, é incidental, ou seja, verificada a controvérsia, as partes acordam em dirimi-la por meio de arbitragem. Conforme leciona Carlos Alberto Carmona, a convenção de arbitragem apresenta um duplo efeito³²⁹: positivo, no sentido de vincular ambas as partes à via arbitral; negativo, no sentido de afastar a competência do Judiciário para analisar a controvérsia³³⁰.

³²⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 31.

³²⁶ Joaquim de Paiva Muniz ressalta que não deve, de modo algum, ser confundida com *arbitramento*: este representa procedimento por meio do qual se perquire um valor relativo a determinado fato ou bem, nas hipóteses em que os sujeitos divergem sobre a avaliação. Curso Básico de *Direito Arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 23.

³²⁷ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012, P. 4-6.

³²⁸ Lei Federal nº 9.307/96, artigo 3º: “As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.”

³²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. *Ibidem*, p, 79.

³³⁰ Acerca do efeito negativo, vale ressaltar que o CPC/15 determinou incumbir ao réu alegar, em preliminar de contestação, a existência de convenção de arbitragem (artigo 337, X), sob pena de implicar na aceitação tácita da jurisdição estatal e renúncia da arbitral (artigo 337, parágrafo 6º).

A convenção, enquanto consagração do princípio da autonomia da vontade e verdadeiro negócio jurídico processual³³¹, também permite às partes eleger a lei aplicável, bem como o procedimento a ser seguido, ou seja, arquitetar todo o percurso para a realização da arbitragem³³².

O terceiro imparcial responsável por conduzir e decidir a arbitragem é o árbitro, que pode ser qualquer pessoa física capaz detentora de confiança das partes, não havendo nenhuma exigência quanto à formação profissional, nos termos do caput do artigo 13 da lei de arbitragem. As partes podem optar por árbitro único, ou por tribunal arbitral – ou seja, uma colegialidade de árbitros, autorizada pela Lei Federal nº 9.307/96, desde que sempre em número ímpar (artigo 13, parágrafo 1º). A legislação ressalta, ainda, que o árbitro é juiz de fato e de direito (artigo 18) e, no exercício de suas funções ou em razão delas, equipara-se aos funcionários públicos, para fins penais (artigo 17), evidenciando a relevância da atividade exercida.

O caráter definitivo e vinculante da decisão proferida em arbitragem destaca-se como elemento essencial, pois garante a agilidade e eficiência do procedimento. Nesse sentido, a Lei Federal nº 9.307/96 determina que a decisão proferida pelo árbitro é sentença e não se sujeita a recurso ou homologação ao Poder Judiciário (artigo 18), configurando título executivo *judicial*³³³. Desta forma, equipara-se a sentença arbitral à sentença judiciária.

Por fim, dentre os elementos definidores, a utilização de procedimentos adjudicatórios. Aqui, Gary B. Born destaca que esse elemento é representado pela oportunidade de ambas as partes poderem apresentar seus argumentos e pontos de vista, de modo que ambas possam participar e dialogar sobre as questões concernentes ao objeto da contenda³³⁴. A utilização do termo na língua portuguesa, porém, aproxima-se à ideia do árbitro enquanto um terceiro que tem poderes não só de decisão, mas também de condução do procedimento. Assim, a arbitragem difere

³³¹ MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo*. vol. 237/2014, p. 223-236. Nov/2014.

³³² CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/9/1996)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 121.

³³³ CPC/15, art. 515. Art. 515. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: [...] VII - a sentença arbitral.

³³⁴ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012, p. 6.

dos meios autocompositivos, porque, apesar de as partes terem autonomia para definir qual será o terceiro e o procedimento, uma vez escolhido, é o árbitro quem conduzirá os trabalhos.

Outro conceito básico relativamente à arbitragem consiste na *arbitrabilidade*, tanto objetiva, quanto subjetiva, ou seja, quais matérias e quais sujeitos podem participar da via arbitral. A limitação quanto aos objetos possíveis de serem arbitráveis consta no artigo 1º da Lei de Arbitragem, qual seja, tratar-se de direitos patrimoniais disponíveis³³⁵⁻³³⁶. O limite subjetivo também se encontra no artigo inaugural da Lei Federal nº 9.307/96, ao mencionar que a arbitragem pode ser eleita pelas “pessoas capazes de contratar”, ou seja, a arbitrabilidade em razão da pessoa está restrita para aqueles dotados de capacidade civil. Na lição de Joaquim de Paiva Muniz, “trata-se de corolário da natureza contratual da convenção de arbitragem, que está sujeita às mesmas regras de capacidade do que outros tipos contratuais”³³⁷.

Neste íterim, vale destacar que a Lei de Arbitragem foi alterada no ano de 2015, por meio da Lei Federal nº 13.129. Dentre as inserções promovidas pela nova lei, conta a autorização expressa para a Administração Pública figurar como parte na arbitragem, o que, segundo a doutrina, apenas consolidou práticas já verificadas no contexto arbitral³³⁸. Inclusive, em pesquisa capitaneada por Selma Ferreira Lemes, verificou-se que o Estado, no ano de 2015, participava em algum dos polos de pelo menos 20 procedimentos arbitrais, dentre aqueles conduzidos pelas maiores câmaras arbitrais brasileiras³³⁹.

A pesquisa, denominada “*Arbitragem em números e valores*”, utiliza dados colhidos entre 2010 e 2015, a partir das informações de seis câmaras brasileiras, quais sejam: Centro de Arbitragem da AMCHAM - Brasil (AMCHAM), Centro de Arbitragem de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), Câmara de Mediação, Conciliação e

³³⁵ A discussão acerca da disponibilidade de direitos foi promovida de maneira mais detida e detalhada no tópico concernente à audiência do artigo 334 do CPC/15.

³³⁶ Vale destacar que o Código Civil Brasileiro considera como não patrimoniais, em seu artigo 852, as questões de estado, de direito pessoal de família.

³³⁷ *Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 41.

³³⁸ MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 35.

³³⁹ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%20_2010%20a%202015_-final%20ret.pdf>, acesso em 09 de abril de 2017.

Arbitragem de São Paulo (CAM-CIESP/FIESP), Câmara de Arbitragem do Mercado (CAM-BOVESPA), Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas (CAM-FGV) e Câmara de Arbitragem Empresarial - Brasil (CAMARB). A análise indica um aumento de 73% (setenta e três por cento) dos casos de arbitragem levados às câmaras, atingindo o montante de 222 novos casos em 2015. Em valores, a arbitragem movimentou mais de R\$ 38 bilhões no período, havendo uma evolução de R\$ 2,8 bilhões em 2010 para R\$ 10,7 bilhões em 2015. Dentre as matérias mais recorrentes, destacam-se as causas relativas a direito societário, empresarial, aos contratos de engenharia e construção civil e contratos de fornecimento de bens e serviços³⁴⁰.

As quantias movimentadas e as espécies de conflitos direcionadas à arbitragem coadunam-se com as características apresentadas. Como visto, trata-se de método que visa à efetividade e à celeridade, ao permitir às partes eleger procedimentos mais curtos e adaptados às suas realidades. Ainda, ao definir que o árbitro pode ser qualquer pessoa capaz que goze da confiança das partes, não restringe a escolha à determinada formação profissional, característica que autoriza as partes a elegerem um *expert* na matéria objeto da discussão. Em contrapartida, a *expertise* do árbitro e a celeridade do rito torna o procedimento aparentemente³⁴¹ mais caro do que outras vias de tratamento de conflitos.

Vale destacar, ainda, que a arbitragem geralmente é sigilosa, o que protege as partes de exporem publicamente seus conflitos. Desta forma, percebe-se que a arbitragem destina-se predominantemente a causas de cunho técnico elevado, bem como para aquelas envolvendo contratos de grande monta, hipóteses nas quais as partes, por questões mercadológicas, não desejam expor publicamente a existência de um conflito. Nestes casos, a via arbitral representa caminho mais célere e efetivo,

³⁴⁰ LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%20_2010%20a%202015_-final%20ret.pdf>, acesso em 09 de abril de 2017.

³⁴¹ Fala-se em aparentemente, porque a comparação não pode ser feita com precisão, uma vez que, no caso do processo judiciário, por exemplo, nem todos os custos do procedimento são repassados para as partes, bem como não há uma transparência ou objetividade quanto aos reais custos de manutenção do Poder Judiciário. Além disso, avalia-se o custo em relação aos benefícios, ou seja, isoladamente, o *preço* do procedimento pode ser mais alto, contudo, comparado à economia de tempo que a arbitragem pode ocasionar, em relação à via judiciária, por exemplo, torna atrativa a opção arbitral.

na medida em que o árbitro poderá, com discricção e expertise, decidir a controvérsia.

5.3.6. Mecanismos híbridos

Como analisado, os métodos de tratamento de conflitos classificam-se em autocompositivos ou heterocompositivos. Todavia, esses instrumentos podem conjugar-se, formando outros, híbridos, com etapas autocompositivas e etapas heterocompositivas. Dentro dessa lógica, brevemente, elencar-se-ão os mais frequentemente elencados pela doutrina: procedimentos med-arb ou arb-med, avaliação de terceiro neutro, *mini-trials* e *baseball arbitration*.

Primeiramente, os procedimentos med-arb, ou arb-med são eleitos por meio de *cláusulas escalonadas* ou *combinadas*. Selma Ferreira Lemes destaca como caso paradigmático para o desenvolvimento desta espécie o caso *Affaire de Taba*, um compromisso assinado entre Egito e Israel, prevendo a incidência de uma Câmara de Conciliação no bojo de um Tribunal Arbitral³⁴². Nesse contexto, as cláusulas escalonadas estipulam que as partes comprometem-se a tentar primeiro a mediação, diante do conflito, e, apenas caso reste infrutífero, seja então tentada a arbitragem³⁴³, ou vice-versa. Nada impede, porém, que as partes estipulem também a combinação simultânea de mecanismos, ou seja, que seja possível tentar a autocomposição no curso da arbitragem, como no precedente trazido entre Egito e Israel. Em ambos os casos, porém, a doutrina ressalta questão sensível quanto à atuação do terceiro como árbitro e mediador: apesar de não haver vedação

³⁴² LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem*. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf>>, acesso em 09 de abril de 2017.

³⁴³ CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 34.

expressa, recomenda-se a escolha de pessoas distintas para os dois papéis, para não gerar qualquer dúvida quanto à imparcialidade³⁴⁴.

A *avaliação por terceiro neutro*, como sugere o próprio nome, destina-se, de certo modo, a permitir às partes compreender melhor as circunstâncias técnicas que concernem à controvérsia. Para tanto, elege-se um terceiro, “conhecedor prático e neutro para identificar pontos em que elas concordam ou discordam, fornecendo uma análise em tese de cada lado”³⁴⁵. Geralmente, utiliza-se como meio preparatório para posterior utilização de outro mecanismo, e principalmente em situações nas quais o debate concerne a dúvidas eminentemente técnicas, e não jurídicas³⁴⁶.

Os *mini-trials* também apresentam caráter avaliativo: a partir da apresentação do caso e argumentos de cada uma das partes, um terceiro, ou painel de terceiros, avaliadores apresenta uma decisão avaliativa, sem vinculatividade entre as partes³⁴⁷. Geralmente utilizado para demandas que podem ser demoradas³⁴⁸, permite que ambas as partes compreendam melhor os argumentos e os acervos probatórios umas das outras, bem como as possíveis chances que teriam ao levar o caso para um meio heterocompositivo vinculante, como a arbitragem ou o Judiciário. A partir da realização do *mini-trial*, as partes veem-se mais preparadas, seja para eventual demanda, seja para tentativa de autocomposição.

Na *baseball* ou *final offer arbitration*, cada uma das partes apresenta sua proposta final ao terceiro, que decidirá qual delas prevalecerá³⁴⁹. Neste mecanismo, as partes restringem a avaliação do terceiro às propostas apresentadas de maneira fechada,

³⁴⁴ "A possibilidade de o árbitro atuar como conciliador no curso da arbitragem ou do mediador ser investido como árbitro, são questões polêmicas, pois muitos entendem que o árbitro deve desempenhar a missão de conciliar as partes com cuidado, para evitar que o seu procedimento no curso da conciliação ou mediação venha a exteriorizar propensão a uma das partes e, com isso, demonstrar falta de imparcialidade ou deixar transparecer essa impressão à outra parte". LEMES, Selma Ferreira. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem*. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf>>, acesso em 09 de abril de 2017.

³⁴⁵ TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 153.

³⁴⁶ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012, p. 8.

³⁴⁷ Idem, ibidem, p. 8.

³⁴⁸ TARTUCE, Fernanda. Ibidem, p. 152.

³⁴⁹ Idem, ibidem, p. 152.

não podendo decidir autonomamente, senão apenas deliberar qual será a escolhida. Há, ainda, a possibilidade de uma variação, chamada *high/low arbitration*, na qual as partes restringem a atuação do árbitro quanto ao valor máximo e mínimo sobre o qual deve decidir³⁵⁰.

Portanto, verifica-se desde já a ocorrência da combinação de mecanismos, em prol da melhor forma de tratar os conflitos.

5. 4 A PROPOSTA DE ADEQUAÇÃO

Até o presente estágio deste trabalho, foram apresentados os diversos instrumentos processuais disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para lidar com os conflitos civis. Dentro da classificação quanto à participação de terceiros, verificou-se, entre os heterocompositivos, o processo estatal-judicial e a arbitragem; entre os autocompositivos, a negociação, a mediação e a conciliação; ainda, a existência de práticas híbridas, como os procedimentos med-arb, avaliação de terceiro neutro, os *mini-trials* e a *baseball arbitration*. A análise de cada um desses instrumentos permitiu verificar que apresentam técnicas e procedimentos próprios em face do conflito.

De fato, o estudo isolado de cada um dos mecanismos permite olhar mais crítico e, conseqüentemente, melhor apuração de suas técnicas. Contudo, a prática social também desenvolve os conflitos, que podem se apresentar mais simples – e isolados – ou mais complexos, conjugando não só pessoas, como também matérias e, portanto, demandando análise interdisciplinar sobre os mesmos. Para tanto, é necessário ultrapassar o olhar isolado, para vislumbrar holisticamente o conflito.

³⁵⁰ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012, p. 9.

Nesse sentido, Frank Sander apresenta, em *Varieties of dispute processing*, cinco critérios a serem avaliados diante de uma disputa: natureza, relacionamento das partes, quantia, custo e velocidade³⁵¹.

A avaliação da natureza analisa características do conflito, tais como se tratar de questões policêntricas, incapazes de serem resolvidas por um sistema de simplesmente apontar quem tem razão. De outro giro, a hipótese de casos repetitivos, eminentemente técnicos, em que estabelecer padrões objetivos pode ser essencial. De certa maneira, relaciona-se com o segundo critério, relacionamento das partes.

É o caso, por exemplo, das causas concernentes à família: a natureza do conflito carrega consigo a caracterização também de um relacionamento prévio e duradouro entre as partes. O relacionamento também pode não existir, ou melhor, ter sido meramente momentâneo, como na hipótese de um acidente de carro, na qual as partes se conheceram devido ao sinistro, mas não manterão um vínculo posterior. Ainda, o relacionamento pode existir e ser duradouro, porém não afetivo, como se apresentam as demandas consumeristas, em caso de serviços como telefonia, água ou energia elétrica.

A quantia em disputa talvez seja o critério mais questionável, porém adotado nas *Small Claims Court*, nos Estados Unidos, que também inspiraram os Juizados de Pequenas Causas e, posteriormente, os Juizados Especiais, no Brasil. Parte-se de uma premissa de que causas concernentes a menores montantes implicariam em menor complexidade, ou seja, demandariam tratamento mais simples³⁵². Contudo, como o critério anterior evidencia, pode ocorrer de um conflito familiar sequer envolver montante considerável, mas apresentar enorme complexidade afetiva, que demandará um tratamento mais demorado e voltado para o restabelecimento do diálogo.

³⁵¹ In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

³⁵² Apesar de apresentar o critério, o próprio autor evidencia sua fragilidade: "Small wonder when one considers the lack of rational connection between amount in controversy and appropriate process. Quite obviously a small case may be complex, just as a large case may be simple". SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979, p. 78.

A análise de custos, por sua vez, também gera dúvidas, não por sua utilidade, mas sim pela dificuldade de determinação. Isso, porque, ao analisar os custos, não se deve restringir à avaliação de valores monetários, ao preço de uma, ou outra, estratégia processual. Deve-se considerar, para além disso, o tempo a ser despendido e a tutela a ser obtida, é dizer, a satisfação em relação ao meio eleito. Como analisado no caso da arbitragem, o preço do procedimento pode aparentar ser mais custoso, porém a celeridade e a possibilidade de uma sentença proveniente de um *expert* na matéria podem garantir maior satisfação, e economizar tempo de uma empresa – o que implicaria na ampliação de lucro, por exemplo. Em paralelo, um casal em processo de disputa de guarda pode considerar caro contratar um mediador, ou comediadores, para tratar o conflito, porém os benefícios de restabelecerem o diálogo e garantirem uma convivência harmônica com a criança ultrapassam qualquer valoração monetária.

Por fim, o critério da velocidade também dialoga, em certa medida, com o anterior, no sentido de avaliar o quanto custará para a parte o fator tempo despendido na demanda. Ainda, em certos casos, a urgência pode inviabilizar a realização de procedimentos que demandam um pouco mais de tempo, tal como a mediação.

Tais critérios foram propostos para fundamentar o desenvolvimento dos tribunais multiportas nos Estados Unidos, como meio de triar os conflitos para “portas” – mecanismos – pré-estabelecidos e isolados. Todavia, como analisado no caso dos métodos híbridos, não se trata de apenas portas isoladas, mas de espaços mais amplos, que transcendem essa limitação.

Nesse sentido, vale destacar a experiência do *Design* de Sistemas de Disputas (DSD), que, no Brasil, foi utilizado no caso TAM 3054, mediante a Câmara de Indenização 3054³⁵³. Nas palavras de Érica Barbosa e Silva:

O *design* do sistema tem por finalidade dar às partes o controle do processo de resolução de disputas, com procedimentos mais facilitadores e garantindo maior autonomia possível aos envolvidos. Nesse sentido, mecanismos de mediação com maior grau de avaliação são utilizados nos casos de desavenças a respeito de alternativas ou acerca de questões técnicas. Para cumprir sua tarefa, o processo de *design* de um sistema de

³⁵³ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 23, p. 7-32, 2009.

disputas pode ser dividido em cinco etapas principais: (i) análise do conflito e das partes interessadas e afetadas; (ii) definição dos objetivos e prioridades do sistema; (iii) criação de consenso e desenvolvimento do sistema; (iv) implementação do sistema, disseminação e treinamento e (v) avaliação constante do sistema, adaptando-o de forma a permitir o aprendizado com a experiência³⁵⁴.

Assim, pode-se verificar que a proposta de customização³⁵⁵, em certo modo, aplica os critérios de Frank Sander, sobretudo na etapa de análise do conflito. Não obstante, o DSD vai além, ao permitir a maleabilidade dos instrumentos existentes e traçar um roteiro próprio de tratamento, e não mero encaminhamento para uma via pré-existente, como no sistema multiportas. Todavia, o *design* é pensado predominantemente para situações de crise e emergência³⁵⁶ e para instrumentos extrajudiciais.

A proposta de tratamento adequado de conflitos busca abranger as controvérsias civis no geral, e também compreendendo o Judiciário. Nesse sentido, aproveita o raciocínio do design, e os critérios de Sander, para conceber a necessidade de adequar o processo ao conflito, ou seja, para se analisar o conflito e, então, traçar a estratégia mais eficiente para pacificá-lo. Também aproveita o raciocínio de que os instrumentos de tratamento de conflitos estão disponíveis não apenas isoladamente, mas também podem ser conjugados. Contudo, ao elencar as vias disponíveis, abrange-se também a judiciária.

Para tanto, fundamental recobrar os negócios jurídicos processuais: serão eles os principais veiculadores da adequação do tratamento. No caso dos conflitos que não serão levados ao Judiciário, serão sucessivas negociações processuais que traçarão, mediante a participação efetiva das partes e dos advogados, o procedimento extrajudicial para tratar o conflito, que pode eleger um mecanismo isolado – como conciliação, mediação ou arbitragem -, ou conjugar mais de um deles.

No entanto, alguns casos serão levados ao Judiciário – seja por determinação do ordenamento jurídico, seja por circunstância das partes. Pode ocorrer, por exemplo,

³⁵⁴ *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 141.

³⁵⁵ FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 23, p. 7-32, 2009, p. 8.

³⁵⁶ SILVA, Érica Nogueira e. *Ibidem*, p. 140.

de as partes não terem condições financeiras de promover um procedimento particular. Nestes casos, a via judicial, sobretudo pela previsão da assistência judiciária gratuita e da Defensoria Pública, será eleita pelo custo monetário mais reduzido - e esta limitação financeira não deve ser um impeditivo para que os cidadãos obtenham um tratamento adequado de conflitos. Para estes casos, os negócios jurídicos processuais permitirão que as partes, com auxílio de seus advogados ou defensores públicos, possam adequar o procedimento às peculiaridades da demanda, inclusive quanto às opções autocompositivas³⁵⁷.

Para tanto, os atores processuais devem considerar a existência de um *microssistema de tratamento adequado de conflitos* no direito brasileiro. A ideia de microssistema surge a partir da noção de descodificação³⁵⁸ e de policentrismo³⁵⁹ do direito: ultrapassada a era da codificação, em que se acreditava na possibilidade de um diploma (código) disciplinar absolutamente determinada matéria do direito, ocorre um fenômeno de pulverização legislativa, e leis extravagantes passam a disciplinar diversas matérias, para acompanhar o dinamismo da evolução social, e, em vez de um único centro de poder normativo (código), passou-se a ter vários. Nesse contexto, surgem os microssistemas, "*destinados a regular com muito maior dinamismo as diversas (e novas) relações jurídicas que surgiam à sua margem*"³⁶⁰.

Nesse contexto, o CPC/15, tal qual o CC/02 para o direito civil, com sua parte geral, lastreada em princípios, funciona com função participativa, "*servindo como vetor direto ou de instrumento de ligação com os microssistemas para a efetividade constitucional*"³⁶¹. Ainda, a partir das previsões acerca de negócios jurídicos processuais, audiência de mediação e conciliação, atuação e formação dos conciliadores e mediadores, bem como disposições acerca da arbitragem, compõem o microssistema de tratamento adequado de conflitos, juntamente com a Resolução nº 125/2010 do CNJ, a Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96), a Lei de

³⁵⁷ Eleger o terceiro facilitador mediador ou conciliador, optar por prosseguir com a mediação ou conciliação, depois da audiência do artigo 334, e definir o procedimento que será adotado para tentativa consensual, são exemplos de negócios processuais possíveis no CPC/15.

³⁵⁸ MAZZEI, Rodrigo. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, v. 1, p. 245-278, 2011.

³⁵⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4, p. 49.

³⁶⁰ MAZZEI, Rodrigo. *ibidem*, p. 261.

³⁶¹ *Idem*, *ibidem*, p. 264.

Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015)³⁶². Estes são os marcos regulatórios a serem utilizados como parâmetros para conjugação dos diversos mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico brasileiro para tratar adequadamente os conflitos.

Assim, a partir do conhecimento teórico dos mecanismos de tratamento de conflitos, os atores processuais poderão se valer de cada um deles, isolada ou conjuntamente, para traçar, mediante negócios jurídicos processuais, tratamento adequado para os conflitos, observando o microssistema brasileiro concernente à matéria.

³⁶² Ada Pellegrini Grinover fala em minissistema brasileiro de Justiça consensual e, portanto, não inclui a Lei de Arbitragem, ao restringir a proposta aos mecanismos autocompositivos. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*. Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>, acesso em 03 de abril de 2017.

6 CONCLUSÃO

À guisa de conclusão, impende realizar breve síntese do estudado. Em breve diálogo histórico, pôde-se perceber como o Brasil Império utilizou instrumentos para pacificação de conflitos além da figura exclusiva do magistrado, notadamente a partir da figura dos juízes de paz e das atividades conciliatórias. Apesar da falta de formação específica, ou de técnicas padronizadas, a análise estatística dos dados disponíveis acerca da época demonstram que foi iniciativa com bons resultados práticos, apesar da alegação de muitos juristas sobre mera perda de tempo.

Todavia, a partir da proclamação da república, até a década de 1980 do século XX, as iniciativas para tratar os conflitos além do Judiciário foram restringidas, sendo verificadas apenas de maneira muito pontual, nos procedimentos relativos a questões de família. Nesse período, o conflito era analisado apenas na perspectiva judicial e adjudicatória.

Com a redemocratização, a Constituição Federal de 1988 passou a trazer a perspectiva da solução pacífica de controvérsias desde o preâmbulo, bem como insculpiu o princípio constitucional do acesso à justiça, no inciso XXXV, do artigo 5º. Em sequência, diversas leis foram promulgadas, vocacionadas para abordagem mais ampla em relação ao conflito e as formas de tratá-lo: a Lei dos Juizados Especiais, retomando a experiência do Brasil Império de haver um ato inaugural no procedimento em prol da tentativa de conciliação; a Lei de Arbitragem, que equiparou a atividade do árbitro à do juiz e instituiu a possibilidade de obter sentença, com coisa julgada, pela via privada e, portanto, representou importante marco no rompimento da concepção de monopólio do Judiciário; a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que, apesar de ser ato normativo infralegal, trouxe pela primeira vez a expressão "tratamento de conflitos", e, com ela, instituiu uma Política Judiciária voltada para a pacificação e para a ampliação da visão sobre as controvérsias, além de ter estabelecido os padrões curriculares para formação de mediadores e conciliadores judiciais; em 2015, a Lei de Mediação, considerado marco regulatório sobre o tema, com a importância de consolidar o

mecanismo como uma via disponível no ordenamento jurídico para tratar conflitos, como também para estabelecer conceitos básicos, como os princípios, o conceito legislativo de mediação, e as diferenciações entre o procedimento na via judicial e na extrajudicial; finalmente, o CPC/15, código democrático, inspirado na visão constitucional do processo, que apresenta normas fundamentais em prol da pacificação, bem como regras específicas para estimular e popularizar o tratamento adequado de conflitos.

Em análise quanto ao monopólio do Judiciário como pacificador de conflitos, destaca-se a evolução da concepção acerca do processo. Dentre as funções atribuídas ao direito, a realização de justiça e a pacificação social sobressaem-se, esta última sobretudo a partir das ideias contratualistas, quanto à necessidade de garantir a harmonia do convívio entre os sujeitos de direito. A partir do desenvolvimento da teoria da separação dos poderes, o cumprimento da função pacificadora do direito é atribuído ao Judiciário, por meio do julgador, que deveria realizá-la ao dizer quem tem razão, quanto aos direitos postulados. Essa postulação faz-se por meio de ritos específicos, num ambiente combativo e sacralizado, com rigor técnico, e redundando em uma decisão baseada na lógica perde-ganha da sucumbência. Tais características vinculam-se a uma concepção liberal do processo, na qual o juiz seria apenas a boca da lei, que seria absoluta, e, portanto, deveria apenas, por meio da subsunção, dizer quem tem, ou não, razão. Todavia, a partir da ampliação de garantias e direitos fundamentais, bem como da complexização dos direitos e das relações interpessoais, tal modelo passa a mostrar-se obsoleto e distante, em relação à realidade que busca pacificar.

Assim, emerge a visão do novo processo civil brasileiro, no qual o direito processual inspira-se na Constituição e passa a considerar não só a atividade de dizer a lei, mas também ouvir e dar possibilidade de participação às partes, como características fundamentais para cumprir seu escopo social, é dizer, a pacificação social. Nesse contexto, o acesso à justiça passa a assumir novos contornos, para significar não apenas acesso ao Judiciário, mas também acesso à ordem jurídica justa, o que deve abranger outros meios para tratar os conflitos. Nesse sentido, como destaca a Resolução nº 125/2010, o Judiciário não deve funcionar como um

monopólio da pacificação, mas sim o Poder responsável por orientar, promover e gerir as diversas iniciativas para os cidadãos tratarem seus conflitos.

Outros dois princípios constitucionais ganham destaque: a participação e a adequação, na perspectiva do processo civil. A participação não se restringe a um contraditório ação-reação, mas deve abranger o poder de influenciar, não só a construção da decisão adjudicada, mas também o procedimento. Este, deve ser adequado, ou seja, não deve ser excessivamente rígido e imutável, mas sim permitir amoldar-se às peculiaridades que o caso e as partes demandam, para tratar de maneira adequada a controvérsia. Nesse contexto, os negócios jurídicos processuais atípicos (artigo 190) e a audiência do artigo 334 do CPC/15 apresentam-se como desdobramentos dessa nova visão processual de participação das partes e adequação de procedimento, em prol da ordem jurídica justa e da pacificação social. Ainda, para garantir e potencializar a efetividade dessa nova visão de processo, essencial destacar o papel de cada um dos atores processuais, que devem cooperar entre si.

No contexto do processo civil constitucional, emerge a análise acerca do tratamento adequado de conflitos. A partir de uma concepção construtiva dos conflitos, como fenômenos inerente ao convívio social, concebe-se que devem ser tratados, e não aniquilados. Nesse sentido, emergem as diversas espécies de mecanismos de tratamento de conflitos, autocompositivas e heterocompositivas, notadamente a negociação, a conciliação, a mediação, a arbitragem e os instrumentos híbridos, cujo estudo específico contribui para melhor compreender sua aplicabilidade. A nomenclatura "tratamento adequado de conflitos", pois, busca abranger essa diversidade de mecanismos, que podem ser aplicados isolada ou conjuntamente, conforme a análise criteriosa das características do conflito. Essa adequação deve abranger não só a perspectiva extrajudicial, mas também a judicial, e o principal veículo para adequar os instrumentos processuais ao conflito consiste nos negócios jurídicos processuais, mediante atividade dos diversos atores processuais, orientados pelo microssistema brasileiro de tratamento adequado de conflitos, composto pelo CPC/15, pela Lei de Arbitragem, pela Lei de Mediação e pela Resolução nº 125/2010 do CNJ.

Desta forma, pode-se concluir que o direito processual civil brasileiro abarca, sim, um tratamento adequado de conflitos. Para tanto, deve-se fazer análise a partir da visão constitucionalizada do processo, orientada por seu escopo de pacificação, mediante a ressignificação dos princípios do acesso à justiça, da participação e da adequação. Ainda, valendo-se dos negócios jurídicos processuais, os diversos atores processuais, incluindo a participação ativa e direta das partes, cooperativamente, devem utilizar os mecanismos disponíveis no ordenamento jurídico, especialmente o microsistema de tratamento adequado de conflitos, para, criteriosamente, abordar o conflito e traçar um tratamento adequado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Juliana Loss de. *Magistratura & Mediação*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. *Das Convenções Processuais no Processo Civil*. Tese (doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, 2014. Orientador Leonardo Greco.

_____. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 195/2011, p. 185-208, maio/2011.

ALVIM, José Eduardo Carreira. Alternativas para uma maior eficácia da prestação jurisdicional. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 84, p. 175-199, out./dez. 1996.

ÁVILA, Raniel Fernandes de. *Breves reflexões sobre a descoberta dos limites de validade do negócio jurídico processual no Estado Democrático de Direito*. In.: DIAS, Luciano Souto (coord.). *Temas Controvertidos no Novo Código de Processo Civil*. Curitiba: Juruá, 2016.

AZEVEDO, André Gomma de. Perspectivas deontológicas do exercício profissional da magistratura: apontamentos sobre a administração de processos autocompositivos. *Revista Centro de Estudos Judiciários*. Brasília: Conselho da Justiça Federal, v. 8, n. 24, p. 13-22, jan./mar. 2004.

_____. *Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre autocomposição no direito processual*. In.: AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação*. Vol. 2. Brasília: Grupo de Pesquisa, 2003.

BARCELOS, Debora Ceciliotti. *Do juiz de paz: uma análise da instituição no Estado do Espírito Santo sob a luz do acesso à justiça*. 2013. Dissertação (mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2013

BARRETO, Paula Menna. *A Audiência Inicial no NCPC e a não obrigatoriedade do comparecimento pessoal da parte*. Disponível em <<https://processualistas.jusbrasil.com.br/artigos/359670547/a-audiencia-inicial-no-ncpc-e-a-nao-obrigatoriedade-do-comparecimento-pessoal-da-parte>>, acesso em 04 de abril de 2017.

BAUMAN, Zygmunt; DOSNKIS, Leonidas. *Cegueira Moral*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. Netherlands: The Kluwer Law International, 2012.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BRAGA, Paula Sarno. *Norma de Processo e Norma de Procedimento*. Salvador: Juspodivm, 2015.

BRASIL, Ato Institucional nº 11, de 14 de agosto de 1969. *Fixa data das eleições para Prefeitos, Vice-Prefeitos e Vereadores, estabelece normas para a coincidência de mandatos no âmbito municipal, extingue a justiça de paz eletiva, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/AIT/ait-11-69.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Azevedo, André Gomma de (org.). *Manual de Mediação Judicial*. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL, Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Constituição de 1891. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Constituição de 1934. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Constituição de 1946. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Constituição de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Decreto de 17 de novembro de 1824. *Ordena que antes de começar qualquer processo, se tentem os meios de reconciliação*. Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret_sn/1824-1899/decreto-38696-17-novembro-1824-567442-publicacaooriginal-90798-pe.html>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. *Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial.* Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim737.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Decreto nº 2.827, de 15 de março de 1879. *Consolidação das Leis do Processo Civil de Antonio Joaquim Ribas.* Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/220533>>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. *Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e comerciais.* Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Decreto-lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. *Código de Processo Civil de 1939.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del1608.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei nº 968, de 10 de dezembro de 1949. *Estabelece a fase preliminar de conciliação ou acordo nas causas de desquite litigioso ou de alimentos e dá outras providências.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/LEIS/1930-1949/L0968.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei nº 7.244, de 7 de novembro de 1984. *Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7244.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. *Altera o artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. *Lei de Arbitragem.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil de 2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Federal nº 13.140, de 26 de junho de 2015. *Lei de Mediação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei do Processo Eleitoral dos Vereadores e dos Juizes de Paz. *Lei de 1º de outubro de 1828*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-1-10-1828.htm>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Lei Orgânica das Justiças de Paz. *Lei de 15 de outubro de 1827*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-38396-15-outubro-1827-566688-publicacaooriginal-90219-pl.html>, acesso em 20 de abril de 2017.

BRASIL, Ordem dos Advogados do. *Código de Ética e Disciplina*. Disponível em <<http://www.oab.org.br/content/pdf/legislacaoab/codigodeetica.pdf>>, acesso em 04 de abril de 2017.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 4.827, de 1998, Da Sra. Zulaiê Cobra*. Brasília: Diário da Câmara dos Deputados, 03 de dezembro de 1998, pp. 28075-28076. Disponível em <<http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD03DEZ1998.pdf#page=71>>, acesso em 03 de abril de 2017.

BRASIL. *Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>>, acesso em 28 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência nº 111.230/DF. CEB S.A e SE Ltda. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Segunda Seção, julgado em 08/05/2013, DJe 03/04/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sentença Estrangeira SE-AgRg nº 5.206-Espanha. M B V Comercial and Export Management Establishment e Resil Indústria e Comércio Ltda. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 12/12/2001, DJ 30/04/2004.

BRASÍLIA. *Comissão de Juristas “Novo CPC” – Senado Federal*. Disponível em <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/1a_e_2a_Reuniao_PARA_grafica.pdf>, acesso em 03 de abril de 2017.

BRETONE, Mario. *História do Direito Romano*. Lisboa: Editorial Estampa, 1988.

BRIQUET, Enia Cecilia. *Manual de Mediação*. Petrópolis: Editora Vozes, 2016.

CADIET, Loïc. Los acuerdos procesales em derecho francés: situación actual de la contractualización Del proceso y de la justicia em Francia. *Civil Procedure Review*. V.3, n. 3, p. 3-35, aug-dec.2012.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*, 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CAMPOS, Adriana; SOUZA, Alexandre de Oliveira Bazilio de. A Conciliação e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Império Brasileiro. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, vol. 59, nº 1, 2016.

CAPPELLETTI, Mauro. Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à justiça. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 326, abr./jun. 1994.

_____ ; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CARREIRA ALVIM, José Eduardo. *Comentários à Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23/9/1996)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2008.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

CIVILE, Code de procédure. Disponível em <<http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5772912j>>, acesso em 24.11.2016.

CLAVERO, Bartolomé. *El Orden de los Poderes: Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Madrid: Editorial Tratta, 2007.

DAL'COL, João Roberto de Sá. *Motivação das Decisões Judiciais: o art. 489, § 1º, do CPC/15 e a (Re)Descoberta do Dever de Fundamentação*. 2016. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

Decreto nº 359, de 26 de abril de 1890. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-359-26-abril-1890-506287-publicacaooriginal-1-pe.html>>, acesso em 31.10.2016.

Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Historicos/DIM/DIM737.htm>, acesso em 24.11.2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. 2007. Tese (doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2007.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. Salvador: Juspodivm, 2016, v. 4

_____; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Teoria dos Fatos Jurídicos Processuais*. 2ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *A instrumentalidade do processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

FALECK, Diego. Introdução ao Design de Sistemas de Disputas: Câmara de Indenização 3054. *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 23, p. 7-32, 2009.

_____; TARTUCE, Fernanda. *Introdução histórica e modelos de mediação*. In: PRADO DE TOLEDO, Armando Sérgio; TOSTA, Jorge; ALVES, José Carlos Ferreira (orgs.). *Estudos avançados de mediação e arbitragem*, v. 1. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014. [Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora>. Acesso em 24 de março de 2017].

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Atlas S. A, 2003.

FISHER, Roger; URY, William. *Como Chegar ao Sim*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Solomon, 2014.

FRADE, Catarina. A resolução alternativa de litígios e o acesso à justiça: A mediação do sobreendividamento. *Revista Crítica de Ciências Sociais (on line)*, 65, Maio 2003: 107-128, disponível em <<http://rccs.revues.org/1184>>, acesso em 28 de janeiro de 2015.

FREITAS, Petruska Canal. *O compromisso ajustamento de conduta como instrumento de tutela (material e processual) da Mata Atlântica*. 2016. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2016.

FÜRST, Olivia. *Práticas Colaborativas: novos paradigmas do direito*. In.: MARODIN, Marilene; MLOINARI, Fernanda. *Mediação de Conflitos: paradigmas contemporâneos e fundamentos para a prática*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2016.

GABBAY, Daniela Monteiro. *Mediação & Judiciário: condições necessárias para a institucionalização dos meios autocompositivos de solução de conflitos*. 2011. Tese (doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Procedimentos, déficit procedimental e flexibilização procedimental no novo CPC. Brasília: *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 190 t. 1, p. 163-177, abr./jun. 2011.

GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume II, 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. Os atos de disposição processual – primeiras reflexões. *Revista Eletrônica de Direito Processual*. Rio de Janeiro: 1ª Ed., p. 7, Outubro/Dezembro de 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: RT, v. 14, p. 16, jul. 2007.

_____. *A conciliação extrajudicial no quadro participativo*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

_____. *O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades*, Disponível em: <<http://dirittoetutela.uniroma2.it/files/2013/03/Origens-e-evolu%C3%A7%C3%A3o.pdf>>, acesso em 03 de abril de 2017.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Insuficiência da reforma das leis processuais. *Revista Páginas de Direito*. Porto Alegre, ano 8, nº 835, 21 de setembro de 2008. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>, acesso em 04 de maio de 2016.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LUCENA FILHO, Humberto Lima de. *A cultura da litigância e o Poder Judiciário: noções sobre as práticas demandistas a partir da Justiça Brasileira*. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. (Org.). *Anais do XXI Encontro Nacional do Conselho de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - 'Sistema Jurídico e Direitos fundamentais Individuais e Coletivos'*. 56ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012, v. 21, p. 34-64.

JUSTIÇA, Conselho Nacional de. *Justiça em Números*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es-pj-justica-em-numeros>>, acesso em 23.11.2016.

_____. *Justiça em Números 2016 (ano-base 2015)*. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/10/b8f46be3dbbf344931a933579915488.pdf>>, acesso em 31.10.2016.

LEDERACH, John Paul. *Transformação de Conflitos*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEMES, Selma Ferreira. *Arbitragem em números e valores*. Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise%20da%20pesquisa%20arbitragens%20em%20n%C3%BAmeros%20_2010%20a%202015_-final%20ret.pdf>, acesso em 09 de abril de 2017.

_____. *Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem*. Disponível em <<http://selmalemes.adv.br/artigos/Cl%C3%A1usula%20Escalonada%20ou%20Combinada%20-%20Media%C3%A7%C3%A3o,%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20e%20Arbitragem.pdf>>, acesso em 09 de abril de 2017.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *O Direito na História – lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MAIA, Andreia; HILL, Flávia Pereira. *Do cadastro e da remuneração dos mediadores*. In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARCATO, Ana Cândida Menezes. *A audiência do art. 334 do Código de Processo Civil: da afronta à voluntariedade às primeiras experiências práticas*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MARCUS, Richard. *Cooperation and Litigation: Thoughts on the American Experience*, 61 *University of Kansas Law Review*, 821, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008 (Curso de Processo Civil, vol. 1).

MAZZEI, Rodrigo. *Breve história (ou 'estória') do Direito Processual Civil brasileiro: das Ordenações até a derrocada do Código de Processo Civil de 1973*. In MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi; FREIRE, Alexandre. *Doutrina Seleccionada: parte geral*. Salvador: Juspodivm, 2015, v. 1, p. 35-63.

_____. Breve Olhar Sobre os Temas de Processo Civil a Partir das Linhas Mestras de René Girard. *Revista Brasileira de Direito Processual*. Belo Horizonte: 2013, v. 21, n. 83 jul/set, p. 13-26.

_____. O Código Civil de 2002 e a sua interação com os Microssistemas e a Constituição Federal. *Revista da Faculdade Autônoma de Direito*, v. 1, p. 245-278, 2011.

_____; CHAGAS, Bárbara. *Métodos ou tratamento adequados de conflitos?*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

_____; CHAGAS, Bárbara S. R.. Os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. In: Antonio do Passo Cabral; Pedro Henrique Nogueira. (Org.). *Negócios processuais*. 1 ed. Salvador: Juspodivm, 2015, v. , p. 521-539.

_____; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Breve diálogo entre os negócios jurídicos processuais e a arbitragem. *Revista de Processo*. vol. 237/2014, p. 223-236. Nov/2014.

_____; MERÇON-VARGAS, Sarah. *Comentários aos artigos 165-175*. In Novo Código de Processo Civil anotado e comparado. Simone Diogo Carvalho Figueiredo (coord.). São Paulo: Saraiva, 2015, p. 203-215.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. *Revista de informação legislativa*. Brasília: 2011, v. 48, n. 190 t. 1, p. 289-302, abr./jun.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; GOMES, Luiz Cláudio Moreira. Gestão democrática das cidades: acesso à justiça a partir dos juízes leigos comunitários. Disponível em: <www.ibdu.org.br/imagens/GESTaODEMOCRaTICADASCIDADES.pdf>. Acesso em: 06 de março de 2017.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; HARTMANN, Guilherme Kronenberg. *A audiência de conciliação ou de mediação no novo Código de Processo Civil*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

MENDONÇA, Angela Hara Buonomo. A reinvenção da Tradição no Uso da Mediação. *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 3/2004, pp. 142-153, set.-dez. 2004.

MIRANDA NETTO, Fernando Gama de; SOARES, Irineu Carvalho de Oliveira. Princípios procedimentais da mediação no novo Código de Processo Civil. In ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO,

Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 109-119.

MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil – Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOTTA, Katia Sausen. *Juiz de Paz e Cultura Política no Início dos Oitocentos*. 2013. Dissertação (Mestrado em História) – Universidade Federal do Espírito Santo, 2013.

MULLER, Jean-Marie. *O princípio da não-violência: uma trajetória filosófica*. São Paulo: Palas Athena, 2007.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. *Curso Básico de Direito Arbitral: teoria e prática*. Curitiba: Juruá, 2015.

NADER, Laura. *Harmonia Coerciva: A Economia Política dos Modelos Jurídicos*. Disponível em http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_26/rbcs26_02.htm, acesso em 22 de janeiro de 2017.

NEAPI, Direito UFES. *Tabela Comparativa – Mediação x Conciliação x Arbitragem*. Disponível em <http://www.direito.ufes.br/sites/direito.ufes.br/files/field/anexo/Tabela%20Comparativa%20E2%80%93%20Media%C3%A7%C3%A3o%20x%20Concilia%C3%A7%C3%A3o%20x%20Arbitragem.pdf>, acesso em 04 de maio de 2016.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. *Anotações sobre os negócios jurídicos processuais no projeto de código de processo civil*. In.: ADONIAS, Antônio; JR., Fredie Didier (org.). *Projeto do Novo Código de Processo Civil*. 2ª Série. Salvador: Juspodivm, 2012.

PASSOS, J. J. Calmon de. *Democracia, Participação e Processo*. In.: GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo (coord.). *Participação e Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1988.

PEIXOTO, Ravi. *Os “princípios” da mediação e da conciliação*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier. *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *O marco legal da mediação no direito brasileiro*. Disponível em https://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil, acesso em 03 de abril de 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; STANCATI, Maria Martins Silva. A resignificação do princípio do acesso à justiça à luz do art. 3º do CPC/2015. *Revista de Processo*. Vol. 254/2016, p. 17-44, abr/2016.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; PAUMBARTTEN, Michele Pedrosa. Os desafios para a integração entre o sistema jurisdicional e a mediação a partir do Novo Código de Processo Civil. Quais as perspectivas para a justiça brasileira? In: ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de; PANTOJA, Fernanda Medina; PELAJO, Samantha. *A mediação no novo Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

REDONDO, Bruno Garcia. Devido processo “legal” e flexibilização do procedimento pelo juiz e pelas partes. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo: Dialética, n. 130, jan. 2014, p. 09-16.

RIBAS, Antonio Joaquim. Consolidação das leis do processo civil. Rio de Janeiro: Dias da Silva Junior, 1879. Disponível em <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/220533>>, acesso em 31.10.2016.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta*. São Paulo: Ágora, 2006.

SANDER, Frank. *Varieties of Dispute Processing*. In.: LEVIN, Leo A.; WHEELER, Russel R. *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future*. St. Paul Minnesota: West Publishing CO., 1979.

SALLES, Carlos Alberto de; GABBAY, Daniela M.; SILVA, Érica B.; TARTUCE, Fernanda; GUERRERO, Luis Fernando; LORENCINI, Marco Antônio G. L. *A experiência do núcleo de estudos de meios de solução de conflitos (NEMESC)*. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100005>, acesso em 04 de abril de 2017.

SANT'ANNA, Igor Pinheiro de. *A “Fase de Saneamento e Organização” no Processo de Estrutura Cooperativo-Democrática*. 2015. Dissertação (mestrado) - Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal do Espírito Santo, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. Coimbra: Almedina, 2014.

SILVA, Érica Barbosa e. *Conciliação Judicial*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SIMMEL, Georg. *Sociologia*. Evaristo de Moraes Filho (org); tradução de Carlos Alberto Pavanelli... et al. São Paulo: Ática: 1983.

SKINNER, Quentin. *Liberdade antes do liberalismo*. São Paulo: Unesp, 1999.

TALAMINI, Eduardo. *A (in)disponibilidade do interesse público*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação*,

conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação nos conflitos civis*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas*. 4ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

VENTURI, Elton. *Transação de Direitos Indisponíveis*. In.: ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

WARAT, Luis Alberto. *Direito e Sua Linguagem*. Porto Alegre: Fabris Editor, 1995.

WATANABE, Kazuo. *Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação*. In.: Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover / coordenação: Flávio Luiz Yarshell e Maurício Zanoide de Moraes. 1ª Ed. São Paulo: DPJ Editora, 2005, pp. 684-690.

_____. *Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses*. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/Download/Conciliacao/Nucleo/ParecerDesKazuoWatanabe.pdf>>, acesso em 26 de março de 2017.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Tractatus Logico-Philosophicus*. Tradução e apresentação de José Arthur Giannotti. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1968.

ZANETI JR., Hermes; CABRAL, Trícia Navarro Xavier (coord.). *Justiça Multiportas: mediação, conciliação, arbitragem e outros meios de solução adequada de conflitos*. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

APÊNDICE A – Documentos Legais Históricos

ANO	REFERÊNCIA NORMATIVA	DESCRIÇÃO
1824	Constituição Política do Império do Brasil	Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 25.03.1824. Apresenta referência à arbitragem (artigo 160) e à conciliação prévia (artigo 161), a ser promovida pelos juízes de paz (artigo 162).
1824	Decreto de 17 de novembro de 1824	Ordena que todos os juízes e autoridades a quem competir, enquanto não houver juízes de paz, façam cumprir a tentativa de reconciliação prévia.
1827	Lei Orgânica das Justiças de Paz (Lei de 15 de outubro de 1827)	Cria em cada uma das freguesias e das capelas um juiz de paz e um suplente, bem como regulamenta os requisitos para ser juiz de paz, fixa sua competência (artigo 5º), sendo a primeira delas conciliar as partes. Ainda discrimina outras regras de funcionamento da justiça de paz.

1828	Lei do Processo Eleitoral dos Vereadores e dos Juizes de Paz (Lei de 1º de outubro de 2818)	Dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições e o processo para sua eleição, bem como dos juizes de paz.
1850	Regulamento 737 (Decreto nº 737/1850)	Determina a ordem do Juízo no Processo Comercial e destinou um capítulo inteiro à tentativa de conciliação (artigos 23 ao 38).
1879	Consolidação de Ribas (Decreto nº 2.827/1879)	Inaugura-se com a disciplina concernente aos juizes de paz e, a partir do artigo 185, destina um capítulo inteiro à matéria de conciliação.
1890	Decreto nº 359/1890	Revoga as leis que exigem a tentativa da conciliação preliminar ou posterior como formalidade essencial nas causas cíveis e comerciais.
1891	Constituição de 1891	Não apresentou qualquer menção à conciliação ou à Justiça de Paz.
1934	Constituição de 1934	Resgatou a Justiça de Paz e atribuiu caráter eletivo aos juizes de paz.

1939	Código de Processo Civil de 1939	Não apresentou qualquer disposição específica acerca das conciliações
1946	Constituição de 1946	Previu a Justiça de Paz temporária, sem menção específica à função conciliadora.
1949	Lei 968/1949	Resgatou a conciliação, ao prever uma fase conciliatória preliminar nas causas de desquite litigioso ou alimentos.
1969	Ato Institucional nº 11	Extinguiu a Justiça de Paz eletiva e determinou que os juízes de paz seriam indicados pelos chefes do Poder Executivo das unidades federativas.
1984	Lei dos Juizados Especiais de Pequenas Causas (Lei nº 7244/84)	Incentivou à conciliação, previu a existência de conciliadores judiciais como auxiliares da Justiça, preferencialmente entre os bacharéis de direito, bem como da figura dos árbitros, restrita aos advogados indicados pela OAB. A conciliação poderia ser feita pelo juiz, ou pelo conciliador, sob a orientação do magistrado, e, caso não fosse bem sucedida, então as partes poderiam optar pelo juízo arbitral.

1988	Constituição de 1988	Previu a solução pacífica de controvérsias desde o preâmbulo, restituiu a Justiça de Paz eletiva (artigo 98, II), criou os juizados especiais com atribuição conciliadora (artigo 98, I), bem como ampliou o conceito de acesso à justiça (artigo 5º, XXXV).
1994	Lei Federal nº 8.952/94	Modificou o artigo 331 do Código de Processo Civil de 1973, para prever a possibilidade de realização de audiência preliminar de conciliação, diante de direitos disponíveis.
1995	Lei dos Juizados Especiais (Lei Federal nº 9.099/95)	Previu a realização de uma audiência inicial de conciliação, para as partes tentarem acordo. Previu, ainda, primitivamente, a figura da arbitragem.
1996	Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96)	Equiparou cláusula compromissória e compromisso arbitral (espécies do gênero convenção de arbitragem), e equiparou a sentença arbitral à sentença judicial, formando, pois, título executivo judicial.
2010	Resolução nº 125 do CNJ	Instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento de Conflitos de Interesses, propôs a

		criação de núcleos e centros judiciários para promoção dos métodos consensuais, especialmente a mediação e a conciliação; fixou a formação dos mediadores e conciliadores judiciais, estabelecendo as diretrizes curriculares para esses auxiliares da justiça.
2015	Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015)	Estabeleceu o marco normativo da mediação – judicial e extrajudicial - no Brasil, além de prever também a regulamentação de métodos autocompositivos no âmbito da Administração Pública.
2015	Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015)	Previu o estímulo aos métodos consensuais no capítulo inaugural, destinado às normas fundamentais de processo, bem como reforçou o instituto da arbitragem no ordenamento jurídico pátrio (artigo 3º). Passou a prever a existência de uma audiência inaugural de mediação ou conciliação (artigo 334), bem como regulamentou as figuras dos auxiliares da justiça conciliadores e mediadores judiciais (artigos 165 ao 175). Também trouxe a figura dos negócios jurídicos processuais atípicos (artigo 190).

APÊNDICE B – Microsistema de Tratamento Adequado de Conflitos Cíveis

Constituição Federal de 1988
Código de Processo Civil de 2015 (Lei Federal nº 13.105/2015)
Resolução nº 125/2010 do CNJ
Lei de Mediação (Lei Federal nº 13.140/2015)
Lei de Arbitragem (Lei Federal nº 9.307/96)